

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TIAGO GUBERT CURY

**UM “GIRO EMPÍRICO-PRAGMÁTICO” NA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL?
os usos do discurso científico na fundamentação das decisões do Supremo
Tribunal Federal**

**PORTO ALEGRE
2020**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TIAGO GUBERT CURY

**UM “GIRO EMPÍRICO-PRAGMÁTICO” NA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL?
os usos do discurso científico na fundamentação das decisões do Supremo
Tribunal Federal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Pizzolatto Konzen

**PORTO ALEGRE
2020**

TIAGO GUBERT CURY

**UM “GIRO EMPÍRICO-PRAGMÁTICO” NA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL:
os usos do discurso científico na fundamentação das decisões do Supremo
Tribunal Federal**

Dissertação de mestrado em Direito
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Programa de Pós-Graduação em Direito
Área de concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica
Linha de Pesquisa: Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica

Data de aprovação: 19/03/2020

Banca examinadora

Orientador: Prof. Dr. Lucas Pizzolatto Konzen

Examinador(a): Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

Examinador(a): Profa. Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco

Examinador(a): Profa. Dra. Roberta Camineiro Baggio

PORTO ALEGRE
2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus amigos e familiares pelo imenso incentivo ao longo dos últimos dois anos, e pela compreensão durante o período de ausência, inclusive naquelas situações em que estive presente fisicamente, mas com a mente distante e ocupada. Silvio (meu pai), Simone (minha mãe), Felipe (meu irmão), muito obrigado. Isso vale também para vocês, Lisiane e Roberto, pais da minha afilhada Stella, família por extensão.

Agradeço às minhas colegas Fernanda Lolatto, Gabriela Brasil, Lívia Thomé e Natália Fantoni, que suportaram os ônus da minha ausência para a execução deste trabalho e sempre estiveram disponíveis para ouvir minhas inquietações acadêmicas e meus desabafos (tudo terminava numa boa risada – quase sempre). Vocês são incríveis.

Agradeço também aos colegas do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade da UFRGS. Sem as contribuições e os debates de nossos encontros semanais, certamente eu não teria sido capaz de concluir a pesquisa. Foi uma alegria e um orgulho poder participar deste grupo de pessoas tão dedicadas e capazes.

Por último, agradeço ao Professor Lucas Konzen pela excepcional orientação, pelas provocações sempre pertinentes, e pela grande dedicação ao longo de todo o trabalho. Ao longo do percurso, o Professor Lucas mostrou várias vezes quão esclarecedora pode ser uma pergunta, e como fazer a pergunta certa é importante. É um modelo de professor, de pesquisador e de estudioso que sempre me servirá como inspiração.

Tudo considerado, é curioso que a isto se chame de trabalho monográfico. Certamente, o meu não foi.

RESUMO

Este trabalho é produto de pesquisa empírica cujo objetivo é explicar como os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizam o discurso científico na fundamentação de suas decisões. A problemática ganha contornos de urgência diante da alusão, em importante julgamento do STF, a um “giro empírico-pragmático” como fator de legitimação da atividade jurisdicional. Adotando a teoria dos campos sociais de Bourdieu como referencial teórico, a pesquisa envolveu a análise de uma série de acórdãos precedidos pela realização de audiências públicas no âmbito do STF. A partir das evidências analisadas, concluiu-se que os ministros do STF usam o discurso científico de modo a aproveitarem-se da dimensão simbólica do capital acumulado por agentes e instituições dentro do campo científico, o que é útil para reforçar a retórica do desinteresse, por meio da qual se legitima o discurso jurídico. No entanto, o recurso ao discurso científico na fundamentação das decisões judiciais, ainda que promissor, não garante, por si só, maior racionalidade às decisões, pois há diversos problemas na forma como seu uso ocorre na argumentação jurídica.

Palavras-chave: argumentação jurídica, pesquisa empírica em direito, campo jurídico, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This work is the product of empirical research conceived to describe how the Brazilian Federal Supreme Court justices incorporate scientific discourse in legal reasoning. The issue is worth analyzing due to a claim of an “empirical-pragmatic turn” in legal reasoning, recently put forward by a Federal Supreme Court justice during a particularly important ruling. Bourdieu’s theory of social fields was used to analyze a series of Federal Supreme Court rulings in which public hearings were held. The evidence implies that justices use scientific discourse as a mean to benefit from the symbolic dimension of the scientific capital gathered by agents and institutions in the scientific field, and thus reinforce the rhetoric of detachment that legitimates legal discourse. However, the use of scientific discourse, although promising, is not inherently capable of making legal reasoning more rational.

Keywords: legal reasoning, empirical legal studies, juridical field, Federal Supreme Court

Lista de siglas e abreviaturas

μT	Microtesla
ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CESTEH	Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNTI	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DPJ	Departamento de Pesquisas Judiciárias
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ESALQ	Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz
HC	<i>Habeas corpus</i>
HFEA	Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia
IARC	Agência Internacional de Pesquisa em Câncer
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICNIRP	Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não-Ionizante
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Min.	Ministro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
RE	Recurso extraordinário
STA	Suspensão de tutela antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
UnB	Universidade de Brasília
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL EM TEMPOS DE CRISE E O “GIRO EMPÍRICO-PRAGMÁTICO”: REFLEXÕES A PARTIR DO VOTO DO MIN. BARROSO NO HC 152.752/PR	13
2.1	A consolidação do paradigma da dogmática jurídica: “um mundo de retórica vazia”?	15
2.2	O “giro constitucional-democrático” na argumentação judicial: a jurisdição constitucional no pós-positivismo	20
2.3	A pesquisa empírica em direito e seus impactos na argumentação judicial: um “giro empírico-pragmático”?.....	27
3	DESENHO TEÓRICO-METODOLÓGICO DA PESQUISA	37
3.1	Ferramentas teóricas para compreender as relações entre os campos científico e jurídico	38
3.2	Um referencial empírico para estudar a argumentação judicial: os julgamentos do STF precedidos de audiências públicas.....	50
3.3	Estratégias metodológicas para coletar e analisar o material empírico	55
4	A CONSTRUÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS COM FUNDAMENTO CIENTÍFICO NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
4.1	Uma primeira questão: o nebuloso critério de inclusão de atores sociais nas audiências públicas	59
4.2	Problemas na indicação das fontes: entre a falta de aptidão no trato das informações e a preservação da neutralidade do discurso jurídico	62
4.3	Aparência de cientificidade: mobilização de capital simbólico e superestimação de autoridade epistêmica.....	72
4.4	A atribuição de autoridade científica pelo campo jurídico: refração do campo e sacrifício de racionalidade	81
4.5	Argumentos empíricos e racionalidade jurídica: entre a deferência epistêmica e a apropriação de capital simbólico	100
4	CONCLUSÃO.....	112

1 INTRODUÇÃO

A temática deste trabalho é a argumentação jurídica nas decisões judiciais. É um tema que permite múltiplas abordagens na área do direito: dogmática, filosófica, histórica ou, como se pretende aqui, sociológica. Mais especificamente, este trabalho de pesquisa empírica em direito busca investigar como (e, tangencialmente, “para quê”) os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizam o discurso científico na construção dos argumentos que fundamentam suas decisões. Esta é uma forma de colocar a pergunta de modo acessível. Durante a exposição, ela será reapresentada incorporando categorias teóricas que permitem uma problematização mais completa do fenômeno investigado.

A importância e a atualidade do problema de pesquisa talvez não sejam óbvias. Não seria natural e positivo que juízes, ao decidirem litígios, considerassem o que dizem os cientistas? E não é assim já há algum tempo?

Um primeiro ponto a considerar é que, em geral, juristas não estão habituados a lidar com as formas mais convencionais de pesquisa científica, nem com o tipo de discurso que caracteriza a ciência moderna. O jurista típico não realiza experimentos nem testa hipóteses passíveis de refutação, e raramente domina técnicas de levantamento e análise de dados quantitativos ou qualitativos. Ele constrói teorizações e esquemas conceituais úteis para a sistematização do direito positivo e se ocupa com sua aplicação na resolução de litígios. Por mais que os juristas, historicamente, tenham buscado legitimar seus saberes a partir de discursos dotados de racionalidade, objetividade e sistematicidade, ainda parece mais razoável compará-los a sacerdotes em busca da melhor interpretação de um corpo de textos sagrados do que a cientistas em busca de explicações descritivas para fenômenos naturais ou sociais.

Essa questão epistemológica pode ser ilustrada por um brocardo latino bastante difundido entre juristas: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Significa “dai-me os fatos e te darei o direito”. É um aforismo comumente ensinado nas faculdades de direito e que aparece com certa frequência nos manuais jurídicos e em decisões judiciais, sendo invocado para expressar a ideia de que o juiz conhece o direito e, assim, lhe cabe aplicá-lo aos fatos. Uma das vantagens da utilização de axiomas como este é a capacidade de condensar conjuntos bastante complexos de ideias numa única frase, que pode ser reproduzida com ares de trivialidade. Ocorre que, na

perspectiva da sociologia do direito, as concepções implicadas no axioma não são nada triviais. *Da mihi factum, dabo tibi ius* implica, por exemplo, que há uma distinção entre questões de fato e questões de direito, e que o objeto central do conhecimento jurídico é o direito, e não os fatos. Como nem sempre os fatos são “dados” (é comum que sejam controversos), os juristas criaram não apenas métodos próprios para a validação de alegações fáticas (regras de distribuição de ônus da prova, de preclusão e requisitos formais específicos), mas também uma categoria própria de verdade (a “verdade processual”). E, então, *quod non est in actis non est in mundo* (“o que não está nos autos não está no mundo”).

As formas convencionais de argumentação jurídica são produtos de uma tradição formada ao longo dos últimos séculos, marcada pela postulação de uma ciência do direito com características peculiares em relação às demais ciências, e que se consolidou como dogmática jurídica. Ocorre que, no século XXI, os próprios juristas vêm percebendo que a tradição jurídica está passando por uma crise, porque não foi capaz de entregar aquilo que prometia. Conforme denotam uma série de episódios recentes no Brasil, cobra-se mais racionalidade e responsabilidade na aplicação do direito por parte dos juristas. Os próprios profissionais do direito parecem se mobilizar em favor de mudanças que permitam prestar efetiva consideração às reais demandas da sociedade. O problema da adequada apreensão da realidade e da compreensão das consequências práticas de uma intervenção jurídica aparece como elemento crítico para a legitimação do direito enquanto instrumento de organização social. Neste novo cenário, em que o discurso jurídico anuncia a pretensão de recorrer, cada vez, mais, a outros saberes científicos que não os da ciência do direito tradicional, a falta de hábito dos juristas para lidar com discursos estranhos à dogmática jurídica torna-se uma questão merecedora de atenção.

A seção 2 desta dissertação discute essa problemática a partir de um desses episódios recentes no Brasil: o julgamento pelo STF do Habeas Corpus 152.752/PR, em que o tribunal decidiu sobre a constitucionalidade da execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória no contexto de um caso concreto de ampla repercussão, envolvendo a manutenção da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Interessa, para fins deste trabalho, em especial, debater as ideias que aparecem no emblemático (e, como se verá, muito discutível) voto de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, que clama por um “giro empírico-pragmático” na argumentação judicial.

Se o voto do Min. Barroso foi uma das principais motivações para a realização desta pesquisa, é certo que revela apenas aspectos superficiais da realidade mais complexa que envolve os usos do discurso científico na argumentação do STF. Nesse sentido, a seção 3 destina-se a explicitar o desenho teórico-metodológico que permitiu viabilizar uma investigação capaz de responder o problema de pesquisa.

Na seção 3.1 é apresentado o referencial teórico. Como referencial teórico principal, optou-se por adotar categorias fundamentais da teoria dos campos sociais de Pierre Bourdieu, tais como as noções de *campo social e habitus*. Descrever o modo pelo qual juízes utilizam produtos de outros campos sociais, como o discurso científico, na fundamentação de suas decisões, é descrever um importante elemento conformador do *habitus jurídico* e, portanto, do campo jurídico. Quando uma afirmação científica, utilizada em um discurso jurídico, precisa ser suportada por uma fonte específica? Que tipo de referência deve ser utilizada? Que tipo de referência deve ser evitada? Quando juízes fazem referência à ciência ou a um cientista para subsidiar a argumentação jurídica, eles o fazem sob a pressão do campo jurídico, e a sua posição enquanto agente no campo, conjugada com todo o complexo de relações objetivas que conformam o campo, influem no seu comportamento.

Como categoria teórica acessória, será utilizada a noção de *dependência epistêmica* cunhada por John Hardwig para explicar a deferência em favor de autoridades em determinado ramo do conhecimento. Por exemplo, quando um leigo consulta um geógrafo especialista em cartografia sobre alguma questão específica da área que ele, o leigo, ignora totalmente, ele está prestando deferência epistêmica à autoridade científica do geógrafo. Mais que isso, espera-se do leigo que tome como verdadeiras as proposições do cartógrafo, e se o leigo rejeitar tais proposições sem apresentar razões robustas para tanto, seu comportamento poderá ser reputado como irracional. A noção de dependência epistêmica sugere que a conduta mais racional, por vezes, não é questionar uma afirmação formulada por um especialista, mas sim prestar-lhe deferência epistêmica.

A seção 3.2 apresenta o referencial empírico utilizado para execução da pesquisa. Optou-se por analisar o conjunto de acórdãos proferidos pelo STF após a realização de audiências públicas. Ao menos em princípio, as audiências públicas podem ser consideradas uma clara sinalização de abertura cognitiva por parte dos magistrados. Além disso, o STF ocupa posição central no campo jurídico brasileiro. Trata-se do órgão de cúpula do Poder Judiciário, onde ocupar um assento é sinônimo

de grande capital jurídico acumulado, o que implica significativa capacidade de influir no comportamento do campo jurídico como um todo. O recorte resultou num conjunto de quinze acórdãos, publicados entre os anos de 2007 e 2018, marco temporal que permite uma descrição da realidade atual.

Na seção 3.3 são apresentadas as estratégias metodológicas empregadas na pesquisa. Trata-se de uma pesquisa empírica, pautada por análise qualitativa. Pretende-se realizar uma análise descritiva exploratória acerca do uso das ciências na argumentação judicial. Em termos de execução, iniciou-se pela separação e leitura do material que compõe a base de dados, composta primordialmente dos acórdãos publicados e da documentação das audiências públicas que os precederam. Depois, foram identificados argumentos estruturados a partir de afirmações que exigiriam a indicação de evidências científicas e fontes que as subsidiassem. Tais argumentos foram catalogados a partir de um instrumento de análise construído paulatinamente, conforme exigiam os achados.

Os resultados da investigação empírica são analisados na seção 4, que busca explicar como o discurso científico é utilizado pelos ministros do STF na construção de argumentos que fundamentam suas decisões. A partir da pesquisa, foi possível constatar que o discurso científico é utilizado pelos ministros como uma forma de angariar legitimidade às suas decisões, o que será passível de melhor compreensão a partir do referencial teórico utilizado.

2 A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL EM TEMPOS DE CRISE E O “GIRO EMPÍRICO-PRAGMÁTICO”: REFLEXÕES A PARTIR DO VOTO DO MIN. BARROSO NO HC 152.752/PR

No julgamento do HC 152.752/PR, concluído em 04 de abril de 2018, o Plenário do STF reuniu-se para analisar caso cuja questão de fundo versava sobre a constitucionalidade da execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Para além da relevância da questão jurídica em debate, o caso teve ampla repercussão por se tratar de *habeas corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de modo que o resultado do julgamento viria a impactar diretamente as eleições presidenciais que ocorreriam em outubro daquele ano.

Por apertada maioria de seis a cinco, houve denegação da segurança, decidindo-se pelo prosseguimento do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao ex-presidente Lula, ainda que pendente de trânsito em julgado a decisão condenatória. Interessa, aqui, examinar o voto de lavra do Min. Luís Roberto Barroso, mas não exatamente sua conclusão, favorável ao cumprimento da pena após condenação em segunda instância. O Min. Barroso é figura notória no cenário jurídico nacional: não apenas tem assento na mais alta corte de justiça brasileira, mas também é um jurista que, antes de ser nomeado ministro, já era um respeitado profissional da advocacia e prestigiado doutrinador na área do direito constitucional.

O que mais impressiona no voto do Min. Barroso é a parte final, em que ele lança um convite a um “giro empírico-pragmático” (BRASIL, 2018, p. 179) na argumentação jurídica. Barroso ponderou que “uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional” (BRASIL, 2018, p. 179). E, para estabelecer quais seriam as possíveis consequências do julgamento, o ministro sugeriu uma análise que ele próprio denominou “O direito e a justiça baseados em evidências” (BARROSO, 2018, p. 179).

Em suas anotações para o julgamento, disponibilizadas pelo próprio Min. Barroso em seu site oficial, resta explícito que o ministro vislumbra que estão em curso na contemporaneidade importantes mudanças no pensamento jurídico:

1. O direito público, em geral, e o direito constitucional, em particular, experimentou, em todo o mundo, nas últimas décadas, duas

importantes mudanças de paradigmas. A primeira delas foi a vitória do constitucionalismo democrático como a ideologia vitoriosa do século XX. Seu marco mundial é a reconstitucionalização da Europa após o segundo pós-guerra e, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988. Este chamado *giro constitucional-democrático* repercutiu sobre a limitação do poder, a participação política, a centralidade dos direitos fundamentais e a ascensão institucional das cortes constitucionais.

2. A segunda mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. Trata-se do *giro empírico-pragmático*, que procura nos libertar de discursos tonitroantes [sic] e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O *empirismo* significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões.

3. A pesquisa empírica é a grande novidade da prática jurídica contemporânea, sendo de grande valia o trabalho desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Fundação Getúlio Vargas do Rio na produção e divulgação dos números do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. Já a *virada pragmática* se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais. A primeira é o *antifundacionalismo*, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. (BARROSO, 2018, p. 15–16)

A invocação de um “giro empírico-pragmático” em uma decisão com tamanha repercussão, envolvendo a interpretação de normas constitucionais, é indicativa de que algo de novo está surgindo no cenário jurídico nacional, em tempos de crise do paradigma da dogmática jurídica. Em sendo assim, o objetivo desta seção é oferecer um sucinto panorama das principais mudanças em curso no pensamento jurídico contemporâneo, dialogando com a narrativa que se encontra no voto do Min. Barroso. Para tanto, a seção divide-se em três partes, estruturadas a partir da fala do Min. Barroso, que identifica, no passado, “um mundo de retórica vazia”; no presente, uma estabilização do “giro constitucional-democrático”; e aspira, para o futuro, um “giro empírico-pragmático”.

A seção 2.1 trata da consolidação do paradigma da dogmática jurídica como modelo hegemônico de saber jurídico autoproclamado científico, que estruturou as formas normais de argumentação judicial. Este movimento, na história do pensamento jurídico, tem como marco a ascensão da escola do positivismo jurídico contemporâneo.

A seção 2.2 discute a crise do paradigma dogmático na ciência do direito, diante da frustração das expectativas de segurança jurídica e racionalidade argumentativa, nutridas a partir de promessas feitas no passado. A seção explora como se deu a reação a essa crise por parte de escolas do pensamento jurídico que buscam preservar as bases do paradigma dogmático, dando lugar a formas de argumentação que constituem a chamada perspectiva pós-positivista.

A seção 2.3 contrapõe à crise da dogmática jurídica o desenvolvimento de uma ciência do direito de base sociológica (a sociologia do direito), a partir das contribuições do movimento direito e sociedade. A seção aponta recentes acontecimentos que, evidenciam a abertura à pesquisa sociojurídica empírica também na argumentação judicial. Por fim, reflete sobre os possíveis problemas que podem advir desse movimento de abertura.

2.1 A consolidação do paradigma da dogmática jurídica: “um mundo de retórica vazia”?

Cada ciência tem seu objeto de estudo. A medicina estuda o corpo humano, as patologias que o afligem e as formas de restabelecer a saúde; a biologia estuda a vida nas suas mais variadas formas; a psicologia estuda os processos mentais e o comportamento humano. A ciência do direito estuda o direito. Esta é uma afirmação aparentemente trivial, produto de uma tradição formada ao longo dos últimos séculos, e que ainda é permeada por um universo de críticas e problematizações das mais diversas envolvendo o objeto e o estatuto epistemológico do saber jurídico. O que é o direito? É razoável qualificar como *ciência* aquilo que fazem os juristas em relação ao direito? Haveria formas melhores de conceber o fenômeno jurídico? Tais questões colocam em jogo a própria identidade da ciência do direito.

Em que pesem essas inquietações persistentes, há algumas noções centrais que gozam de relativa estabilidade, pelo menos o suficiente para permitir aos juristas que se autoproclamem cientistas do direito e operem a ciência jurídica com

considerável grau de funcionalidade, tudo com boa dose de aceitação por parte da sociedade.

A começar pelo objeto, direito é sinônimo de ordem jurídica. Assim, a ciência do direito é a ciência que descreve a ordem jurídica. Segundo entendimento hegemônico na comunidade jurídica, a ordem jurídica é o conjunto de normas postas pelo Estado (ou delas derivadas) vigentes num determinado território¹. Essa forma de compreender o fenômeno jurídico é um dos elementos característicos do paradigma atualmente instituído na cultura jurídica ocidental contemporânea, em especial nos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.

A história da dogmática jurídica contemporânea pode ser contada como uma história de busca por fundamentos para uma ciência do direito cujas tarefas primordiais consistem na interpretação e sistematização do direito positivo mediante elaboração de conceitos abstratos e construtos teóricos que lhe confirmam coerência interna e racionalidade.² Nas origens do paradigma dogmático, está a necessidade de construir modelos abstrato-conceituais que permitam compreender o direito posto como um sistema, visando a “uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente segurança jurídica” (ANDRADE, 2003, p. 18).

O ideal de segurança que cobrava previsibilidade e objetividade na identificação do direito era o mesmo que animava o espírito liberal-burguês pós-revolucionário (BARZOTTO, 2007, p. 15–18; FERRAZ JR., 2015, p. 68), erigido sobre valores fundamentais à racionalidade moderna e ao desenvolvimento do capitalismo (GRAU, 2017, p. 29-30). Nesse contexto de mudanças sociais, o jurista assume a tarefa de teorizar e sistematizar a experiência jurídica, conferindo unidade a juízos

¹Exemplificativamente, seguem algumas definições trazidas por obras consolidadas, editadas há pelo menos 40 anos no Brasil: “O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras -, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social” (MELLO, 2010, p. 27); “A esse *sistema integrado* de normas desenvolvidas na sociedade, dá-se o nome de *ordem jurídica*, conceituada, assim, como um modelo abstrato de condutas interpessoais destinado a reger harmonicamente as relações sociais, imposto com a finalidade de manter a *unidade* e a *permanência* do grupo (*segurança*) e proporcionar-lhes o máximo de *eficiência* na vida associativa (*progresso*) (MOREIRA NETO, 2014, p. 4); “O *Direito* é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num *sistema normativo*. Como tal, pode ser estudado por unidades estruturais que o compõem, sem perder de vista a totalidade de suas manifestações. Essas unidades estruturais ou dogmáticas do sistema jurídico constituem as *divisões do Direito*, que a doutrina denomina *ramos da ciência jurídica (...)*”. (SILVA, 2004, p. 31)

²Para uma análise da formação do paradigma dogmático na ciência do direito, ver Andrade (2003) e Ferraz Jr. (2015).

normativos e esclarecendo seus fundamentos. Este processo culminou na limitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva, posta pelo Estado, elemento que até hoje é característico daquilo que se conhece como Dogmática Jurídica (FERRAZ JR., 2015, p. 69).

Esta narrativa, ainda que bastante simplificada, permite compreender alguns elementos característicos daquilo que hoje é reconhecido como ciência jurídica: trata-se de uma abordagem que toma o fenômeno jurídico a partir do direito posto (o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço); que articula e elabora conceitos abstratos capazes de conferir coerência e unidade ao conjunto de elementos identificados como direito posto; que tem como elemento funcional o objetivo de estruturar um modelo de aplicação do direito que assegure certeza, previsibilidade e segurança jurídica.

Ainda que a dogmática jurídica tenha sido alçada à posição de paradigma, o modelo sempre foi alvo de críticas persistentes e que ganharam força em princípios do século XX. As principais críticas dizem respeito à lógica eminentemente formalista e abstrata que norteou a formação do pensamento dogmático; à falta de cientificidade do modelo dogmático de ciência jurídica; e ao caráter conservador do pensamento dogmático (ANDRADE, 2003, p. 93). Esse movimento crítico lançou as bases para o florescimento do pensamento sociojurídico.

Uma dos episódios em que essas críticas ganharam maior visibilidade foi o embate entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen nas páginas do *Arquivo para a ciência social e política*, entre 1915 e 1917 (KONZEN, BORDINI, 2019). Um dos principais pontos da controvérsia instaurada entre os dois autores diz respeito à metodologia e ao objeto de um saber jurídico passível de ser qualificado como verdadeira ciência.

Em essência, as críticas de Ehrlich dirigiram-se à falta de cientificidade da dogmática jurídica, que na sua visão não passava de uma doutrina prática do direito, circunscrita ao direito legislado e orientada à atuação dos juízes. Na obra *Fundamentos da Sociologia do Direito*, de 1913, ele criticava a ciência jurídica tradicional, “abstrata e dedutiva”, afastada de “toda ciência autêntica, onde predomina o método indutivo, que procura aprofundar o conhecimento da essência das coisas através da observação de fatos e da coleta de experiências” (EHRlich, 1986, p. 14). Como decorrência, Ehrlich postulava a superação de uma concepção de direito que reconhecesse apenas o “direito estatal” por uma concepção que abarcasse também o reconhecimento do “direito vivo”, assim compreendido “aquele [direito] que, apesar

de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida”, sendo fontes para seu conhecimento “sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais” (EHRlich, 1986, p. 378).

Kelsen via no trabalho de Ehrlich “uma ameaça concreta ao seu próprio projeto científico, voltando ao robustecimento teórico do paradigma da dogmática jurídica” (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 318). Em suma, Kelsen não negava a legitimidade de uma abordagem sociológica do direito, com objeto e métodos próprios; todavia, tal abordagem não seria uma ciência do direito, mas outra coisa. Uma ciência do direito, segundo Kelsen, haveria que ser uma ciência normativa, voltada ao estudo do “dever ser”, das normas jurídicas, de modo que “é extremamente desviante definir do mesmo modo a jurisprudência normativa e a disciplina especial sociológica como ciência do direito” (KELSEN, 2019a, p. 779).

Trata-se de uma “disputa até certo ponto inacabada”, mas decididamente vencida por Kelsen, o que se pode atribuir, em maior ou menor grau, e sem desconsiderar outros fatores, à conjuntura histórica dos tempos em que foi travada (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 329). De qualquer sorte, ao longo do século XX, a dogmática jurídica viria a se consolidar como paradigma a partir das contribuições da escola do positivismo jurídico contemporâneo, representada por Kelsen. A Teoria Pura do Direito, publicada em 1934 (KELSEN, 2009), anuncia a pretensão de estabelecer uma ciência das normas jurídicas. O direito, como fica evidente na obra, é concebido como um conjunto de normas jurídicas que a ciência jurídica toma como objeto a ser compreendido e sistematizado; outros saberes, como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política, ainda que guardem estreitas conexões com o direito, não se confundem com a ciência jurídica, da qual devem ser expurgados (KELSEN, 2009, p. 79).

A obra de Kelsen exerceu grande influência na teoria jurídica do mundo ocidental, em especial nos países de tradição romano-germânica. Na introdução, foram apresentados axiomas que condensam elementos essenciais desta tradição, como o brocardo *da mihi factum, dabu tibi ius*. Por meio deste axioma é possível reproduzir, sem necessidade de maiores explicações, noções importantes e potencialmente problemáticas, tais como: a distinção entre questões de fato e questões de direito; a primazia de um modelo de aplicação pelo método de subsunção;

e a caracterização de uma ciência do direito como uma ciência do ordenamento jurídico identificado com o Estado Moderno. Tais noções só parecem triviais porque carregam consigo a força de um paradigma consolidado a partir de uma longa tradição.

De qualquer sorte, ao menos algumas dessas noções próprias ao paradigma da dogmática jurídica são reputadas pelo Min. Barroso como “antigas e arraigadas”, responsáveis por uma prática jurídica brasileira que ele caracteriza como “um mundo de retórica vazia, alheio aos fatos, alheio ao que acontece no mundo real”. O ministro não indica, especificamente, que ideias seriam essas, mas sua obra autoriza assumir que se trata de reminiscências do positivismo jurídico. Em diversos textos, Barroso teoriza sobre o pós-positivismo como marco filosófico do “novo direito constitucional” (BARROSO, 2015b, p. 2–12, 2015c, p. 21–23), uma superação do positivismo característico do Direito numa “perspectiva clássica” (BARROSO, 2015c, p. 14).

Por um lado, Barroso reputa como mitos os ideais de racionalidade, cientificidade, completude e segurança jurídica visados pelos teóricos positivistas (BARROSO, 2015c, p. 13–14). Por outro lado, há também o reconhecimento dos frutos positivos colhidos a partir da noção de legalidade, bastante cara à democracia por representar a “despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política” (BARROSO, 2015c, p. 17).

Em síntese, pode-se ponderar que a aspiração de viabilizar uma dogmática jurídica capaz de estabelecer meios de controle à aplicação do direito é um grande produto da história do pensamento jurídico. Ainda que nunca plenamente concretizada, essa aspiração traz contida uma “promessa funcional de racionalização da práxis do Direito” (ANDRADE, 2003, p. 84), e funda uma neutralidade que existe, pelo menos, no campo ideológico.

O modelo dogmático de ciência do direito foi um importante vetor de institucionalização de aspirações e de promessas relacionadas com os ideais presentes na formação do Estado liberal. A argumentação judicial tradicional é fruto desses ideais, ou mitos, dentre os quais podem ser destacados a figura do legislador racional, o ordenamento jurídico encarado como sistema completo e coerente de ordenação social e a teoria clássica da separação dos poderes. O magistrado, também um ser mítico, firma-se a partir de uma promessa funcional de racionalidade, e, idealmente, deve ser um aplicador do direito posto, neutro, imparcial, capaz de fundamentar racionalmente suas decisões, as quais devem ser passíveis de controle

e verificabilidade. Neste esquema de trabalho, caberia à doutrina jurídica o papel de discurso científico, neutro, distante dos conflitos reais, capaz de controlar e racionalizar a argumentação judicial (ANDRADE, 2003; FERRAZ JR., 2015).

Essas promessas, que repousam nas bases fundacionais do pensamento dogmático de matiz positivista, foram também o flanco explorado pelos pós-positivistas, especialmente no contexto do pós-guerra europeu. Houve, assim, na segunda metade do século XX, uma evolução do pensamento dogmático com fortes repercussões no modelo argumentativo predominante, porém sem que se incorresse numa ruptura paradigmática, conforme será analisado na próxima seção.

2.2 O “giro constitucional-democrático” na argumentação judicial: a jurisdição constitucional no pós-positivismo

A primeira metade do século XX trouxe significativas alterações nos modelos constitucionais, marcando a transição para o modelo de Estado social. Novos direitos passaram a contar com previsão expressa em diversos documentos constitucionais do início do século, direitos cuja concretização dependia de uma atuação estatal positiva, programada e organizada, envolvendo, por exemplo, educação, saúde, previdência e tutela das relações de trabalho com a necessidade de intervenção do Estado no mercado (SARMENTO, 2006, p. 17–19). Houve uma profunda ressignificação do constitucionalismo, impulsionada pela extensão paulatina do direito de sufrágio que, ao dar voz a parcelas da sociedade até então silenciadas, facilitou a tradução de suas demandas para a arena política (SARMENTO, 2006, p. 17). De arrasto, houve também uma ascensão do direito constitucional como disciplina dogmática (BARROSO, 2015b, p. 2). Esta realidade impôs novos desafios ao cumprimento da promessa de racionalidade estabelecida pelo paradigma dogmático de ciência do direito. Apresentava-se especialmente desafiador o problema da aplicação do direito na solução dos novos tipos de conflitos apresentados pelo panorama social que se desenhava.

Neste contexto, o positivismo de Kelsen, que se consolidou como matriz teórica do paradigma jurídico-dogmático, mostrou-se insuficiente. A teoria admitia que as normas jurídicas possuem um grau variável, mas sempre presente, de indeterminação. À ciência do direito caberia realizar uma “interpretação científica”, entendida como “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”

(KELSEN, 2009, p. 395), da qual resultaria uma “moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2009, p. 390). A conclusão inevitável era a de que a aplicação do direito não seria produto exclusivo da cognição (ciência do direito), pois envolveria algo mais, transbordando para o âmbito da volição (política do direito)³. Kelsen admite, portanto, margem para o subjetivismo do intérprete, elemento prejudicial aos ideais de racionalidade e segurança jurídica. Por consequência, esta posição viria a ser o flanco explorado por diversos críticos do positivismo.

Diversas teorias buscaram superar o problema da aplicação do direito no contexto do novo constitucionalismo. Para os fins deste trabalho, vale destacar a teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy. A obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2008), publicada, originariamente, em 1985, demonstra a preocupação de Alexy com a busca de racionalidade (e, assim, controlabilidade) na argumentação jurídica (em especial, na argumentação judicial) e na aplicação do direito. Isso aparece com certa clareza no momento em que Alexy descreve a “dimensão normativa” que pretende imprimir à sua teoria, e que

“avança para além do simples estabelecimento daquilo eu, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nesta dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada

³ “A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo”. (KELSEN, 2009, p. 391)

com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor”. (ALEXY, 2008, p. 35–36)

Alexy tem como uma de suas preocupações centrais o problema da falta de racionalidade na aplicação do direito constitucional, especialmente nos casos envolvendo interpretação de normas sobre direitos fundamentais, que apresentariam uma estrutura peculiar. Sua teoria toma em consideração a experiência jurídica no contexto do Tribunal Constitucional da Alemanha, realidade que o autor pretendia descrever e explicar por meio de um modelo teórico que conferisse racionalidade e rigor analítico-conceitual àquela prática dogmática:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De forma alguma é possível dizer que tal clareza já exista em grau suficiente. Quando se examina a caracterização teórico-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na literatura [alemãs], o que se encontra é um quadro quase desconcertante. Mesmo uma observação à primeira vista simples, como a que afirma que os direitos fundamentais são, de um lado, ‘direitos individuais’ e, de outro, ‘princípios objetivo’, quando analisada mais de perto, suscita problemas. (ALEXY, 2008, p. 43)

Para Alexy, a solução para esse “quadro desconcertante” passaria pelo reconhecimento de diferenciações teórico-estruturais no âmbito das normas jurídicas de direitos fundamentais, diferenças essas que exigiriam arranjos argumentativos adequados a seu âmbito de aplicação. Segundo o autor, o elemento distintivo das normas de direitos fundamentais é de índole teórico-estrutural, a saber, sua natureza principiológica. Assim, na teoria alexyana, a distinção entre regras e princípios é a “base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 84). A distinção conceitual entre regras e princípios é o elemento fundacional de outros construtos teóricos utilizados pela teoria alexyana na tentativa de descrever e explicar a prática constitucional alemã (restrições a direitos fundamentais, colisões entre normas de direito fundamental, papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico).

Distinguindo regras e princípios, aquelas seriam “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”, de modo que, “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Já os princípios seriam definidos como mandamentos de otimização, ou seja, seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

O âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas que condicionam a realização de princípios (caracterizados como mandamentos de otimização) é aferido mediante aplicação da máxima da proporcionalidade, que pode ser considerada como um elemento conceitual inerente ao modelo argumentativo exigido por normas principiológicas⁴. Assim, este modelo argumentativo exige que o intérprete, diante da necessidade de aplicar princípios jurídicos, realize um teste de proporcionalidade, já objeto de inúmeras investigações e problematizações por diversos teóricos brasileiros (ÁVILA, 2014; BARROSO, 2001, 2015b; NEVES, 2014; SARLET, 2007; SILVA, 2009), em que pese não seja raro o uso indiscriminado do instituto, totalmente desconectado da construção teórica original (GRAU, 2016; STRECK, 2013, p. 300–304). Em apertada síntese, o teste de proporcionalidade é desdobrado em três máximas - necessidade, adequação, e proporcionalidade em sentido estrito. No que interessa para este trabalho, basta destacar que as duas primeiras máximas parciais (necessidade e adequação) dizem respeito ao âmbito das possibilidades fáticas, enquanto a terceira máxima (proporcionalidade em sentido estrito), relaciona-se ao âmbito das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 118). A aplicação desses elementos interpretativos produz um modelo de argumentação bastante sofisticado⁵.

Assimilada a outros elementos teóricos, a incorporação da teoria dos princípios ao cenário doutrinário nacional deu origem a um modelo de compreender e aplicar o

⁴“Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais.’”(ALEXY, 2008, p. 116–117).

⁵Para um exemplo do grau de complexidade de uma argumentação com lastro na aplicação da proporcionalidade, ver a estruturação do argumento em ALEXY, 2008, p. 118–119.

direito que, no contexto posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, vem sendo denominado de neoconstitucionalismo,⁶ e pode ser apontado como estado da arte do saber jurídico no Brasil. Seu maior expoente é, precisamente, Luis Roberto Barroso, que atualmente ocupa assento como ministro do STF. Em vários artigos e obras publicadas, Barroso apresenta o conjunto de elementos caracterizadores da dogmática neoconstitucional.

No plano filosófico, Barroso destaca a superação do positivismo jurídico, que teria dado lugar a um “pós-positivismo”. O pós-positivismo abarcaria um conjunto amplo de ideias sobre o direito e sua função social, assim caracterizado:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2015b, p. 4–5)

No plano teórico, Barroso refere três grandes transformações que “subverteram o conhecimento convencional” em matéria de aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2015b, p. 5–11). A nova dogmática da interpretação constitucional, agora sob a égide do pós-positivismo, é a dogmática dos princípios:

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas a as erem

⁶Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto sintetizam *neoconstitucionalismo*: “Essa linha teórica é fortemente associada a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015, p. 95–96).

realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2015b, p. 10)

A definição chama atenção porque extrai da noção de princípios “uma dose importante de discricionariedade” ao intérprete⁷, efeito oposto àquele pretendido por autores como Alexy, cuja teoria introduzia a noção de princípio como forma de restringir o âmbito de discricionariedade ou subjetividade do aplicador da norma. No Brasil, ocorreu algo diverso: os princípios foram incorporados como uma forma de libertação do intérprete, numa resposta tardia ao positivismo exegético e à ideia de aplicação mecânica da lei, que há muito (pelo menos, desde Kelsen) já restavam superados (STRECK, 2011, 2013, p. 285–287).

Em que pese tenha sido alçado ao posto de teoria dominante nas primeiras décadas do século XXI, servindo à promoção de interesses que não encontravam vias de concretização efetivas por intermédio da legalidade institucional, atualmente o neoconstitucionalismo vem enfrentando críticas por parcela da própria comunidade jurídica, justamente em razão de servir de fundamento a uma “prática judicial confusa” (NEVES, 2014, p. 196). Em termos gerais, as críticas dirigem-se a dois grupos de problemas: primeiro, o problema do protagonismo alegadamente desmesurado do Poder Judiciário, que seria incompatível com os postulados da ordem democrática; segundo, o modo como o direito vem sendo aplicado, inviabilizando ou dificultando o exercício de qualquer tipo de controle intersubjetivo de correção e racionalidade das decisões judiciais, especialmente em sede de interpretação constitucional (GRAU, 2016; NEVES, 2014; STRECK, 2013)⁸.

⁷ Noutro texto, Barroso pondera: “Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas.” (BARROSO, 2015a, p. 27).

⁸ Conforme Streck (2013, p. 277): “Na descoberta das insuficiências do positivismo clássico, passou-se a chamar à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista (lembramos, sempre, do problema da dicotomia ‘vontade-razão’ e do ‘produto’ da superação da segunda pela primeira), levanta o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar. Trata-se de uma visão simplista do direito, pela qual, do ‘aprisionamento’ dos fatos na ‘racionalidade da lei’, salta-se para o triunfo da vontade sobre essa razão plenipotenciária. No fundo, essa é a tese que sustenta as correntes neoconstitucionalistas, principalmente no Brasil.”. Em linha idêntica, Marcelo Neves o estado atual do

O que se pode afirmar a partir das críticas correntes é que a versão brasileira do neoconstitucionalismo, enquanto modelo de pensamento dogmático, distanciou-se do cumprimento da promessa funcional de racionalização da prática jurídica. Talvez este seja um dos fatores a contribuir para a caracterização desta prática como um “da retórica vazia, descompromissada do mundo real”, conforme apontado pela fala do Min. Barroso que inaugurou este capítulo. E não se trata de um discurso isolado: o mesmo desconforto é externado por Eros Grau, que também ocupou assento como ministro do STF. Após deixar seu assento na mais alta corte de justiça do país, reeditou obra cujo título original – “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” – foi alterado para “Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)”. Escreve, em tom de desabafo:

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase discricionariedade judicial, compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre, então, atenuações: evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema.

Eis uma quase conclusão deste livro, a ser no futuro explorada com atenção, talvez – quem o sabe? – por mim mesmo.

Hoje, tenho medo. [...] O que tínhamos, o que nos assistia – o *direito moderno, a objetividade da lei* -, o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco. [...]

Isto tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão...). Ou será a desordem, até que *novos rumos nos acudam*...

Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo, ainda após então?), tenho medo do *direito alternativo*, medo do *direito achado na rua*, do *direito achado na imprensa*. (GRAU, 2016, p. 140–141)

saber jurídico brasileiro como um fascínio doutrinário desmedido pelos “princípios jurídicos”, uma “compulsão ponderadora” e uma “prática jurídico-constitucional confusa” (NEVES, 2014, p. 173–220). Também Ávila formula críticas ao neoconstitucionalismo, apontando que o modelo não apresenta referibilidade com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, e é, na verdade, “um movimento ou uma ideologia que barulhentosamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”. (ÁVILA, 2009).

Conforme foi visto, a dogmática jurídica se propunha como instrumento de racionalização (e, assim, legitimação) da prática jurídica, conferindo-lhe segurança e previsibilidade. Ao longo do século XX, esta promessa funcional foi retomada com o redirecionamento do paradigma dogmático para o modelo pós-positivista. Todavia, seus maiores defensores, a exemplo de Barroso, notam suas insuficiências, diante do contexto de crise que cerca a prática jurídica no Brasil, e passam a buscar alternativas. Uma das vias que se apresenta como proposta de reforço de racionalização jurídica é a pesquisa empírica em direito.

2.3 A pesquisa empírica em direito e seus impactos na argumentação judicial: um “giro empírico-pragmático”?

A inquietação em torno do paradigma dogmático abriu espaço não só ao desenvolvimento do pós-positivismo, mas também à retomada do movimento crítico que, em boa medida, remonta aos questionamentos propostos por Ehrlich sobre as pretensões, os limites e o objeto possível de uma verdadeira ciência do direito.

Segundo Cotterrel, a obra de Ehrlich foi uma tentativa de “[...] salvar a teoria jurídica de si mesma – de sua obtusidade intelectual e de sua ilusão de autossuficiência enquanto uma ciência do direito [...]” (COTTERRELL, 2009, p. 75, tradução nossa). Em que pese suas ideias não tenham alcançado, à época, posição de centralidade no contexto do pensamento jurídico ocidental (conforme visto na primeira seção deste capítulo, a reação do positivismo foi enérgica), sua obra deu origem a uma linha de pensamento crítico em torno da qual, posteriormente, ganhou forma uma comunidade científica voltada aos estudos sociojurídicos que já atingiu um estágio de relativa maturidade, disputando de forma mais incisiva com a dogmática jurídica o papel de produção de conhecimento científico em direito.

O movimento direito e sociedade, um movimento de caráter transnacional que articulou-se em vários contextos locais, em especial a partir da década de 60, nos Estados Unidos, Itália, França, Escandinávia e Japão, e, hoje, encontra-se relativamente institucionalizado (VAUCHEZ, 2017), teve como pano de fundo, originariamente, o mesmo contexto que impulsionou a dogmática rumo ao neoconstitucionalismo: o desenvolvimento do modelo de Estado Social; as dificuldades de o Estado atender às demandas de uma sociedade cada vez mais

complexa e plural; e a inadequação dos modelos jurídicos contemporâneos à teorização do positivismo jurídico.⁹

Atualmente, marcam este movimento a consolidação de iniciativas como a *Law and Society Association (LSA)* e o *Research Committee on Sociology of Law (RCSL/ISA)*. Nas edições da *Law and Society Review*, é possível encontrar publicações que exemplificam a abordagem científica que caracteriza o movimento Direito e Sociedade. A título exemplificativo, podem ser mencionados artigos em que os pesquisadores analisam a confiança dos litigantes nos juízes (GROOTELAAR; VAN DEN BOS, 2018), as diferenças de tratamento em decorrência de raça e gênero nas sabatinas dos indicados à Suprema Corte dos EUA (BOYD; COLLINS JR.; RINGHAND, 2018), ou a influência da opinião pública nos julgamentos de um determinado tribunal (BLACK *et al.*, 2016). Os estudos lançam mão de análise estatística, pesquisas de campo, entrevistas, formulários etc., buscando testar hipóteses e compreender o fenômeno jurídico a partir da análise da realidade. Termos como “relevância estatística”, “variáveis dependentes e independentes”, “pesquisa quantitativa e qualitativa” e “qualidade de amostragem”, entre outros, fazem parte do jargão usual. Há, portanto, uso de abordagens transdisciplinares, com emprego de métodos científicos na pesquisa sobre o fenômeno jurídico, afastando-se do modelo dogmático de pesquisa, que se concentra na análise doutrinária. No contexto da pesquisa sociojurídica, o principal produto é o artigo científico, e não a doutrina jurídica.

Uma das diversas problemáticas que vem sendo objeto de investigações a partir do paradigma sociojurídico é precisamente questão dos usos e impactos das pesquisas científicas na formação do convencimento judicial. Tal questão é problematizada tanto a partir de reflexões de cunho teórico (WALKER, 1986; BALKIN, 1996; HAACK, 2003; VICK, 2004; MONAHAN; SAMUEL, 2009; MORAN, 2010) como também a partir de algumas pesquisas empíricas (KARST, 1960; DAVIS, 1980; SCHAUER; WISE, 2000; YOVEL; MERTZ, 2004; TROPP; SMITH; CROSBY, 2007;). Chama atenção, ainda, que mesmo pesquisadores de outras áreas, em publicações veiculadas em periódicos não-jurídicos, hoje problematizam o uso das ciências pelas cortes de justiça (KOVERA; MCAULIFF, 2000).

⁹Essa conjuntura histórica, no contexto italiano, chamou a atenção de Renato Treves e Norberto Bobbio para as funções do direito na sociedade (KONZEN; RENNER, 2019).

No contexto norte-americano, em geral, considera-se que o evento histórico que marca uma guinada no uso das ciências na interpretação do direito pelos tribunais é o julgamento de *Brown vs. Board of Education*, em 1954 (MORAN, 2010; YOVEL; MERTZ, 2004, p. 414–415), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas (*separate but equal doctrine*). Um dos fundamentos utilizados foi a existência de evidências científicas produzidas por pesquisas sociológicas no sentido de que a política de segregação implicava desigualdade de oportunidades de acesso aos serviços de ensino, em prejuízo da comunidade negra, que tinha acesso a serviços de qualidade inferior. O caso é considerado o ponto de virada no papel das ciências sociais no julgamento de causas pelas cortes de justiça, o que veio a se confirmar, ainda que de forma não tão repentina, ao longo dos anos (MORAN, 2010). O debate jurídico norte-americano, então, passou a se debruçar sobre o problema do estabelecimento de critérios para admissão de depoimentos de *experts* como elementos de prova (DAVIS, 1980; KARST, 1960; SCHAUER; WISE, 2000)¹⁰.

No contexto brasileiro, a reflexão sobre essa problemática é mais recente, e ainda não alcançou o mesmo grau de aprofundamento. Produções teóricas com uma postura crítica ao modelo de pensamento dogmático, com frequência acusado de formalista e dissociado da realidade, já existiam nos anos 70, mas os primeiros impactos significativos em termos de desenvolvimento de pesquisa a sociojurídica passaram a ser perceptíveis nos anos 80 e 90 (LOPES; FILHO, 2014; MADEIRA; ENGELMANN, 2013). Mais recentemente, iniciativas como a Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED) e a Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD) vêm se mostrando bastante exitosas, com a publicação de periódicos e realização de encontros científicos anuais, como o Congresso da ABraSD e o Encontro de Pesquisa Empírica em Direito da REED (SÁ E SILVA, 2016).

¹⁰Atualmente, o precedente que determina as regras para a admissão de elementos de informação de ordem técnica (*expert testimonials*) é o estabelecido em *Daubert v. Merryll Dow Pharmaceuticals*, em 1993. Em suma, o precedente estabelece que uma evidência científica, para ser aceita, precisa ser *confiável e relevante para o caso*, critérios que desafiam os atores do campo jurídico (e, especialmente, os juízes), usualmente desprovidos de conhecimento técnico-metodológico necessários para avaliar a confiabilidade ou mesmo a relevância de uma dada pesquisa científica. O estabelecimento do critério fez surgir novo problema. Na prática, segundo aponta parcela da literatura norte-americana, o precedente passou a exigir dos magistrados que se transformem em “consumidores sofisticados” de pesquisa científica (KOVERA; MCAULIFF, 2000, p. 574).

A consolidação da pesquisa sociojurídica empírica no cenário nacional pode ser atribuída a cinco vetores fundamentais, conforme Fábio de Sá e Silva (2016, p. 27–41): a exaustão do positivismo jurídico, cujo modelo relevou-se incapaz de dar solução às demandas sociais que ganharam espaço na pauta pós-redemocratização, questão apontada pelo pensamento jurídico crítico a partir de meados da década de 80; a reforma do ensino jurídico, em especial a partir dos anos 90, visando a maior interação entre ensino, pesquisa e extensão e maior diálogo entre teoria e prática, ampliando as matrizes metodológicas, mediante instalação de núcleos de prática jurídica, atividades complementares e projetos de pesquisa e extensão; a consolidação da ordem democrática, que deu voz a atores sociais que não tinham espaços institucionalizados de atuação sob a égide do regime militar; o “chamado das políticas públicas”, cuja formulação e controle demandam cada vez mais a apropriação e análise de dados a fim de bem compreender a realidade social; a globalização e o surgimento de novas tecnologias, que ampliaram as possibilidades de circulação de ideias entre diversas comunidades acadêmicas no plano transnacional.

Aspecto interessante a ser ressaltado é que não se trata, simplesmente, de reconhecer a existência de uma comunidade científica voltada à produção pesquisa sociojurídica. Há, hoje, uma verdadeira demanda oficializada por este tipo de pesquisa, partindo de órgãos estatais e voltada à resolução de questões práticas, a exemplo do projeto Pensando o Direito, que “financia pesquisas empíricas e interdisciplinares sobre temas na pauta prioritária do Governo e carentes de análise mais aprofundada”¹¹, lançado em 2007, no âmbito da então Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ)¹², com o objetivo é prover de maiores subsídios o processo de elaboração legislativa. Pesquisadores já se debruçaram sobre temáticas envolvendo criminologia, processo civil, direito do consumidor, federalismo, propriedade intelectual, conflitos fundiários urbanos, entre diversos outros temas, mediante abordagens metodológicas variadas¹³.

¹¹Informações disponíveis em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito>.

¹²Atualmente, Assessoria Especial de Assuntos Legislativos, junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, conforme Decreto 9662/19.

¹³Para uma análise da produção e dos tipos de metodologias empregadas nos diversos trabalhos realizados no âmbito do Projeto Pensando o Direito, ver LINS E HORTA; ALMEIDA; CHILVARQUER, 2014, p. 162–163.

Outro exemplo do interesse em análise empírica é a criação de um Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) pela Lei 11.364/2006, na esteira da Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional 45/04), que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Conforme refere a legislação, o objetivo do DPJ/CNJ é desenvolvimento de pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira, ao diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais de diversos seguimentos do Poder Judiciário, e ao subsídio de elementos técnicos para a formulação de políticas judiciárias. Algumas das pesquisas desenvolvidas pelo DPJ um perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros (BRASIL, 2018b), um relatório estatístico sobre ações envolvendo liberdade de imprensa, incluindo análise de perfil geográfico e dos objetos e veículos de imprensa mais demandados (BRASIL, 2018c), e relatórios quantitativos da atuação do Poder Judiciário (BRASIL, 2018a). Além disso, há pesquisas desenvolvidas junto a diversas instituições públicas e privadas, tais como uma pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015) e uma pesquisa sobre a morosidade judiciária (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL, 2011).

A instituição de projetos desta natureza é significativa, pois evidencia a consciência – agora oficializada - de que não há como regular um fenômeno social sem compreendê-lo. Noutras palavras, não há como regular economia sem compreender o fenômeno econômico; não há como estabelecer políticas públicas de saúde sem compreender as práticas sociais relacionadas a doenças; não há como pretender elaborar políticas de habitação efetivas sem a adequada compreensão do fenômeno da urbanização; não há como lidar com a criminalidade sem compreender os diversos aspectos envolvidos na criminalização e na violência.

O panorama exposto demonstra não apenas que a sociologia do direito atingiu patamares de institucionalização sem precedentes no Brasil, mas também que há uma franca abertura para a recepção de aportes da pesquisa sociojurídica pelos próprios órgãos de Estado produtores de normas jurídicas, especialmente nos âmbitos do Poder Executivo e Legislativo, e, em alguma medida, no CNJ, mais próximo do Poder Judiciário.

Questão mais delicada é analisar como os magistrados vêm reagindo a esses novos aportes. O Poder Judiciário sempre integrou um espaço de discurso tradicionalmente mais fechado, tanto pela forma de seleção de seus agentes, que não são eleitos pelo sufrágio, quanto pela presença mais marcante da dogmática jurídica

como padrão de racionalidade. Não obstante, mesmo aqui não se pode deixar de vislumbrar sinais de abertura ao diálogo com cientistas sociais.

Nesse sentido, três recentes acontecimentos demonstram que a construção do direito sobre bases racionais e legítimas permanece sendo uma questão desafiadora, e que o modelo de operação do sistema até então vigente está próximo do esgotamento.

Primeiro, a elaboração e vigência de um novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/2015), cujo texto sinaliza evidente preocupação com a fundamentação das decisões judiciais e na consolidação de um sistema de precedentes (por exemplo, art. 489, §1º, e art. 926). Outro aspecto interessante é a previsão legal de realização periódicas de pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas processuais (art. 1.069). As inovações são, aparentemente, motivadas pela busca de uma maior racionalidade do sistema de justiça, com maior controle sobre a produção judicial do direito.

Segundo, a edição da Lei 13.655/2018, que acrescenta à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” – portanto, em idêntica linha teleológica (ao menos em aparência) à do Código de Processo Civil de 2015. Dentre as inovações legislativas, houve introdução de dispositivos determinando, por exemplo, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Tais alterações indicam, inclusive, uma tendência ao incremento nos usos de argumentos consequencialistas conectados com a realidade.

Terceiro, o já referido julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR, pelo STF, em que o Min. Barroso apontou a necessidade de operar “um giro empírico-pragmático”, a fim de superar o “mundo de retórica vazia, alheio aos fatos, alheio ao que acontece no mundo real”, e, assim, justificar o uso de argumentos empíricos na construção da decisão. A decisão certamente não é a primeira a lançar mão de argumentos empíricos, mas é pioneira ao conclamar uma virada paradigmática em torno da questão, invocando um modelo argumentativo baseado em evidências como fator legitimador da atividade jurisdicional.

Esse conjunto de acontecimentos evidencia a preocupação com o controle de legitimidade e de racionalidade das decisões judiciais. Todavia, há aspectos potencialmente problemáticos em relação à pretensão de um “Direito Baseado em

Evidências”. Por exemplo, quais seriam os requisitos epistemológicos a serem observados por juristas na avaliação das “evidências” e na elaboração de prognósticos acerca das possíveis consequências práticas de uma decisão? A questão não é nada trivial, considerando os temas sobre os quais decidem os tribunais e as consequências dessas decisões.

A própria análise do voto do Min. Barroso no HC 152.752/PR permite antever dificuldades.

O ministro abre o voto frisando que o caso é “um teste importante para o sentimento republicano, para a democracia brasileira, e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade” (BRASIL, 2018, p. 161). Na sequência, estabelece um histórico do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão jurídica posta em análise e sustenta que a mudança de posicionamento da corte, que passou a permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, foi fruto de uma “mutação constitucional”, conforme tese que “parece doutrinariamente correta” (BRASIL, 2018, p. 164). A partir daí, o ministro inicia uma inadvertida incursão em análise social acerca dos impactos do novo entendimento sobre o cumprimento de pena. Em suma, pondera o ministro que o entendimento superado: (i) era um “poderoso incentivo à interposição infundável de recursos procrastinatórios”; (ii) repercutia negativamente sobre a seletividade do sistema punitivo brasileiro, na medida em que “tornou muitíssimo mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que prender um agente público ou um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões”; (iii) levava ao “descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade pela demora quase perene nas punições e pelas frequentes prescrições” (BRASIL, 2018, p. 165–172).

Toda essa análise é apresentada sem referir qualquer estudo ou pesquisa que se preste para sustentá-la. Ao longo de toda sua manifestação, Barroso tece uma série de considerações sobre a corrupção e o crime no Brasil e sobre a melhor postura a ser adotada pelo STF para enfrentamento desse cenário. Em determinado momento do voto, explicita que, em seu entendimento, a questão envolveria uma colisão de princípios, para concluir que o princípio da presunção de inocência cederia em favor do “interesse do sistema de justiça”. (BRASIL, 2018, p. 177)

Após esta exposição, Barroso apresenta, no último tópico do voto, a ideia de “direito e justiça baseados em evidências” e o convite ao “giro-empírico pragmático” (BRASIL, 2018, p. 179). Eis a forma como enuncia a ideia:

Mas há um giro que nós ainda não conseguimos efetuar inteiramente por ideias antigas e arraigadas, que é um giro empírico-pragmático. É uma característica brasileira, latina – portugueses já se livraram dela – que é um mundo de retórica vazia, alheio ao que acontece no mundo real. Portanto, o empirismo significa a valorização a experiência dos fatos, a verificação do que acontece no mundo real; e o pragmatismo – por isso a virada empírico-pragmática – consiste em verificar que tipo de resultado uma decisão ou uma política pública produz sobre a realidade, produz no mundo real, se ela é capaz de satisfazer adequadamente as demandas existentes.

A pesquisa empírica é a grande novidade do Direito contemporâneo, com ajuda valiosa – e a nossa Presidente atuou intensamente nesse sentido – do Conselho Nacional de Justiça produzindo números – e anteriormente o Ministro Lewandowski. E, portanto, agora a gente já sabe se o congestionamento está em primeiro grau, se o congestionamento está na execução fiscal; e você pode pensar soluções com base em dados. Sem dados, você decide no escuro, o país não tem controle de políticas públicas, não tem controle de desempenho, não tem controle de resultado. (BRASIL, 2018, p. 180)

A partir de então, Barroso apresenta uma série de dados estatísticos, em parte produzidos pelo CNJ, em parte produzidos por uma “pesquisa realizada pelo Ministro Schietti, com a equipe técnica do STJ”, que ele próprio encomendou, concluindo que um percentual ínfimo de recursos especiais e extraordinário em matéria penal resulta em absolvição ou resultado favorável ao réu, e, ainda, que o *habeas corpus* revelar-se-ia, estatisticamente, como uma “válvula de escape” para que os casos sigam alçando às Cortes Superiores (BRASIL, 2018, p. 182–184). Esse elemento parece essencial à fundamentação do voto como um todo, na medida em que funciona como uma forma de demonstrar que a garantia da presunção de inocência não restaria lesada pelo entendimento defendido pelo ministro, ao menos conforme as evidências apresentadas.

Diversos aspectos do voto do Min. Barroso evidenciam uma guinada no modelo de argumentação jurídica.

Um primeiro ponto a ser destacado é que o voto não traz em si nenhuma referência doutrinária. Refere, sim, a doutrina indiretamente, mas apenas para fins de recorrer à tese da mutação constitucional, e não para tratar dos institutos jurídicos pertinentes ao caso, tais como a presunção de inocência, a culpabilidade, a punibilidade e o conceito de trânsito em julgado.

Um segundo ponto é o uso de diversos argumentos consequencialistas na primeira parte do voto sem que se externe qualquer preocupação com a necessidade de apresentar “evidências” robustas que suportem afirmações como a de que exigir o trânsito em julgado incentiva o manejo de recursos protelatórios, torna o aparato punitivo mais seletivo em detrimento dos pobres e joga ao descrédito o sistema de Justiça penal junto à sociedade. É paradoxal que tais alegações sejam apresentadas como autoevidentes, para, depois, na última parte do voto, introduzir-se a ideia de “Direito e Justiça Baseados em Evidências”.

Uma terceira ponderação que se impõe diante da sugestão de um direito baseado em evidências diz respeito à qualidade e controle dessas evidências. No caso do voto em análise, as evidências apresentadas pelo ministro – produto de análise estatística – não vêm acompanhadas de qualquer referência quanto à metodologia utilizada para análise dos dados. É bem possível que isso possa ser esclarecido mediante análise do estudo do CNJ referido no voto. Todavia, qualquer contraditório quanto ao aspecto metodológico fica impossibilitado, já que as evidências em questão foram produzidas por pesquisa encomendada pelo Min. Barroso ao Min. Schiett, do STJ – uma pesquisa nada modesta, que, conforme refere o voto, envolveu análise de 68.944 decisões proferidas em recurso especial ou em agravo em recurso especial entre 1º de setembro de 2015 e 31 de agosto de 2017 (BRASIL, 2018, p. 183).

Delineado o cenário, marcado pela abertura do campo jurídico ao uso de argumentos empíricos como uma reação à crise de legitimidade (reflexo da crise de racionalidade) que aflige a prática jurídica, é importante problematizar o uso das ciências pelo campo jurídico. É justificada uma suspeita de que a prática jurídica faça uso do discurso científico como instrumento de legitimação, sem, contudo, quaisquer preocupações metodológicas, o que implica risco de desnaturação do conteúdo original dos argumentos oriundos do campo científico, apropriados e convertidos em argumentos úteis no campo jurídico.

A questão não apresenta apenas interesse para uma análise sociológica, mas também jurídica. Conforme alerta Davis, não é consentâneo com os propósitos de uma Suprema Corte que decida com base em informações incorretas ou com base em informações cuja fonte é desconhecida pelos interessados (DAVIS, 1980, p. 931). Especialmente se for o caso de levar a sério a promessa funcional de racionalidade sobre a qual erigiu-se a dogmática jurídica. Neste caso, um giro empírico-pragmático

é bem-vindo, e pode muito bem representar um importante avanço na dogmática jurídica, em termos de incremento de racionalidade.

Indo além, pode-se afirmar que o “giro empírico-pragmático” é uma tentativa de resgatar a legitimação do discurso jurídico, ainda que mediante apropriação da legitimidade de outros discursos. Isto, porém, será objeto de investigação nas próximas seções, à luz de um referencial teórico adequado.

3 DESENHO TEÓRICO-METODOLÓGICO DA PESQUISA

O presente capítulo apresenta o referencial teórico a ser empregado para viabilizar a compreensão do problema de pesquisa, bem como o referencial empírico e as estratégias metodológicas utilizadas na coleta e análise dos dados.

A pergunta central que se pretende responder é: como o discurso científico é utilizado na fundamentação de decisões do STF?

Antes de mais nada, é necessário fazer dois esclarecimentos sobre a formulação da pergunta.

Primeiro, o que ela propõe é uma descrição do fenômeno “como ele é”, e não “como ele deveria ser”. Posto que o objetivo central deste trabalho é uma análise descritiva e sociológica, aspectos filosóficos e normativos não serão problematizados, o que não significa que não estejam presentes. No campo das ciências sociais, nenhuma pergunta pode ser justificada num limbo valorativo, até porque a pesquisa surge da necessidade de compreender algo que se reputa importante.

Segundo, uma investigação descritiva de algum comportamento humano acaba por exigir também uma análise das motivações deste comportamento, já que toda ação humana é voltada a um fim (ainda que inconsciente). Afinal,

[A] sociologia postula que há uma razão para os agentes fazerem o que fazem (no sentido em que falamos de razão de uma série), razão que se deve descobrir para transformar uma série de condutas aparentemente incoerentes, arbitrarias, em uma série coerente, em algo que se possa compreender a partir de um princípio único ou de um conjunto coerente de princípios. Nesse sentido, a sociologia postula que os agentes sociais não realizam atos gratuitos. (BOURDIEU, 2011, p. 138)

Este trabalho adotou a teoria dos campos sociais de Bourdieu (que não deixa de ser uma teoria da ação) como referencial teórico para apreender, da melhor forma possível, o fenômeno objeto da investigação. Em complemento, dialogando com as categorias da teoria dos campos sociais, será também utilizada a noção de “dependência epistêmica”, sugerida por Hardwig (1985) e aplicada à prática jurídica por Herdy (2014). As ferramentas teóricas utilizadas para compreender as relações entre os campos científico e jurídico são explicadas na seção 3.1.

A partir deste referencial teórico, é possível justificar as escolhas do referencial empírico (a série de acórdãos do STF precedidos pela realização de audiências pública) e do desenho metodológico (pesquisa exploratória e qualitativa) utilizados no

presente trabalho. O referencial empírico escolhido para estudar a argumentação judicial é discutido na seção 3.2, ao passo que as estratégias para coleta e análise do material empírico são explicadas na seção 3.3.

3.1 Ferramentas teóricas para compreender as relações entre os campos científico e jurídico

Uma teoria é como um conjunto de filtros que se presta à compreensão da realidade, viabilizando diferentes ângulos de aproximação, desnudando nuances que se escondem por detrás do óbvio. No caso, elegeu-se a teoria dos campos sociais de Bourdieu para analisar os usos do discurso científico pelo campo jurídico. A teoria de Bourdieu é bastante complexa e foi desenvolvida ao longo de sua obra a partir da necessidade de explicar a ação humana no espaço social. Para este trabalho, a teoria será empregada nos limites do necessário para responder ao problema de pesquisa. Os principais elementos conceituais que serão utilizados para a análise dos dados são as categorias campo social, *habitus* e capital simbólico.

As teorizações de Bourdieu partiram da necessidade de estabelecer uma unidade de análise das práticas sociais que superasse a oposição dicotômica entre pontos de vista internalistas e externalistas (BOURDIEU, 2004, p. 19; 2012a, p. 64–70). Em termos mais singelos, Bourdieu ansiava por uma teoria capaz de evitar uma dicotomia entre dois extremos, marcada, de um lado, por uma posição que via no comportamento social um comportamento totalmente consciente, livre e desembaraçado de quaisquer constrangimentos impostos pelo meio social, e, de outro, por uma posição que via nas práticas sociais meros reflexos das estruturas sociais estabelecidas. Para tanto, era preciso compreender como as práticas sociais exercem pressões sobre as estruturas sociais, ao mesmo tempo em que as estruturas sociais exercem pressões sobre as práticas, e como tudo isso influencia e é influenciado pelas percepções dos agentes em relação às próprias práticas e estruturas sociais.

Talvez um dos conceitos mais complexos da teoria de Bourdieu seja a noção de *habitus*. Será preciso simplificá-la. É célebre a formulação que define o *habitus* como estrutura estruturante e estruturada. O *habitus* pode ser tomado como um objeto de estudo imediato, a partir do qual é possível delinear um campo. É estruturante porque “organiza as práticas e a percepção das prática”, e estruturada porque “o

princípio de divisão em classes lógicas que organiza a percepção do mundo social é, por sua vez, o produto da incorporação da divisão em classes sociais” (BOURDIEU, 2017, p. 164). Noutra formulação, talvez mais simples:

O *habitus* preenche uma função que, em uma outra filosofia, confiamos à consciência transcendental: é um corpo socializado, um corpo estruturado, um corpo que incorporou as estruturas imanentes de um mundo ou de um setor particular desse mundo, de um campo, e que estrutura tanto a percepção desse mundo como a ação nesse mundo. (BOURDIEU, 2011, p. 144)

O *habitus* é um conjunto de predisposições que pode ser compreendido como a incorporação do “sentido do jogo”, compartilhado pelos agentes que habitam o espaço social, numa relação de cumplicidade infraconsciente e infralinguística (BOURDIEU, 2011, p. 143). O *habitus* estrutura uma percepção de mundo ao mesmo tempo em que é estruturado por ela. Manifesta-se nos gostos artísticos e culturais, nas vestimentas, na linguagem, nos hábitos, nas liturgias, na observância de regras de etiqueta, nos juízos daquilo que é meritório, honroso, vergonhoso, enfim, no conjunto de predisposições que condicionam a ação e que compõem uma estrutura de relações objetivas que os habitantes de um campo compartilham e que serve para estabelecer uma relação de pertencimento. Nas palavras de Bourdieu,

Os *habitus* são princípios geradores de práticas distintas e distintivas – o que o operário come, e sobretudo sua maneira de comer, o esporte que pratica e sua maneira de praticá-lo, suas opiniões políticas e sua maneira de expressá-las diferem sistematicamente do consumo ou das atividades correspondentes do empresário industrial; mas são também esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e de divisão e gostos diferentes. Eles estabelecem as diferenças entre o que é bom e mau, entre o bem e o mal, entre o que é distinto e o que é vulgar etc., mas elas não são as mesmas. Assim, por exemplo, o mesmo comportamento ou o mesmo bem pode parecer distinto para um, pretensioso ou ostentatório para outro e vulgar para um terceiro. (BOURDIEU, 2011, p. 22)

O *habitus* é o elemento constitutivo de um campo social ao mesmo tempo em que é constituído por ele. Portanto, estrutura estruturante e estruturada. Não há uma ordem cronológica ou mesmo lógico-causal entre a formação de um *habitus* e a formação de um campo social, mas sim uma relação reflexiva. A circularidade do conceito é proposital, porque permite superar a dicotomia inicialmente referida, entre pontos de vista internalistas e externalistas.

Um campo social pode ser compreendido como um universo intermediário no qual estão inseridos agentes e instituições (BOURDIEU, 2004, p. 20). Trata-se de um conjunto de relações objetivas continuamente internalizadas e externalizadas pelos

agentes que habitam o campo. É essa “estrutura das relações objetivas entre os agentes que determina o que eles podem e não podem fazer”, ou seja, “só compreendemos, verdadeiramente, o que diz ou faz um agente engajado num campo (um economista, um escritor, um artista etc.) se estamos em condições de nos referirmos à posição que ele ocupa nesse campo” (BOURDIEU, 2004, p. 23–24). Em termos mais abrangentes, Bourdieu entende que “os objetos de pesquisa nunca podem ser vistos como *objetos em si mesmos* – uma posição que fundamenta a ciência *substancialista* – e devem ser compreendidos *em relação* [...] ao seu ambiente sócio-histórico” (GRENFELL, 2018, p. 200). O termo “relação” deve ser tomado no sentido enfatizar a noção de interdependência ou dependência mútua entre objeto e contexto (sua posição no campo).

A utilidade da noção de campo para a superação da dicotomia entre visões internalistas e externalistas é perceptível no debate que Bourdieu trava sobre a condição do saber jurídico:

A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da acção jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma “teoria pura do direito” não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.

Quando se toma a direcção oposta a este espécie de ideologia profissional do corpo dos doutores constituída em corpo de “doutrina”, é para se ver no direito e na jurisprudência um *reflexo directo* das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações económicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação [...]. (BOURDIEU, 2012b, p. 209–210)

Segundo Bourdieu, essas duas ideologias sobre o saber e a prática dos juristas são falhas porque desconsideram a “existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica” (BOURDIEU, 2012b, p. 211), ou seja, o campo jurídico. É a noção de campo que permite compreender a prática jurídica como algo para além de um sistema fechado e autônomo ou de um mero reflexo reprodutor das estruturas sociais existentes:

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou,

mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas”. (BOURDIEU, 2012b, p. 211)

A noção de campo social, correlata à noção de *habitus*, permite compreender a noção de capital simbólico. Para facilitar a compreensão, imagine-se o campo social como uma estrutura de relações objetivas que compõe uma hierarquia. A noção de hierarquia pressupõe uma percepção compartilhada de que algo há de valioso. Isto que há de valioso dentro de um campo é derivado de uma percepção internalizada no *habitus* (percepção que é infraconsciente e infralinguística) e relacionada ao simbólico, que caracteriza o capital específico de um campo social. Os capitais são “recursos de poder simbólico adquiridos pelos agentes ao longo de suas trajetórias e produzidos pelos diferentes campos sociais” (ALMEIDA, 2017, p. 131).

A posição de cada agente no campo é determinada pela distribuição do capital específico do campo. Cada agente (indivíduo ou instituição) participa na determinação da estrutura do campo em medida proporcional ao peso do seu capital; paralelamente, cada agente sujeita-se às pressões do campo na proporção da fragilidade de sua posição¹⁴, que também é determinada pelo capital acumulado (BOURDIEU, 2004, p. 24). É a posição de cada agente na escala de dominância (dominantes e dominados), determinada pela medida relativa de capital acumulado, que determina a probabilidade de ascensão dentro do campo e o poder de influenciar ou suportar a pressão exercida pela estrutura do campo.

O capital [...] representa um poder sobre um campo (num dado momento) e, mais precisamente, sobre o produto acumulado do trabalho passado (em particular sobre o conjunto dos instrumentos de produção), logo sobre os mecanismos que contribuem para assegurar a produção de uma categoria de bens e, deste modo, sobre um conjunto de rendimentos e ganhos. As espécies de capital, à maneira dos trunfos num jogo, são os poderes que definem as probabilidades

¹⁴Um exemplo ilustrativo apresentado por Bourdieu pode auxiliar a compreensão: “Todo campo, o campo científico por exemplo, é um campo de forças e um campo de lutas para conservar ou transformar esse campo de forças. Pode-se, num primeiro momento, descrever um espaço científico ou um espaço religioso como um mundo físico, comportando as relações de força, as relações de dominação. Os agentes – por exemplo, as empresas no caso do campo econômico – criam o espaço, e o espaço só existe (de alguma maneira) pelos agentes e pelas relações objetivas entre os agentes que aí se encontram. Uma grande empresa deforma todo um espaço econômico conferindo-lhe uma certa estrutura. No campo científico, Einstein, tal como uma grande empresa, deformou todo o espaço em torno de si. Essa metáfora ‘einsteiniana’ a propósito do próprio Einstein significa que não há físico, pequeno ou grande, em Brioude ou em Harvard que (independentemente de qualquer contato direto, de qualquer interação) não tenha sido tocado, perturbado, marginalizado pela intervenção de Einstein, tanto quanto um grande estabelecimento que, ao baixar seus preços, lança fora do espaço econômico toda uma população de pequenos empresários”. (BOURDIEU, 2004, p. 22–23)

de ganho num campo determinado (de facto, a cada campo ou subcampo corresponde uma espécie de capital particular, que ocorre, como poder e coisa em jogo, neste campo). Por exemplo, o volume do capital cultural (o mesmo valeria, *mutatis mutandis*, para o capital econômico) determina as probabilidades agregadas de ganho em todos os jogos em que o capital cultural é eficiente [...]. (BOURDIEU, 2012b, p. 134).

A teoria dos campos sociais permite compreender e problematizar práticas sociais específicas tanto numa dimensão interna (as lutas dentro de cada campo, na medida em que os agentes competem pela posição de dominância) como numa dimensão externa (as relações entre campos, a conversão de capitais específicos de um campo para outro, a concorrência entre os campos pela posição de dominância em relação ao campo de poder). A questão que compõe o problema central desta pesquisa pode ser posta como uma questão sobre a relação entre o campo jurídico e outros campos sociais (ou a apropriação, pelo campo jurídico, de capitais próprios de outros campos).

Eis como Bourdieu caracteriza o *campo jurídico*:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 2012b, p. 212)

Essa disputa pode ser pensada como uma disputa pela primazia do universal, que é uma posição reivindicada pelo direito e por qualquer prática social que pretenda produzir enunciados ou práticas universais, como a filosofia e as ciências (BOURDIEU, 2014, p. 146)¹⁵. É sobre a reivindicação de universalidade do campo jurídico, a partir da diferenciação do capital jurídico como uma espécie específica de capital cultural, que, segundo Bourdieu, repousa a gênese do Estado.

A pretensão de universalidade demanda uma postura desinteressada, na medida em que o universal é a negação do particular. No caso do direito (e, por meio

¹⁵O interesse pelo universal (que faz do universal uma espécie de capital a partir do qual se pode lucrar) aparece em Bourdieu como uma premissa (BOURDIEU, 2014, p. 282), algo que ele supõe que seria demonstrável por um estudo antropológico: “Há ainda uma questão a colocar, que hesito em mencionar: por que observamos, quase universalmente, a existência de lucro na submissão ao universal? Creio que uma antropologia comparada permitiria dizer que existe um reconhecimento universal do reconhecimento do universal; que é universal nas práticas sociais reconhecer como valiosas as condutas baseadas na submissão, ainda que aparente, ao universal”. (BOURDIEU, 2011, p. 153)

dele, também do próprio Estado), o repositório de legitimação universal variou conforme variaram os tempos: legitimação pela vontade divina, pela vontade geral, pelo bem comum, pela dignidade do homem enquanto homem¹⁶. Como corolário da pretensão de universalidade, o *habitus* jurídico é marcado por traços de uma retórica do desinteresse (BOURDIEU, 2011, p. 137–152), cujo efeito é obtido por meio de técnicas de discurso que neutralizem qualquer traço de subjetividade ou personalidade. O emprego recorrente da prosopopeia é típico exemplo de manifestação dessa retórica do desinteresse, ou retórica do oficial, útil à produção do efeito de Estado, de universalização daquilo que é particular:

Encontro a definição da prosopopeia que eu procurava há pouco: ‘Figura de retórica pela qual se faz falar e agir uma pessoa que se evoca, um ausente, um morto, um animal, uma coisa personificada’. [...]. Os letrados, os que manipulam uma língua erudita, como os juristas e os poetas, devem pôr em cena o referente imaginário em nome do qual eles falam e aquilo em nome do que se expressam. Devem produzir ao mesmo tempo um discurso e a crença na universalidade de seu discurso pela produção sensível, no sentido de evocação dos espíritos, dos fantasmas – o Estado é um fantasma...-, dessa coisa que garantirá o que fazem: ‘a nação’, ‘os trabalhadores’, ‘o povo’, ‘o segredo de Estado’, ‘a segurança nacional’, ‘a demanda social’ etc.”. (BOURDIEU, 2014, p. 103).

Sempre que Bourdieu menciona a retórica do desinteresse para caracterizar um campo, ele o faz apenas para desmistificá-la (por isso nomina como “retórica”) (BOURDIEU, 2004, p. 31, 2011, p. 151–152, 2014, p. 444), evidenciando a lógica por trás da lógica do desinteresse. O desinteresse abre acesso aos lucros da universalização. Há, portanto, um interesse no desinteresse: “*Interesse* é ‘estar em’, participar, admitir, portanto, que o jogo merece ser jogado e que os alvos engendrados no e pelo fato de jogar merecem ser perseguidos” (BOURDIEU, 2011, p. 139).

¹⁶“É preciso deter-se especialmente na estrutura do campo jurídico, examinar os interesses genéricos do corpo de detentores dessa forma particular de capital cultural, predisposto a funcionar como capital simbólico, que é a competência jurídica, e os interesses específicos que se impuseram a cada um deles em função de sua posição em um campo jurídico ainda fragilmente autônomo, no essencial, em relação ao poder real. Compreende-se assim que esses agentes tinham interesse em dar uma forma universal à expressão de seus interesses particulares, em criar uma teoria do serviço público, da ordem pública, e também em trabalhar para autonomizar a *razão de Estado* em relação à *razão dinástica*, à “casa do rei”, em inventar a “*res publica*” [...]: em virtude de seu capital específico e graças a ele, e a seus interesses particulares, eles foram levados a produzir um discurso de Estado que, oferecendo-lhes justificativas de sua posição, constituiu e instituiu o Estado, *fictio juris* que, pouco a pouco, deixou de ser uma simples ficção de juristas para tornar-se uma ordem autônoma, capaz de impor amplamente a submissão de suas funções, e a seu funcionamento, e o reconhecimento de seus princípios”. (BOURDIEU, 2011, p. 121–122)

A situação judicial funciona como *lugar neutro*, que opera uma verdadeira *neutralização* das coisas em jogo por meio da ‘des-realização’ e da distanciação implicadas na transformação e da defrontação directa dos interessados em diálogo entre mediadores. Os agentes especializados, enquanto terceiros – indiferentes ao que está directamente em jogo (o que não quer dizer desinteressados) e preparados para apreenderem as realidades escaldantes do presente atendo-se a textos antigos e a precedentes confirmados – introduzem, mesmo sem querer nem saber, uma distância neutralizante a qual, no caso dos magistrados pelo menos, é uma espécie de imperativo da função que está inscrita no âmago dos *habitus*: as atividades ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares, sempre pronto a condenar e a censurar os que se comprometeriam de modo demasiado aberto com questões de dinheiro ou de política. (BOURDIEU, 2012b, p. 217)

Para alcançar os lucros da universalização, portanto, é preciso engajamento numa postura desinteressada, que sustente no imaginário social ideias de neutralidade, racionalidade, objetividade, exatidão. No caso do direito, isso se faz presente na figura do juiz imparcial, na noção de “norma fundamental”, na pretensão de uma ciência do direito, na invocação de ideais de justiça universais. A manutenção dessa mecânica se dá por meio de uma divisão do trabalho não conscientemente orquestrada entre os agentes do campo jurídico (acadêmicos, advogados, membros do Poder Judiciário, agentes estatais). Bourdieu, ao analisar esse processo de divisão do trabalho jurídico, considerou, primordialmente, um subcampo acadêmico e um subcampo judicial¹⁷, ligados, simultaneamente, por uma relação de antagonismo e de complementaridade. A teoria legitima a prática e permite distingui-la da violência arbitrária, ou, numa formulação bastante interessante:

A lógica paradoxal de uma divisão do trabalho que se determina, fora de qualquer concertação consciente, na concorrência estruturalmente regulada entre os agentes e as instituições envolvidas no campo, constitui o verdadeiro princípio de um sistema de normas e de práticas que aparece como fundamento *a priori* na equidade dos seus princípios, na coerência de suas formulações e no rigor das suas aplicações, quer dizer, como participando ao mesmo tempo da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral, portanto, como podendo impor-se universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética.

¹⁷É razoável assumir que a divisão do trabalho jurídico, na realidade atual, envolve uma rede mais abrangente de agentes e instituições. Agências reguladoras, agentes investidos em métodos alternativos de solução de conflitos, instâncias internacionais de resolução de controvérsias, novos “ramos” do direito, enfim, todas essas realidades que surgem para atender a demandas de uma sociedade complexa e global passam a exercer um papel na disputa, influenciam e recorrem ao “reservatório de autoridade”.

[...]

O cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares. É isto que explica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la". (BOURDIEU, 2012b, p. 213–219)

A referência a cânone jurídico parece ser cambiável pela referência a dogmática jurídica. Não seria a dogmática jurídica, no paradigma dogmático, o reservatório (ou “banco central”) de autoridade dos atos jurídicos singulares? O estatuto epistemológico reivindicado pela dogmática jurídica (uma ciência do direito) e a pretensão anunciada de produzir um sistema coerente, completo e fechado de normas não seriam, afinal, reveladoras de uma pretensão de universalidade? Se é assim, então pode-se dizer que esse modelo (esse reservatório de autoridade) mostra sinais de esgotamento. Por isso o sentimento geral de desconforto, ilustrado por críticas ácidas e referências a “um mundo de retórica vazia” e ao “medo dos juízes”, conforme visto seção 2. Daí o aparecimento, no discurso, do convite a um “giro empírico-pragmático”.

Um último elemento chave da teoria de Bourdieu, útil para operacionalizar a presente pesquisa, é o conceito de refração. A refração é a capacidade do campo de mitigar a influência de capitais específicos de outros campos. Noutras palavras, a intensidade da refração é a medida da autonomia de um campo (BOURDIEU, 2004, p. 21–22). Em sendo assim, se o campo jurídico postula autonomia, então uma forma de assegurá-la é manter sua capacidade de refração, diminuindo a influência de outros campos (como, por exemplo, do campo político). Em contrapartida, a abertura do direito para o discurso científico exigiria uma maior permeabilidade desse discurso, e, conseqüentemente, uma diminuição da capacidade de refração, com renúncia de parcela da autonomia.

Como o problema central desta pesquisa são os usos do discurso científico na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, é preciso esclarecer o que se pretende significar com o termo “discurso científico”. Discurso científico é, a princípio, aquele produzido por agentes do campo científico. Bourdieu não define o campo científico com contornos precisos, o que é de se esperar, já que os campos são delimitados pelo compartilhamento de um *habitus*. Como um dos elementos

caracterizadores desse *habitus*, tem-se o reconhecimento compartilhado de um método como elemento característico da atividade científica:

“...[O] que faz a especificidade do campo científico é aquilo sobre o que os concorrentes estão de acordo acerca dos princípios de verificação da conformidade do ‘real’, acerca dos métodos comuns de validação de teses e de hipóteses, logo sobre o contrato tácito, inseparavelmente político e cognitivo, que funda e rege o *trabalho de objetivação*” (BOURDIEU, 2004, p. 33)

No mais, não há como ignorar a circularidade da noção de campo: ao fim e ao cabo, é científico aquilo que os agentes do campo científico reconhecem como científico. De todo modo, esta circularidade implica que, na luta que toma lugar no campo, o arsenal pelo qual luta cada agente não é composto apenas de capital científico puro, mas também de capital institucional. Esta distinção não será aprofundada nem instrumentalizada neste trabalho, que tomará em conta o capital científico de forma indiscriminada, mas é importante explicitá-la para estabelecer algumas noções sobre a dinâmica do campo científico que permitam compreender o que torna o capital científico valioso também no campo jurídico. Assim,

“[a]s duas espécies de capital científico têm leis de acumulação diferentes: o capital científico ‘puro’ adquire-se, principalmente, pelas contribuições reconhecidas ao progresso da ciência, as invenções ou as descobertas (as publicações, especialmente nos órgãos mais seletivos e mais prestigiosos, portanto aptos a conferir prestígio à moda de bancos de crédito simbólico, são o melhor indício); o capital científico da instituição se adquire, essencialmente, por estratégias políticas (específicas) que têm em comum o fato de todas exigirem *tempo* – participação em comissões, bancas (de teses, de concursos), colóquios mais ou menos convencionais no plano científico, cerimônias, reuniões, etc. -, de todo modo que é difícil dizer se, como o professam habitualmente os detentores, sua acumulação é o princípio (a título de compensação) ou o resultado de um menor êxito na acumulação da forma mais específica e mais legítima do capital científico”. (BOURDIEU, 2004, p. 36)

A relação entre capital institucional e capital científico puro produz uma dinâmica própria no campo científico. Nesta dinâmica, as disputas travadas em termos de capital institucional (a disputa por orçamento, nomeações, prestígio político, que, em circunstâncias extremas, culminam em escândalos de plágio, sabotagem, favoritismos), convivem com as disputas travadas em termos de capital científico puro e são balizadas pela lógica do desinteresse, configurando um cenário típico de

economia dos bens simbólicos¹⁸ condutora de um paradoxo que Bourdieu enuncia nos seguintes termos:

O paradoxo dos campos científicos [...] é que eles produzem, ao mesmo tempo, essas pulsões destrutivas e o controle dessas pulsões. Se você deseja triunfar sobre um matemático, é preciso fazê-lo matematicamente pela demonstração ou refutação. Evidentemente, há sempre a possibilidade de que o soldado romano corte a cabeça de um matemático, mas isso é um 'erro de categoria', diriam os filósofos. Pascal veria nisso um ato de tirania que consiste em utilizar numa ordem um poder que pertence a outra ordem. Mas um tal triunfo não o é, realmente, segundo as normas próprias do campo. (BOURDIEU, 2004, p. 32)

Pois bem, se o valor do capital científico é produto da dinâmica do campo científico, resguardado por relativo grau de autonomia, então é preciso resguardar esta dinâmica para obter ganhos de racionalidade por meio dos usos do discurso científico. Em contrapartida, a atribuição de autoridade científica por critérios pautados pelo *habitus* do campo jurídico diminui consideravelmente os ganhos de racionalidade visados pelo agente do campo jurídico que utiliza o discurso científico. Na analogia de Bourdieu, em que o soldado romano corta a cabeça do matemático, o jurista que atribui, segundo seus próprios critérios, autoridade científica a um agente, faz as vezes do "soldado romano".

Em complementação às categorias da teoria dos campos sociais, a presente pesquisa também recorre à noção de dependência epistêmica originalmente formulada por Hardwig (1985), que também pode ser incorporada à análise do direito (HERDY, 2014). A ideia de dependência epistêmica serve como auxiliar na compreensão da relação entre o campo jurídico e o campo científico, especialmente em razão do modo pelo qual associa racionalidade e autoridade científica.

Hardwig sugere que o conhecimento racional pode ter como fonte a deferência à autoridade epistêmica de um terceiro. Isso se verifica tipicamente na relação entre *leigos* e *experts*, que, para efeitos deste trabalho, pode ser equiparada à relação entre profissionais e profanos de que fala Bourdieu ao teorizar sobre o campo jurídico

¹⁸“Em outras palavras, o campo, isto é, mais precisamente a economia antieconômica e a concorrência regulada da qual ele é o lugar, produz essa forma particular de *illusio* que é o interesse científico, ou seja, um interesse que com relação às formas de interesse correntes na existência cotidiana (e em particular no campo econômico) aparece como desinteressada, gratuita. Mas, mais sutilmente, o interesse 'puro', desinteressado, é um interesse pelo desinteresse, forma de interesse que convém a todas as economias dos bens simbólicos, economias antieconômicas, nas quais, de alguma maneira, é o desinteresse que 'compensa'.” (BOURDIEU, 2004, p. 31)

(BOURDIEU, 2012b, p. 225–227). Esta relação se materializa sempre que um leigo sustenta uma proposição baseado exclusivamente naquilo que sustentam os *experts*. Nas palavras de Hardwig,

O recurso do leigo à autoridade intelectual do expert, sua dependência epistêmica em relação ao expert, e sua inferioridade intelectual perante o expert (nas questões sobre as quais existe a expertise) são todas expressas pela fórmula que estivemos elaborando: B [o leigo] tem boas razões para acreditar que o A [o expert] tem boas razões para acreditar em p [proposição].” (HARDWIG, 1985, p. 338, tradução nossa).

Por vezes, o grau de dependência epistêmica é de dimensão tal que o leigo sequer é capaz de reconhecer um expert, ou mesmo de diferenciá-lo de um charlatão. Nessas situações, o leigo recorre a instituições ou a indivíduos com boa reputação e credibilidade. O exemplo oferecido por Hardwig é bastante fecundo para o que interessa explorar neste trabalho:

Se não estou em condições de saber quais são as boas razões do expert para acreditar em p , nem de avaliar se as razões apresentadas são boas razões, qual deve ser minha postura diante do expert? Se eu não sei essas coisas, eu sequer estou em posição de estabelecer se o sujeito é realmente um expert. [...]

Por certo, eu posso avaliar um expert e talvez obter um ranking de vários experts, confiando no que dizem outros experts. Se meu médico diz que eu devo ver um cardiologista, eu posso perguntar a ele e a outros médicos da comunidade sobre os cardiologistas da região. Ou, se eu quiser saber sobre os efeitos da mídia de massa sobre o eleitorado, posso me dirigir ao departamento de ciência política e perguntar quem fez o melhor trabalho sobre o tema e como foi a recepção do trabalho pela comunidade. Essa avaliação e ranqueamento de experts pode ser exprimida ampliando nossa fórmula e a cadeia de autoridade nela implícita: B tem boas razões para acreditar que C tem boas razões para acreditar que A tem boas razões para acreditar em p . (HARDWIG, 1985, p. 340–341, tradução livre).

Portanto, para Hardwig, considerando a sua posição em relação ao expert, a postura mais racional que o leigo pode adotar é acatar aquilo que diz o expert, reconhecendo sua posição de dependência epistêmica¹⁹.

¹⁹A grande questão epistemológica apresentada por Hardwig diz respeito à qualificação do saber do leigo como conhecimento, ao que responde positivamente “Se, então, o leigo B (1) não realizou a investigação que forneceria a evidência para sua crença em p , (2) tampouco é capacitado ou capaz de capacitar-se para tal investigação, (3) tampouco é capaz de avaliar os méritos da evidência produzida pela investigação do expert A , e (4) tampouco é capaz de sequer compreender a evidência e como ela corrobora p , pode-se afirmar que o leigo B tem boas razões para acreditar que o expert A tem boas razões para acreditar em p ? Digo que sim. Se assim for, podemos concluir que a crença de

Aplicando a ideia de dependência epistêmica de Harwig à análise do fenômeno jurídico, Herdy concluiu que “a dependência epistêmica é uma característica distintiva da justificação epistêmica judicial, pois o raciocínio sobre os fatos no direito é predominantemente testemunhal” (2014, p. 142, tradução nossa). A partir daí, a autora estabelece uma analogia entre *confiar nos outros e confiar nas regras* para argumentar que a ideia de autoridade, comumente associada ao raciocínio jurídico-normativo (o raciocínio sobre a natureza e conteúdo das normas de direito, cuja autoridade é proveniente primariamente da fonte, e não propriamente do conteúdo), também está presente no raciocínio sobre os fatos.

Uma vez que foram apresentadas as categorias teóricas que serão empregadas na análise, é possível esclarecer com maior precisão, à luz da teoria dos campos sociais e da noção de autoridade epistêmica, o sentido do termo “discurso científico”.

Neste trabalho, o termo “discurso científico” é usado para indicar qualquer discurso que pretenda, direta ou indiretamente, mobilizar o capital acumulado por agentes e instituições do campo científico, ou seja, qualquer discurso em que sujeito da fala pretenda mobilizar “a força da ciência”²⁰. Isso ocorre, por exemplo, quando um sujeito afirma que uma determinada proposição é verdadeira segundo a ciência (porque possui evidências científicas, trabalhos publicados, ou informações prestadas diretamente por cientistas acerca de um determinado fato). Independentemente da verificação quando à existência e solidez dessas evidências, trabalhos publicados ou informações prestadas, o sujeito da fala está tentando mobilizar a força do campo científico a seu favor, e, neste sentido, está fazendo uso do discurso científico.

Vencido o ponto, pode-se, agora, ressignificar a pergunta central deste trabalho a partir das categorias teóricas apresentadas: perquirir sobre como juízes usam o discurso científico na fundamentação de suas decisões é perquirir sobre como esses agentes instrumentalizam a força da ciência na disputa pelo direito de dizer o direito. Para respondê-la, foram analisados diversos acórdãos do STF, selecionados segundo critérios explicitados na seção seguinte.

B em p é racionalmente justificada? Acredito que sim, reconhecendo que a crença de B goza de fundamentos epistêmicos melhores do que crenças que poderíamos reputar como irracionais. (HARDWIG, 1985, p. 339, tradução livre)

²⁰O termo parafraseia a expressão que serve como título de célebre artigo escrito por Bourdieu, “A força do direito” (BOURDIEU, 2012b)

3.2 Um referencial empírico para estudar a argumentação judicial: os julgamentos do STF precedidos de audiências públicas

Para investigar empiricamente como o discurso científico é utilizado pelos ministros do STF na fundamentação das decisões judiciais, optou-se pela análise dos julgamentos proferidos pelo tribunal em casos em que houve prévia realização de audiência pública.

As audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário encontram previsão no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/99, que disciplina o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e no art. 6º, §1º, da Lei 9.882/99, que regula o processo de julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em ambas, a realização de audiência pública é viabilizada para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade” em matéria sobre a qual as informações nos autos sejam insuficientes.

Conforme refere a doutrina jurídica, a institucionalização das audiências públicas parte do reconhecimento de que os fatos, a natureza dos problemas e as consequências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional, a qual envolve elementos fáticos e jurídicos (BARROSO, 2012, p. 216; MENDES, BRANCO, 2013, p. 1137). Para Mendes, que integrou a comissão que elaborou os anteprojetos que dariam origem à Lei 9.868/99 e à Lei 9.882/99, a ideia das audiências públicas é produto do reconhecimento da necessidade de integrar a realidade ao processo de interpretação constitucional. Ele refere, inclusive, a necessidade de que o STF realize uma “aferição de fatos e prognoses legislativos”, que seriam os pressupostos de fato e os prognósticos de resultado considerados pelo legislador ao implementar uma ação normativa (MENDES, 1999, p. 13). Dessa circunstância, e considerando a complexidade da realidade envolvida na interpretação constitucional, decorreria a necessidade de inserção da corte num espaço pluralista. Portanto, uma primeira função das audiências públicas é a de suprir o déficit epistêmico em relação a questões complexas, relevantes, e cuja compreensão exige conhecimento reputado como de natureza não jurídica (ao menos conforme a tradição do paradigma vigente).

Na prática, porém, além de resolver o problema do déficit epistêmico, nota-se que as audiências públicas são também associadas a uma função de legitimação democrática por meio da abertura à participação plural de representantes da

sociedade na interpretação da Constituição. Essa é uma noção presente no discurso de diversos juristas, inclusive por ocasião das audiências (LEAL, HERDY, MASSADAS, 2018, p. 334–341), e sugere alguma aproximação com a conhecida ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” proposta por Häberle (1997), que é justificada a partir da necessidade de legitimação democrática e de elementos típicos do pragmatismo jurídico²¹.

Para os fins do presente estudo, a dimensão funcional mais importante é a de compensação dos déficits epistêmicos dos magistrados sobre questões de fato importantes para análise da intervenção normativa analisada em cada caso. Não obstante, ter em mente a dimensão funcional de legitimação democrática presente em alguns discursos pode auxiliar na compreensão dos dados.

É importante que se compreenda que tipo de questões fáticas são essas que o STF se propõe a discutir em audiências públicas. Como bem salientam Leal, Herdy e Massadas (2018, p. 340), em termos gerais, as normas de direito processual civil vedam o reexame de fatos e provas pelo tribunal. Todavia, há situações em que o exame de fatos é necessário, seja porque se trata de ação para a qual a corte superior é originariamente competente, seja porque está em jogo a constitucionalidade de uma determinada medida de caráter geral e abstrato. Neste segundo caso, uma forma que a doutrina encontrou para sistematizar o problema do exame de fatos pelas cortes superiores foi o estabelecimento da distinção entre “fatos legislativos” e “fatos adjudicativos”. A distinção, antiga, remonta a um escrito do norte-americano Kenneth Culp Davis, publicado na Harvard Law Review (DAVIS, 1942), mas já foi incorporada ao debate nacional (CARMARGO; BURLAMAQUI; ANDRADE, 2019; LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 340–341; MENDES, 1999). Em apertada síntese, fatos adjudicativos seriam fatos “alegados pelas partes em litígio para provar questões particulares de um caso: quem fez o quê, onde, quando e (às vezes), por quê” (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 340), enquanto fatos legislativos consistem nas “razões de ordem empírica para uma decisão política” (2018, p. 340), ou seja, dizem

²¹“Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teoria jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral - , então há que se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.”(HÄRBELE, 1997, p. 12)

respeito aos pressupostos fáticos adotados pelo legislador ao deliberar sobre uma determinada medida legislativa (MENDES, 1999, p. 7).

A escolha dos julgamentos em que houve audiências públicas como referencial empírico justifica-se porque, em tais casos, espera-se que haja debates e controvérsias em torno de fatos legislativos. Além disso, há quatro fatores que merecem ser destacados: (i) o recorte cronológico-temporal implicado; (ii) a relevância jurídica e a repercussão social dos casos; (iii) a variedade dos assuntos sobre os quais versaram esses julgamentos; (iv) a expectativa de que, ao convocar audiências públicas, o tribunal esteja deliberadamente aberto à recepção de discursos oriundos de campos sociais diversos do campo jurídico.

Em relação ao recorte temporal, a opção por analisar os julgamentos do STF precedidos de audiências públicas remete a um marco específico, evitando a necessidade de uma escolha por parte do pesquisador (e, com isso, o risco de uma opção arbitrária): a primeira audiência pública foi realizada em outubro de 2007, e a última em dezembro de 2019²². Todavia, foram considerados apenas os casos com julgamento concluído e acórdãos publicados até 31 de fevereiro de 2019, limitação necessária à viabilização do cronograma de trabalho. Tal recorte resultou em uma base de dados composta por 15 casos:

Tabela 1 (fonte: elaboração própria)

Temática	Processo de referência	Data da audiência pública	Data da publicação do acórdão
Pesquisas com células-tronco embrionárias	ADI 3.510	04/2007	28/05/2010
Importação de pneus usados	ADPF 101	06/2008	04/06/2012
Judicialização do direito à saúde	STA 175	04/2009	30/04/2010
Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	ADPF 186	03/2010	20/10/2014
Interrupção de gravidez - feto anencéfalo	ADPF 54	08/2012	30/04/2013
Proibição do uso de amianto	ADI 3.937	08/2012	01/02/2019

²²Conforme noticiado em na página oficial do STF, e observado o recorte temporal imposto pela data de depósito deste trabalho, em 09/01/2020.

Novo marco regulatório para a tv por assinatura no brasil	ADI 4.923	11/2012	05/04/2018
Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	RE 627.189	03/2013	03/04/2017
Queimadas em canaviais	RE 586.224	04/2013	08/05/2015
Possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso na falta de vaga no regime devido.	RE 641.320	05/2013	01/08/2016
Financiamento de campanhas eleitorais	ADI 4.650	06/2013	24/02/2016
Biografias não autorizadas	ADI 4.815	11/2013	01/02/2016
Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no brasil	ADI 5.062	03/2014	21/06/2017
Internação hospitalar com diferença de classe no sus	RE 581.488	05/2014	08/04/2016
Ensino religioso em escolas públicas	ADI 4.439	06/2015	21/06/2018

Em relação à relevância do referencial empírico, considerou-se que o recorte a partir das audiências públicas realizadas no âmbito do STF implica também um enfoque no comportamento de agentes que ocupam posições no topo da hierarquia do sistema de justiça brasileiro. Trata-se de uma abordagem relativamente comum, o que, inclusive, permite comunicação com outros estudos, por meio da contribuição a um debate mais amplo. Conforme levantado por Da Ros (2017), há extensa literatura internacional que toma os órgãos de cúpula de sistemas de justiça como objeto de análise social.

Considerou-se, ainda, que o tipo de questão para cujo enfrentamento o Supremo Tribunal Federal convoca audiências públicas envolve discussões sobre temas dos mais variados, favorecendo uma análise qualitativa.

O recorte empírico também é justificado pela circunstância de que, ao convocar audiências públicas, é o próprio Poder Judiciário que, deliberadamente, abre uma instância de comunicação com agentes de diversos campos sociais, notadamente o campo científico. Ao menos segundo o discurso oficial, nesses casos os juízes admitem o déficit epistêmico, ou seja, admitem que não possuem conhecimentos

suficientes para apreciar a controvérsia. Como é o próprio órgão julgador que, deliberadamente, reconhece a necessidade de oitiva de pessoas “com experiência e autoridade na matéria”, é razoável esperar, mais do que em qualquer outro foro, que tais argumentos sejam devidamente apreciados e considerados com especial deferência e cautela.

Não obstante, a literatura pautada em análise empírica parece desautorizar tais expectativas, conforme indica o trabalho intitulado “Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)” (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018). A partir de uma análise quantitativa, foram levantados e apresentados dados envolvendo diversos aspectos das audiências públicas (por exemplo: número de convocação de audiências públicas por ministro; número de participantes por audiência pública; número de manifestações pelos presentes na audiência pública; posicionamento dos participantes frente ao pedido da ação; participação dos ministros; número de referências às audiências públicas nos votos de cada ministro etc.). As conclusões foram no sentido de que o discurso institucional sobre a relevância das audiências públicas como instrumento para suprir déficits epistêmicos do tribunal e cumprir a tarefa de racionalização da aplicação do direito não se reflete na prática judicial:

O instituto, que parece ter sido concebido para suprir carências epistêmicas dos ministros, reduziu-se a um foro em que convivem, em pé de igualdade e sem critérios claros de diferenciação, opiniões desinformadas com posições de especialistas. Com isso, sobra desorientação para a justificação epistêmica das decisões. Ademais, como os dados apresentados revelam, não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar, há baixos níveis de interação e confronto entre os participantes, presença reduzida de ministros, baixa incorporação das audiências nas decisões dos ministros e usos das falas dos participantes nos votos como indícios de confirmações de crenças ou hipóteses preexistentes, o que tende a revelar uso míope ou estratégico. Dado o atual contexto, se, por um lado, é empiricamente incerto que as anunciadas vantagens trazidas pela compreensão democrática das audiências públicas se realizaram na prática, por outro, esses dez primeiros anos de funcionamento do instituto já trazem problemas suficientes para se questionar sua real utilidade. (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 378–379)

Eis mais um motivo para justificar a escolha do referencial empírico. Se as audiências públicas - a convocação da comunidade de “autoridades” e “especialistas” em matérias que, tradicionalmente, são vistas como estranhas ao saber jurídico – não se prestam para suprir carências epistêmicas, então para que elas são realizadas?

A questão sugere uma análise qualitativa, que foi operada a partir das estratégias explicitadas na seção seguinte.

3.3 Estratégias metodológicas para coletar e analisar o material empírico

Estabelecidos e justificados os referenciais teórico e empírico utilizados para conduzir esta pesquisa, passa-se, agora, a uma breve descrição do desenho metodológico.

O problema central que guia este trabalho, originariamente, foi explicitado por meio da seguinte pergunta: como o discurso científico é utilizado na fundamentação de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal? Para responder à pergunta de forma adequada, optou-se por analisar argumentos estruturados sobre afirmações que, por sua natureza, exigiriam a apresentação de evidências empíricas e referências a fontes autorizadas.

A avaliação da necessidade de apresentação de evidências ou indicação de referências a fontes autorizadas tomou em consideração a natureza da afirmação. Em se tratando de afirmação sobre questão de fato controvertido, ou de afirmação sobre avaliação de uma questão envolvendo aspectos que escapam aos limites do que tradicionalmente é considerado como objeto do saber jurídico-dogmático, entendeu-se que a indicação de evidências empíricas ou de referências a fontes autorizadas era necessária. Por outro lado, alusões a fatos notórios incontroversos, afirmações envolvendo questões laterais de pouca relevância para o argumento principal e exortações manifestamente retóricas não foram consideradas.

Buscando identificar as afirmações que exigiram indicação de evidências e referências a fontes autorizadas, procedeu-se a uma leitura preliminar do material empírico. Na sequência, a fim de destacar, a partir do exame dos textos, padrões de argumentação judicial passíveis de serem considerados como conformadores de um *habitus* de agentes do campo jurídico, foi elaborado um instrumento de análise desses argumentos (Tabela 2).

Tabela 2 (fonte: elaboração própria)

1. O argumento (afirmação + razões) utilizado exige evidências empíricas?
2. As evidências empíricas são apresentadas? (quantitativas ou qualitativas)

3. As fontes das informações são devidamente indicadas?

4. Há deferência epistêmica a agentes ou instituições relevantes no campo científico?

A consolidação desse instrumento foi produto de movimentos contínuos entre a base de dados pesquisada e as possibilidades viabilizadas pelas categorias teóricas empregadas. Como resultado, foi identificada uma série de afirmações utilizadas na construção de argumentos nos votos proferidos pelos ministros do STF. Cada uma destas afirmações tornou-se uma unidade de análise.

A análise dessas afirmações possibilitou distinguir alguns padrões argumentativos que podem ser considerados como componentes do *habitus* conformador do campo jurídico. Foram também sugeridas hipóteses explicativas para os padrões comportamentais encontrados

A Tabela 3, abaixo, apresenta uma lista de casos dos quais foram extraídas as afirmações analisadas na seção 4, bem como as principais questões estranhas ao objeto daquilo que tradicionalmente é reconhecido como saber jurídico e que foram debatidas nas audiências públicas e julgamentos dos casos levados ao Supremo Tribunal Federal.

Tabela 3 (fonte: elaboração própria)

Caso	Temática	Exemplos de questões empíricas suscitadas no julgamento do caso
ADI 3.510/DF	Pesquisas com células-tronco embrionárias	Em que casos os embriões são considerados como “inviáveis”? Qual a diferença, em termos de perspectivas, entre pesquisa com células-tronco adultas e pesquisas com células-tronco embrionárias? É possível extrair células-tronco embrionárias sem destruir o embrião?
ADPF 101/DF	Importação de pneus usados	Quais as possíveis destinações dos pneus usados e os riscos ambientais implicados em cada alternativa? Quais os impactos econômicos da vedação à importação de pneus usados, considerando a atividade que faz uso desses pneus como matéria-prima?
STA 175	Judicialização do direito à saúde	Tomando em consideração o universo de ações em matéria de saúde, o Judiciário cria políticas públicas ou apenas determina o cumprimento de políticas já existentes?
ADPF 186/DF	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	Que fatores explicam a causa da desigualdade racial no Brasil? Quais os efeitos práticos observados em decorrência das políticas de ação afirmativa que foram implementadas?
ADPF 54/DF	Interrupção de gravidez em casos de anencefalia fetal	O feto anencefálico tem alguma chance de sobrevivência após o nascimento? Qual a margem de erro do diagnóstico de anencefalia? Como é feito o diagnóstico?

ADI 4.679/DF	Novo marco regulatório para a tv por assinatura no brasil	Quais as características estruturais do mercado audiovisual? Quais foram os efeitos do novo marco regulatório sobre o mercado audiovisual brasileiro?
RE 627.189/SP	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	Existem limites seguros de exposição a campos eletromagnéticos de radiação não-ionizante? Os limites estabelecidos pela legislação brasileira são pautados em parâmetros científicos confiáveis?
RE 586.224/SP	Queimadas em canaviais	Quais são as alternativas ao uso da queima da cana como método de colheita e quais os respectivos riscos ambientais? Quais as consequências socioeconômicas de uma imediata proibição da queima?
ADI 4.650/DF	Financiamento de campanhas eleitorais	O financiamento privado de campanhas eleitorais e de partidos políticos desvirtua o processo democrático? Na prática, há correlação entre doações a partidos políticos e expressão de uma ideologia?
ADI 5.062/DF	Gestão coletiva de direitos autorais no brasil	O marco regulatório anterior gerava efeitos perniciosos sob o ponto de vista econômico?
ADI 3.937/SP	Proibição do uso do amianto	Quais os riscos associados à exposição ao amianto? Há formas seguras de uso do amianto? Quais os impactos econômicos de uma eventual proibição o amianto em todo o território nacional?

Para os casos presentes na tabela, e considerando as questões empíricas apresentadas, cabe indagar: Como os ministros resolvem essas questões? A que tipo de agentes ou instituições recorrem? Como usam o discurso científico? A análise dos dados, exposta no próximo capítulo, possibilita algumas respostas.

4 A CONSTRUÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS COM FUNDAMENTO CIENTÍFICO NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo volta-se à análise de argumentos jurídicos estruturados a partir de afirmações que, por sua natureza e teor, exigiriam que indicação de evidências e referências a fontes dotadas de autoridade epistêmica no campo científico. Com isso, pretende-se compreender como o discurso científico é utilizado na fundamentação das decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir do referencial teórico acima delineado.

Antes de avançar, porém, cabe esclarecer que a análise não considerou se tais argumentos refletem ou não o estado da arte do conhecimento científico. O escopo foi avaliar como o discurso científico é utilizado pelo tribunal (por exemplo, se há indicação da fonte, se há padrões ou critérios para a seleção da fonte citada), independentemente do mérito do argumento.

Também é importante registrar a adoção de uma postura empática para com os ministros do STF na análise do material empírico. Exemplificativamente, ao avaliar a adequação da indicação das fontes no corpo de um acórdão, houve postura ativa por parte do pesquisador no sentido de tentar localizar o material referido, ainda que a referência estivesse incompleta. Em alguns casos, o material citado pelo acórdão foi encontrado em local diverso do indicado na referência. No entanto, situações de indicação genérica às “exposições da audiência pública”, por exemplo, foram consideradas como ilustrativas de um uso inadequado das fontes de informação, porque impossibilitavam a identificação do agente ou instituição ao qual houve deferência epistêmica, dado o elevado número de expositores.

O capítulo está dividido em cinco seções.

Primeiramente, na seção 4.1, são examinados alguns aspectos problemáticos envolvendo a forma de seleção dos agentes a serem ouvidos nas audiências públicas promovidas pelo STF. Trata-se de um ponto relevante para a compreensão da discussão sobre os padrões de argumentação encontrados. Na seção 4.2 são analisados casos de argumentos estruturados a partir de afirmações que exigiriam a indicação de evidências ou fontes que as sustentassem, as quais, todavia, deixaram de ser apresentadas ou foram apresentadas de forma a inviabilizar ou dificultar o acesso ao material referido. Na seção 4.3 são considerados casos de argumentos que foram acompanhados de indicação de fontes, as quais, porém, eram utilizadas de

forma desvirtuada. Na seção 4.4 são considerados casos em que os argumentos foram estruturados de modo a registrar deferência epistêmica a agentes ou instituições externas ao campo jurídico, mas que deixaram de apresentar justificativas para a deferência prestada. Por fim, na seção 4.5 são discutidos casos em que os argumentos jurídicos com fundamento científico foram utilizados com deferência epistêmica a agentes ou instituições com reconhecida autoridade nos campos científico.

4.1 Uma primeira questão: o nebuloso critério de inclusão de atores sociais nas audiências públicas

Em que pese esta investigação não tenha por objeto central as audiências públicas promovidas pelo STF (que serviram apenas como critério de seleção de um universo de casos para a base de dados), é interessante registrar a inexistência de justificação explícita para a inclusão e exclusão de atores sociais no rol de agentes admitidos para serem ouvidos durante as audiências públicas. Este aspecto, ainda que tangencial, é importante para contextualizar a análise estabelecida nas seções seguintes.

Conforme visto no capítulo anterior, de acordo com a legislação, as audiências públicas são convocadas para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade” sobre questões importantes ao julgamento de um caso e que não são de domínio dos ministros, no objetivo de suprir uma lacuna epistêmica. Ainda, segundo o discurso oficial, as audiências públicas são tidas também como uma ferramenta de “democratização” do processo judicial.

Todavia, o já referido estudo de Leal, Herdy e Massadas (2018), após análise empírico-quantitativa das audiências públicas realizadas no STF, constatou a existência de “uma prática confusa”, o que se deve, entre outros fatores, ao fato de que “não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar” (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 367).

A análise qualitativa empreendida neste trabalho levou à mesma conclusão.

Em que pese a maior parte dos despachos convocatórios das audiências públicas explicita que a motivação é angariar subsídios aos ministros para fins de proceder ao julgamento dos casos, não há uma uniformidade no procedimento de

seleção dos atores sociais. Por vezes, os ministros indicaram, de ofício, as entidades a serem ouvidas; noutras, incumbiram às partes a faculdade de fazê-lo; e em outros casos publicaram editais para habilitação de interessados de acordo com critérios técnicos e de representatividade.

Por exemplo, na audiência pública sobre pesquisa com células-tronco embrionárias, ocorrida em 2007 - a primeira realizada desde a previsão legal do instituto -, foram ouvidos apenas cientistas e acadêmicos (ainda que alguns deles tenham sido indicados por entidades do campo religioso) (BRASIL, 2007). Nos demais casos, porém, além de cientistas e acadêmicos, foram ouvidos agentes e instituições de diversos tipos, tais como indivíduos diretamente interessados nos resultados do julgamento e representantes de associações civis, todos em pé de igualdade²³. Não raro, falaram profissionais do campo jurídico (advogados, promotores de justiça, defensores públicos), o que não seria esperado num evento destinado à coleta de informações estranhas ao saber jurídico tradicional. Noutros casos, houve expressa advertência do ministro que presidia a audiência pública para que não fossem suscitadas questões envolvendo a interpretação e aplicação do direito, de modo que os expositores deveriam limitar suas falas ao campo técnico pertinente às suas áreas de expertise, como, por exemplo, na audiência pública sobre pesquisa com células-tronco embrionárias (BRASIL, 2007). Na audiência pública sobre queimadas em canaviais, o encaminhamento da presidência deu-se nos seguintes termos:

Como afiancei anteriormente, por dever de ofício, nós devemos conhecer o Direito. Então, o nosso debate não é jurídico; o debate jurídico se dará no momento da defesa e da sustentação oral dos recursos. O nosso debate será extremamente técnico. Nós queremos ouvir informações técnicas sobre a queimada em canaviais, suas repercussões, as questões sociais, ambientais, econômicas e de saúde relativas aos processos de produção e colheita de cana-de-açúcar em todo o território nacional (BRASIL, 2013a).

Talvez mais importante do que os elementos explicitados sejam os aspectos omitidos: não há nenhuma indicação de critérios objetivos utilizados para seleção dos atores sociais para a participação nas audiências públicas; tampouco há explicitação sobre os atores cuja habilitação restou indeferida. Na audiência pública sobre judicialização da saúde, por exemplo, convocada e presidida pelo Min. Gilmar

²³Por exemplo, na audiência pública sobre cotas raciais foram ouvidos universitários pró e contrários à política de ação afirmativa em debate; na audiência pública sobre judicialização do direito à saúde foram ouvidos pacientes e representantes de associações civis de pacientes.

Mendes, há notícia de que houve 140 pedidos de participação. Foram ouvidos 63 expositores na audiência pública. Com base em quais critérios teriam sido excluídos os outros 77 interessados? Quem seriam esses atores? Ao tratar da questão, o Min. Gilmar Mendes ponderou:

Recebemos na Presidência mais de 140 pedidos de participação, cada um com uma contribuição importante ao debate.

Infelizmente, não é possível, por limitações temporais, atender a todos.

Procuramos, ao definir a lista de habilitados, contemplar todos os envolvidos: os magistrados, os promotores de justiça, os defensores públicos, os usuários, os médicos, os doutrinadores e os gestores do sistema único de saúde. Buscamos, ainda, garantir a presença de especialistas das mais diversas regiões do país.

Foi adotado como critério para o deferimento dos pedidos, **a representatividade da associação ou entidade requerente, a originalidade da tese proposta e o currículo do especialista indicado.**

No entanto, aqueles que não forem ouvidos, poderão contribuir enviando memoriais, artigos, documentos, os quais serão disponibilizados no Portal do STF, de modo a estimular o debate. (BRASIL, 2009a)

Os critérios para avaliação do grau de representatividade da entidade requerente, da originalidade da tese proposta ou do currículo do especialista, e a forma como esses fatores foram cruzados na definição da lista final de expositores, são, no mínimo, nebulosos.

A compreensão dos mecanismos de funcionamento das audiências públicas exigiria uma investigação específica e profunda, e suspeita-se que uma análise puramente documental seja insuficiente. Para os fins deste trabalho, porém, o que interessa é a constatação de que as audiências públicas configuram uma prática judicial confusa, tal como já evidenciado por Leal, Herdy e Massadas (2018).

Então, a quem se prestam? Por que o instrumento continua a ser utilizado? A hipótese mais encorajada pelo conjunto de evidências analisadas é a de que as audiências públicas oferecem uma boa oportunidade para legitimar as decisões do tribunal com base na retórica do desinteresse: por mais controvertida que seja a temática envolvida na decisão, esta será mais legítima quando se puder afirmar que vários ou, preferivelmente, que todos os pontos de vista foram considerados, ainda que isso não tenha de fato ocorrido. Por isso, em diversos casos, como será demonstrado nas seções seguintes, os ministros fazem referências genéricas à

audiência pública, sem especificar o que foi dito ou quem o disse, mas mais para lembrar que houve uma audiência pública, e, implicitamente, que diversos pontos de vista foram considerados. Para a obtenção deste efeito retórico, parece não importar os critérios de seleção dos atores sociais aptos a participar.

Para analisar se as audiências públicas trazem algum proveito de outra natureza que não tenha sido aqui considerado seria necessário a realização de estudos complementar. O estudo de Leal, Herdy e Massadas sugere que não. Mas não se pode negar que o aproveitamento do capital simbólico se faz presente quando o tribunal convoca uma audiência pública, quando menos porque torna a decisão mais democrática. Além disso, a forma como os ministros fizeram referências às audiências públicas na fundamentação de seus votos também evidencia o intuito de tirar proveito da retórica do desinteresse, conforme evidenciam as análises feitas nas seções seguintes.

4.2 Problemas na indicação das fontes: entre a falta de aptidão no trato das informações e a preservação da neutralidade do discurso jurídico

Nesta seção são analisados dois tipos de ocorrências: primeiro, casos em que houve ausência de indicação de evidências ou de fontes que suportem afirmações que estruturam um argumento; segundo, casos em que tal indicação esteve presente, porém de maneira tal que tornava impossível a verificação da fonte da informação pelo leitor. Dadas as circunstâncias, nesses casos foi impossível discernir se determinada afirmação consubstancia uma opinião pessoal do ministro, ou se o ministro extraiu a informação de alguma fonte segura e confiável.

Poder-se-ia argumentar que as ocorrências de indicação inadequada de fontes configurariam problema menos grave do que a total ausência de fontes. Tal não procede, porém, considerando que a finalidade da indicação das fontes é, justamente, possibilitar ao leitor interessado que verifique a procedência e a confiabilidade dos dados, o que é inviabilizado, de forma igual, em ambas as situações.

A análise dos dados sugere que há um jogo no uso das fontes de informação pelos ministros do STF que remete à retórica do desinteresse. Neste jogo, há referências que devem ser citadas, que são aquelas que asseguram os efeitos visados de universalidade e neutralidade do discurso; e, a *contrario sensu*, há referências que devem ser omitidas porque, caso aparecessem no voto, enfraqueceriam a retórica do

desinteresse e dariam aparência de parcialidade e pessoalidade. Os casos abaixo ilustram essa percepção.

Na ADPF 186/DF, em que se discutia a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa pautadas em critérios étnico-raciais no ensino superior, o Min. Ricardo Lewandowski argumentou que programas de ação afirmativa seriam uma compensação a uma forma de discriminação culturalmente arraigada, não raro praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. Ponderou que critérios ditos objetivos de seleção de candidatos a vagas em universidades, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como a brasileira, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes, e concluiu que, no caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional para atingir os mencionados desideratos (BRASIL, 2012b, p. 58–63).

O voto é carregado por afirmações que carecem de suporte empírico. Este suporte é parcialmente fornecido, quando, por exemplo, o Min. Lewandowski faz referência a dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para explicitar a existência de desigualdade social entre negros, pardos e brancos (BRASIL, 2012b, p. 68–69). Todavia, o liame causal pressuposto pelo voto não é suportado por esses dados. No ponto, a estratégia argumentativa foi apelar para o senso comum:

Como é de **conhecimento geral**, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita. (BRASIL, 2012b, p. 66, sem destaque no original)

A conclusão final do argumento redundou em juízo sobre a adequação entre os meios empregados e os fins almejados pela política pública discutida:

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados

brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, **constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos**. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição. (BRASIL, 2012b, p. 91)

Na passagem transcrita, o Min. Lewandowski indica que a política pública em questão tem como objetivos a correção de desigualdades sociais e a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. Indica, ainda, que a política de ação afirmativa pautada em critérios étnico-raciais é adequada à promoção dos fins almejados, ou seja, que ela produz resultados compatíveis com tais fins. Considerando a importância desta afirmação para a fundamentação do voto como um todo, chama atenção a ausência de indicação de evidências que a suportem, dado que tais evidências foram abundantemente disponibilizadas à corte por meio da audiência pública convocada pelo próprio Min. Lewandowski, em que houve não apenas apresentação de dados que retratam, em termos estatísticos, a questão da escolaridade no cenário brasileiro²⁴, mas também exposições bastante assertivas sobre os resultados obtidos com a adoção da política de cotas raciais, inclusive de pesquisa empírica sobre o tema²⁵.

Em vez de recorrer aos dados e fontes disponibilizados durante a audiência pública, o Min. Lewandowski fez referências a autores como Zygmunt Bauman e Jürgen Habermas para explicitar as vantagens de políticas que promovam a ocupação plural dos espaços universitários, e dedicou um capítulo inteiro da decisão à análise de precedentes do direito norte-americano sobre a constitucionalidade (naquele país) de políticas de ação afirmativa pautadas em critérios étnico-raciais (BRASIL, 2012b, p. 74–82). Também há no voto diversas referências a precedentes de relatoria e a publicações jurídicas de autoria de outros ministros²⁶.

²⁴Cite-se, como exemplo, a exposição de Maria Paula Dallari Bucci, Doutora em Direito pela USP e então Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação; e de Mário Lisboa Theodoro, então Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do IPEA, e Doutor em Ciências Econômicas pela Sorbonne, com tese sobre o tema. (BRASIL, 2010a)

²⁵Ilustrativamente, podem ser mencionados os depoimentos de Eduardo Magrone, Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora, de Marcelo Tragtenberg, representando a Universidade Federal de Santa Catarina, e de José Jorge de Carvalho, sociólogo, professor e proponente do sistema de cotas na Universidade de Brasília (UnB). Este último expositor trouxe dados que demonstram a variação no percentual de negros e pardos que ingressaram na universidade a partir da adoção da política de cotas (BRASIL, 2010a, p. 90–92)

²⁶Houve, ao longo do voto, referências a textos de doutrina de Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Marco Aurélio Mello.

Não se está a afirmar que tais elementos, articulados, não consubstanciam um argumento jurídico válido. Muito pelo contrário: o Min. Lewandowski recorreu a teóricos proeminentes do pensamento sociológico contemporâneo, como Habermas e Bauman, bem como a precedentes judiciais de outros países e à doutrina produzida por seus pares, o que não é incomum nos julgamentos do tribunal. Chama atenção, apenas, que o voto tenha dispensado o uso de dados empíricos que estavam à disposição do ministro a partir de audiência pública que ele próprio convocou.²⁷

Esta ocorrência é sintomática do *habitus* do campo judicial, em razão de pelo menos três aspectos: (i) revela uma possível ausência de familiaridade com o manejo de evidências empíricas, ignoradas em prol da deferência prestada a discursos mais usuais no campo (obras teórico-filosóficas, precedentes do direito comparado, obras doutrinárias); (ii) estes discursos prestam-se claramente à obtenção do efeito de universalização, obtível mediante referências a precedentes de outras cortes e a sociológicos renomados; (iii) a própria convocação da audiência pública, por si só, é um instrumento de legitimação da decisão, ainda que os dados coletados não sejam utilizados. Em síntese, a retórica do desinteresse foi estabelecida sem necessidade de dados empíricos, em que pesem tais dados estivessem disponíveis.

Esta impressão é reforçada pelo voto do Min. Cezar Peluso na ADI 3.510/DF, em que se discutia a constitucionalidade de pesquisa com células-tronco embrionárias. Argumentou Peluso que o conceito de vida, tomado para fins de definição do conteúdo da inviolabilidade do direito à vida, não abarcaria o embrião congelado. Entre as razões que estruturaram o argumento, fez constar o seguinte:

É certo que, salvo o caso de gêmeos idênticos, cada blastócito contém, ativo, um genoma humano único. Mas o reconhecimento da posse desse material genético de pessoa não é suficiente para lhe fundar e estender idêntico valor moral e jurídico. **É que há hoje, ao propósito, relativo consenso científico de que a presença de alguma estrutura de neurônios, que exige transcurso de certo tempo no processo, é requisito mínimo indispensável para induzir o status moral de uma pessoa.** Ora, cinco dias depois da fertilização, o blastócito não tem nenhuma capacidade de interagir com o mundo exterior, nem de experimentar afetos, de modo que não pode, sob esse ponto de vista equiparar-se em valor ao ser humano,

²⁷A Ministra Rosa Weber, por outro lado, em seu voto, fez referência, ainda que genérica, às exposições das audiências públicas. Frisou: “Primeiramente, considero, Sr. Presidente, que o modelo não fere o princípio da proporcionalidade. [...]. E, de acordo com as exposições das audiências públicas, as universidades têm conseguido realizar de maneira convincente seus objetivos com as cotas: aumentar o contingente de negros na vida acadêmica, mantê-los nos seus cursos e capacitá-los para disputarem as melhores chances referentes às suas escolhas de vida.” (BRASIL, 2012b, p. 127)

do qual só apresenta uma característica, que é o DNA. (BRASIL, 2008, p. 493–494):

É impossível saber quais as bases consideradas pelo Min. Peluso para afirmar a existência de um “relativo consenso científico” sobre os requisitos mínimos para induzir o status moral de uma pessoa. Mais que isso, qual seria a relevância jurídica do consenso científico a respeito da questão sobre uma questão que o próprio ministro apresenta como sendo de ordem moral?

Considerando que o Min. Peluso não indicou qualquer fonte ou evidência desse suposto consenso científico, é legítimo cogitar que a afirmação teve por objetivo primário assegurar reforço retórico à sua posição sobre o início da vida para fins de tutela jurídica. A invocação de “relativo consenso científico” certamente confere maior solidez (ainda que desprovida de lastro) ao argumento, tanto porque aproveita-se do capital simbólico acumulado por agentes e instituições do campo científico (ainda que nenhum tenha sido nominado) como porque afasta do argumento qualquer caracterização como concepção moral, individual e pessoal do próprio Min. Peluso.

O interesse no universal e na neutralização do discurso também aparece no RE 586.224/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei municipal que proibia o uso da queima como método de manejo agrícola (inclusive para colheita da cana). No caso, o Min. Luiz Fux, ao votar, ponderou que reconhecer aos municípios competência legislativa para vedar a utilização da técnica da queimada como método de colheita da cana produziria consequências demasiadamente graves. Conforme consta do voto:

Sob esse prisma, mister se faz perquirir a viabilidade da extinção imediata do método questionado para vislumbrar se o atual panorama tem condições de se adequar a esta nova realidade.

Primeiramente, não se pode olvidar que o cultivo da cana-de-açúcar ocorre em terrenos acidentados, com inclinações, que obstaculizam o uso de maquinário para a colheita sem a queima. Há que se atentar, igualmente, para o fato de que ainda se desenvolve tecnologia capaz de superar a dificuldade trazida pela irregularidade do solo, porém, com previsão de conclusão e implantação superior a (10) dez anos.

Desta forma, sem uma tecnologia que possa atender às necessidades inerentes à atividade e com a proibição imediata da queima da cana, chega-se a uma situação em que o agricultor deve forjar um novo meio de sustento. Isto quando se constata que grande quantidade da área reservada ao plantio da cana, está tecnicamente impedida de se realizar a colheita por outra forma. Interessante notar, v. g., que no Estado de Pernambuco, um dos maiores produtores de toda região

Nordeste, 90% do cultivo se dá em topografia semelhantemente acidentada.

[...]

Outro impedimento técnico da exigência imediata de extinção do método tradicional de colheita da cana também diz respeito à área de cultivo, pois boa parte das áreas dedicadas ao cultivo da cana são minifúndios, cujas dimensões são inapropriadas para manobrar colheitadeiras, o que obrigaria diversos agricultores a arrendar suas terras e deixar a atividade. (BRASIL, 2015a, p. 20–21).

Por tudo isso, a conclusão do Min. Fux foi no sentido de que a proibição total e imediata do uso da queima obrigaria muitos produtores a abandonar a cultura. O problema é que ele não aponta evidências nem indica as fontes das informações, em que pese as premissas adotadas na passagem do voto acima transcrita reflitam informações apresentadas por vários expositores durante as audiências públicas. As informações foram utilizadas, mas as fontes foram omitidas. Por quê?

É razoável supor que a ausência de qualquer referência se deve ao fato de que os expositores que apresentaram os dados considerados no voto falaram na qualidade representantes de entidades da agroindústria canavieira, diretamente interessadas no resultado do julgamento.²⁸ A expressa referência a tais agentes não produziria o efeito de neutralização do discurso jurídico, tão valorizado pelo campo judicial, circunstância que pode explicar a opção pela omissão das fontes. Tanto que, logo na sequência, ainda abordando as consequências da proibição imediata da queima da cana, o Min. Fux ataca a questão do remanejamento da mão-de-obra que depende da cultura da cana, mas, desta vez, menciona a fonte das informações, fazendo referência a artigo de autoria de Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, uma das expositoras da audiência pública. Eis o trecho do voto:

A inserção das colheitadeiras no plantio da cana exige mão-de-obra qualificada para operá-las. Todavia, se os trabalhadores não têm conhecimento técnico para tanto, é certo concluir que a proibição imediata dispensará os serviços de muitas pessoas. Sobre o tema,

²⁸Destaque, nesse sentido, para as fala de Adriana Coli Pedreira, coordenadora socioambiental da COAGRO (uma cooperativa de produtores de cana-de-açúcar do Rio de Janeiro); Miguel Rubens Tranin, engenheiro agrônomo e diretor-executivo da ALCOPAR (uma associação de produtores de cana-de-açúcar do Paraná); e Ismael Perina Júnior, engenheiro agrônomo e vice-presidente da ORPLANA (uma associação de produtores de cana-de-açúcar da região Centro-sul) etc Outras entidades que se fizeram presentes e cujos representantes na audiência pública apresentaram dados que suportariam as afirmações do ministro foram o SIFAEG (Sindicado da Indústria e Fabricação de Etanol do Estado de Goiás); o SIFAÇÚCAR (Sindicato da Indústria de Fabricação de Açúcar do Estado de Goiás); SIAMIG (Sindicato das Indústrias Sucoenergéticas do Estado de Minas Gerais); SIAPAR (Sindicato da Indústria do Açúcar do Estado do Paraná), além de outras entidades sindicais (BRASIL, 2013a).

vale atentar para os dados apresentados pela Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes em seu estudo específico sobre “O mercado de trabalho da agroindústria canavieira: O mercado de trabalho da agroindústria canavieira desafios e oportunidades”, cujo trecho peço vênia para transcrever:

“A questão que emerge é que a mecanização da colheita altera o perfil do empregado: cria oportunidades para tratoristas, motoristas, mecânicos, condutores de colheitadeiras, técnicos em eletrônica, dentre outros, e reduz, em maior proporção, a demanda dos empregados de baixa escolaridade (grande parte dos trabalhadores da lavoura canavieira têm poucos anos de estudo), expulsando-os da atividade. Este fato implica a necessidade de alfabetização, qualificação e treinamento desta mão-de-obra, para estar apta a atividades que exijam maior escolaridade.

Segundo estimativas da UNICA, sem se considerar os funcionários envolvidos na gestão e administração da produção, no Estado de São Paulo, entre as safras de 2006/2007 e 2020/2021, o número de empregados envolvidos com a produção de cana-de-açúcar, açúcar e álcool passará de 260,4 mil para 146,1 mil, ou seja, haverá uma redução de 114 mil empregos neste período, conforme exposto na Tabela 1. Observa-se que na indústria é esperado um aumento de 20 mil empregados, enquanto na lavoura canavieira o número passará de 205,1 mil empregados para 70,8 mil, ou seja, uma queda de 134,3 mil. A previsão é que não haja colheita manual na safra 2020/2021. Para que parte dos empregados agrícolas sejam realocados para as atividades do corte mecânico, é necessária escolaridade maior do que a da grande maioria dos empregados”. (grifei) (BRASIL, 2015a, p. 22)

Tem-se, pois, num mesmo voto, exemplos de neutralização do discurso jurídico por meio de duas estratégias distintas: no primeiro caso, a neutralização exigia a omissão das fontes, ainda que as informações obtidas dessas fontes fossem incorporadas ao voto; no segundo caso, a indicação da fonte reforçava o efeito de neutralização, forte no capital simbólico reconhecido em favor da “Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes”.²⁹

Por fim, alguns casos evidenciam a referência genérica à audiência pública como estratégia de produção do efeito de universalização do discurso jurídico. Em tais casos, os ministros não indicam precisamente a fonte de uma informação. Tal se deu, por exemplo, no RE 627.189/SP, em que se discutia a constitucionalidade da disciplina legal vigente sobre limitação de campos eletromagnéticos emanados de linhas de transmissão de energia elétrica; na ADI 3.937/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei paulista que proibia, no território estadual, o uso do amianto

²⁹Por outro lado, a qualificação do periódico em que houve a publicação do artigo citado foi tomada como irrelevante pelo Min. Fux, conforme análise exposta na seção 4.4.

(crisotila); e na STA 175-AgR/CE, em que se discutia a judicialização do direito à saúde.

No primeiro caso, o Min. Barroso considerou a regulamentação vigente no Brasil, editada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que instituiu 83,33 microteslas (μT) como limite máximo de emissão de campos magnéticos detectável a 1 metro e meio do solo, compatível com a Constituição. Nesse sentido, argumentou que a adequação das redes elétricas aos parâmetros pretendidos pelo acórdão recorrido (limitação do campo eletromagnético a 1 μT , que é o padrão suíço) teria consequências econômicas graves, como a elevação de tarifas ou de tributos e o aumento significativo dos custos para desenvolvimento da infraestrutura regional e nacional:

15. De início, entendo que o impacto desproporcional sobre as classes de recursos mais escassos não é necessariamente verdadeira, tendo em vista que, seja pela elevação das tarifas (recaindo sobre os consumidores), seja pela elevação dos tributos (no caso de manutenção das tarifas com subsídios públicos), existem alternativas nas vias políticas e instrumentos de gestão da concessão que permitem minimizar esse efeito negativo. Trata-se, portanto, de um obstáculo transponível, embora com alguma dificuldade.

16. **No entanto, de acordo com os elementos coletados na audiência pública**, não há como se negar que a adoção do parâmetro de 1 μT gera a necessidade de enorme modificação nos alicerces da concessão tratada no caso, e também de outras que futuramente serão realizadas, aumentando significativamente os custos para o desenvolvimento da infraestrutura regional e nacional, os quais, por já serem muito elevados, costumam exigir financiamentos públicos, gerando um ciclo de gastos públicos cada vez maior. (BRASIL, 2016a, sem destaques no original)

A única fonte indicada foi a audiência pública, de forma genérica. Este tipo de referência não permite ao leitor discernir quais discursos efetivamente foram considerados na decisão³⁰. É possível que a omissão das fontes tenha sido tomada como necessária para manter a neutralidade do discurso³¹. É uma técnica bem

³⁰Foram ouvidos 21 expositores, de vários setores, incluindo sindicalistas, acadêmicos, representantes de empresas que exploram o serviço público e do campo científico cujas falas foram registradas em 277 páginas de notas taquigráficas (BRASIL, 2013b).

³¹A questão dos custos de uma adaptação das linhas de transmissão às regras pretendidas foi apontada por Sidney Simonaggio (representante da Eletropaulo, ré no processos); José Carlos de Miranda Faria (engenheiro eletricista, pós-graduado e diretor de estudos de energia elétrica da Empresa de Pesquisa Energética); Júlio Cesar Alves de Aguiar (técnico da área na Eletrobrás); Dalton de Oliveira Camponês do Brasil (funcionário na Diretoria de Administração dos Serviços de Transmissão do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS) (BRASIL, 2013b) .

sucedida: o Min. Barroso está decidindo “de acordo com os elementos coletados na audiência pública”, transferindo a responsabilidade e despersonalizando a afirmação, o que certamente pode ser tomado como um fator neutralizante, valorizado no campo jurídico e no campo judicial, porquanto legitimador da decisão.

No segundo caso, o Min. Marco Aurélio referiu que qualquer substância, manuseada sem os devidos cuidados, ou em excesso, gera riscos, dando a entender que o manuseio do amianto crisotila seria perfeitamente seguro, desde que observadas as normas técnicas e os cuidados necessários:

Salientaram **os expositores na audiência** que até mesmo a água, ingerida em excesso, pode levar o ser humano à morte – doença denominada hiponatremia. O mesmo vale para qualquer outra substância química, por mais saudável que possa, em princípio, parecer.

O uso de material de amianto gera riscos para os trabalhadores associados à indústria de extração e produção dos produtos derivados daquele material, bem como aos serviços que pressupõem o manuseio deles, e respectivos familiares. Para o público em geral, não há indicações de que o amianto seja mais perigoso que outras substâncias igualmente conhecidas e lícitas, como o tabaco, o benzeno, o álcool, etc. Empregado na forma devida, o crisotila não traz qualquer risco ao usuário. (BRASIL, 2017a, p. 57–58, sem destaque no original)

A pretensão de efeito retórico é inegável quando o Min. Marco Aurélio compara riscos inerentes à exposição ao amianto com os riscos inerentes ao consumo de água, invocando, de forma genérica, os “expositores na audiência pública”. Mas essa referência é, de fato, consistente?

Examinando as notas taquigráficas da audiência pública, tem-se que o único expositor que mencionou que o excesso de água pode ser fatal foi o Dr. Thomas Hesterberg:

O que nós temos que focar é o risco à saúde e não o perigo potencial. Muitos dos estudos focam apenas o perigo potencial. Outra função que nós estamos precisando ter é a exposição; se não houver exposição, não há risco. Nós vemos em todos os estudos, em modelos murinos, que, com a exposição mais baixa, o risco diminui até não existir mais nenhum risco. Até Paracelsus, em 1500, sabia que se a exposição for baixa, ou seja, a dose determina a toxicidade. Então, nós precisamos entender isso.

[...]

Mas, voltamos a Paracelsus: a dose determina a toxicidade. Talvez vocês não conheçam a doença de excesso de consumo de água, você pode morrer dessa doença. Eu não estou sugerindo que a crisotila é

como a água, mas a dose é muito importante, a resposta à dose é muito importante. Isso é o fator essencial a ser estudado. (BRASIL, 2013b, p. 455–456)

Duas inconsistências são, de plano, constatadas. Primeiro, não se pode referir, honestamente, aos “expositores na audiência pública” quando somente um expositor é responsável pelo discurso referido; segundo, a fala do expositor é bem menos incisiva na comparação entre o amianto e a água do que faz crer a afirmação do Min. Marco Aurélio. Na verdade, o expositor até faz a ressalva de que não está sugerindo que o amianto é como a água, mas apenas ilustrando que o fator “dose” deve ser considerado como essencial em qualquer análise sobre riscos de exposição a uma substância.

É preciso considerar ainda que o expositor foi indicado, para falar, em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI), que era a autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade que pretendia declarar inconstitucional a proibição do amianto pela lei paulista. Assim, omitir a fonte, nessa situação, permitiu ao ministro que se afastasse de qualquer vinculação ao representante de uma das partes diretamente interessadas.

Tudo considerado, pode-se ponderar que a referência trazida no voto teve por objetivo obter o efeito de universalização do discurso, visando o capital simbólico associado para assegurar legitimação: não é o Min. Marco Aurélio que comparava o amianto à água, e que dizia que a substância poderia ser utilizada de forma segura, mas sim os “expositores na audiência pública”. Percebe-se o recurso à prosopopeia como forma de objetificar uma fala, atribuindo-a a uma entidade não animada, e, assim, neutra e desinteressada.

Por fim, na STA 175-AgR/CE, em que se discutia a judicialização do direito à saúde, o Min. Gilmar Mendes buscou minimizar o impacto da atuação do Poder Judiciário. Ponderou que a judicialização da matéria não significa, necessariamente, que haja uma interferência do Judiciário na criação de políticas públicas, já que, segundo afirmou no voto, na quase totalidade dos casos judiciais, o que se tem é apenas a determinação judicial para efetivo cumprimento de políticas já existentes. A afirmação exigiria a indicação de evidências ou fontes que refletissem uma análise empírica dos pedidos formulados nas ações judiciais em matéria de saúde no país, mas o voto limitou-se a referir, genericamente, os “debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde”:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes” (BRASIL, 2010b, p. 92)

O ponto, todavia, foi controvertido na audiência pública (BRASIL, 2009a), e não é possível definir quais exposições foram efetivamente consideradas (e, em contrapartida, quais foram desconsideradas) pelo Min. Gilmar Mendes. Por outro lado, percebe-se que a referência aos “debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde” é útil para legitimar a decisão, conferindo-lhe ares de cientificidade (e, conseqüentemente, assegurando o efeito de universalização), ainda seja imprestável para entregar verdadeira racionalidade ao argumento.

Tais casos evidenciam que as referências a agentes e instituições de outros campos sociais são vistas, pelos ministros do STF, como uma forma de reforçar a retórica do desinteresse, e, assim, a legitimidade de seus discursos. Por outro lado, em alguns casos é necessário omitir a fonte para atingir o mesmo objetivo, ou fazer uso da prosopopeia, atribuindo uma fala ao “consenso científico” ou à “audiência pública”, por exemplo.

Nas próximas seções, serão analisados dados que indicam que há, ainda, outras formas de obter o mesmo resultado.

4.3 Aparência de cientificidade: mobilização de capital simbólico e superestimação de autoridade epistêmica

Na seção anterior foram analisados argumentos desacompanhados da necessária indicação de fontes, ou com referências lacunosas e incompletas. Agora, serão listadas ocorrências em que houve indicação de fontes de forma relativamente completa, mas que apresentavam problemas de outra natureza.

Nos casos ora analisados, os votos dos ministros trazem afirmações suportadas por fontes indicadas de forma aparentemente adequada, na medida em que mencionam instituições de prestígio, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a Organização Mundial da Saúde (OMS) ou a Fundação Oswaldo

Cruz³², ou invocam, ainda que de forma sutil, a observância do método científico na construção do argumento. Todavia, um exame mais detido das ocorrências revelou uma superestimação da autoridade epistêmica invocada na mobilização do capital científico utilizado para legitimar o argumento. Em outras palavras, a forma como o discurso científico aparece nos votos imprime aos argumentos formulados solidez que não sobrevive a um exame mais detido das fontes referidas.

Dito isso, não é possível concluir, peremptoriamente, que houve uma estratégia deliberada do ministro votante no sentido de maquiagem a referência para fins de dá-la aparência de maior robustez. É sabido que a mecânica de funcionamento dos gabinetes ministeriais não permite ao ministro que seja o autor exclusivo de cada voto que profere, dependendo da contribuição de outros servidores³³. Assim, sempre há a possibilidade de que o próprio ministro tenha sido induzido a erro por algum subordinado responsável pela redação do voto ou pela elaboração de uma pesquisa encomendada para subsidiá-lo. E, ainda que se partisse da premissa de que foi o próprio ministro quem elaborou toda a pesquisa e redigiu o voto em sua integralidade, não se pode descartar a hipótese de que o uso inadequado das fontes seja decorrência de mero descuido ou inaptidão para a investigação científica que extrapole os limites da dogmática tradicional, com a qual os agentes do campo jurídico possuem maior familiaridade. De qualquer sorte, não se pode olvidar que o modo como as referências foram utilizadas no voto são capazes de induzir o leitor a aceitar determinadas afirmações que estruturam a fundamentação como se fossem suportadas por evidências irretorquíveis, quando, em vários casos, isso não se confirmou.

O que se pode afirmar a partir dos dados analisados é que há, de certo modo, uma tentativa de apropriação do capital simbólico acumulado por certas instituições do campo científico. Isso se dá por meio da referência a instituições de prestígio para fins de subsidiar o argumento, ou mediante invocação do método científico, ainda que de modo sutil e indireto.

³²Há que ser ressaltada a predisposição do autor a confiar na autoridade de instituições, enquanto típico habitante do campo jurídico, de modo que é possível que um agente do campo científico constatasse imediatamente a irrelevância científica de uma dada informação nos casos analisados.

³³Os gabinetes dos ministros do STF contam, em média, com uma dezena de assessores, conforme dados disponibilizados no site oficial do STF. Alguns ministros não disponibilizam a informação. Mais informações sobre a composição dos gabinetes dos ministros estão disponíveis no Regimento Interno do STF, artigos 357 e seguintes (STF, 2019).

Veja-se, por exemplo, o modo como a referência ao IPEA foi empregada pelo Min. Fux na ADPF 186/DF, em que se discutia a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa pautadas em critérios étnico-raciais no ensino superior:

A experiência demonstrou que o livre acesso à Universidade – a igualdade “na lei” – foi incapaz de promover a devida implementação do princípio da diversidade. Tal circunstância ocorre em razão do segregacionismo velado e latente na nossa sociedade. A conclusão é ratificada por estudo do IPEA, no qual se aduziu “que as desigualdades raciais também podem ser resultantes de mecanismos discriminatórios que operam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos. A essa modalidade de racismo convencionou-se chamar de racismo institucional ou, ainda, de racismo estrutural ou sistêmico”. Nesta linha, o racismo institucional “[n]ão se expressa por atos manifestos, explícitos ou declarados de discriminação, orientados por motivos raciais, mas, ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes grupos raciais” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. “Igualdade racial”. In: Políticas sociais: acompanhamento e análise, nº 14, 2007, p. 216).” (BRASIL, 2012b, p. 113–114, sem destaque no original)

A passagem dá a entender que há um estudo do IPEA demonstrando, de forma conclusiva, a existência de um segregacionismo velado e latente na nossa sociedade, e que tal circunstância seria um fator impeditivo da promoção do “princípio da diversidade” na esfera universitária. Ocorre que o referido “estudo do IPEA” não é, verdadeiramente, um estudo, e não versa sobre a questão das cotas raciais. Trata-se, isso sim, de uma publicação de caráter informativo cuja proposta é apresentar um registro de eventos importantes ocorridos em 2006 e de algumas experiências inovadoras de combate à discriminação indireta e ao racismo institucional³⁴. O artigo busca estabelecer algumas balizas conceituais em torno do que se denomina “racismo institucional”, mas, ao contrário do que consta no voto, não é possível afirmar que ele ratifica a conclusão de que “o livre acesso à Universidade foi incapaz de promover a devida implementação do princípio da diversidade”. Curiosamente, a edição anterior àquela citada pelo ministro tratava especificamente sobre a questão do acesso da

³⁴O documento pode ser acessado no site oficial do IPEA (2007a). Na introdução, consta: “Nesse sentido, nesta edição de Políticas Sociais: acompanhamento e análise, além do registro de eventos importantes ocorridos em 2006 e do tradicional exercício de acompanhamento dos programas e dos projetos em curso, serão relatadas algumas experiências inovadoras de combate à discriminação indireta e ao racismo institucional, que parecem trazer novas e promissoras opções para o desenvolvimento de políticas nessa área.” A experiência das cotas raciais não foi tema objeto de análise ou relato.

população negra ao ensino superior, e poderia trazer informações mais úteis para subsidiar a decisão (IPEA, 2007b), mas não foi referida no voto.

A conclusão do ministro pode até ser procedente. É, sem dúvida, compartilhada pelo senso comum. Mas não há no voto elemento que permita invocar a autoridade do IPEA para corroborar a conclusão. Não obstante, a referência ao IPEA serve para mobilizar a dimensão simbólica do capital científico acumulado por esta importante instituição e, assim, legitimar o argumento.

Também houve referência inadequada a uma instituição de pesquisa renomada (no caso, a Fundação Oswaldo Cruz) no acórdão proferido na ADPF 101/DF, em que se discutia a constitucionalidade de normas que vedavam a importação de pneus usados. Na ocasião, a Min. Cármen Lúcia discorria sobre as destinações possíveis para pneus usados, e reputou como inviável a reciclagem energética, porque o processo daria causa à liberação de efluentes sólidos e gasosos poluentes com alto grau de contaminação por metais pesados, além de compostos orgânicos tóxicos como dioxinas e furanos. Convém transcrever breve passagem do voto:

Nem se afirme ser tal conclusão empirismo ou retórica. Estudos de 2006, do Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e outros, sobre a co-incineração de resíduos em fornos de cimento, concluíram que há três grandes problemas relacionados a essa forma de destinação de resíduos:

“(1) os efeitos à saúde humana e ambiental decorrentes da poluição gerada pela incineração, em especial a volatilização dos metais pesados e a formação de POPs [procedimento operacional padronizado], como as dioxinas, furanos, hexaclorobenzeno e bifenilas policloradas, substâncias altamente tóxicas incluídas na lista da Convenção de Estocolmo;

(2) a distribuição desigual e injusta dos riscos, já que as populações mais afetadas são aquelas mais pobres e discriminadas que moram próximas aos incineradores, criando situações de injustiça ambiental;

(3) em termos estratégicos, a incineração inibe as mudanças estruturais do modelo de produção e consumo que se encontra por detrás da produção dos resíduos, limitando os avanços rumo à redução e eliminação dos resíduos através de programas como o lixo zero, baseado em planos locais e regionais de médio e longo prazo para a gestão dos resíduos sólidos urbanos e industriais” (Milanez, B.; Fernandes, Lúcia de Oliveira; Porto, Marcelo Firpo de Souza. A co-incineração de resíduos em fornos de cimento: riscos para a saúde e o meio ambiente. Revista Ciência & Saúde. 2007). (BRASIL, 2009b, p. 79–80).

A primeira coisa que a passagem revela é que a ministra fez questão de esclarecer que seu argumento é cientificamente fundamentado (“nem se afirme ser tal

conclusão empirismo ou retórica”). Então, invoca o “estudo do Centro de estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz”. Ocorre que não é possível discernir, pelo voto, se o estudo foi consultado diretamente pela ministra, ou se consiste em uma citação extraída do artigo da “Revista Ciência & Saúde” referido ao final da passagem. Além disso, o artigo foi referido de forma equivocada. A identificação correta do periódico referido pela ministra é *Ciência e Saúde Coletiva*³⁵, e não “Revista Ciência & Saúde”. Houve necessidade de o pesquisador investir algum tempo para encontrar o periódico e o artigo que a ministra pretendia referir, constatando-se que este artigo faz referência à Fundação Oswaldo Cruz (dando a entender que a ministra fez a citação a partir dali). Ocorre que aquilo que o voto analisado refere como “estudos” é um relatório de oficina realizada em 21 de agosto de 2006. Trata-se de um documento sem indicação de autoria e, aparentemente, sem pretensões de publicação em periódico científico, questão importante para estabelecer a força da evidência³⁶. Ao rotular este material como “estudos” realizados pela Fundação Oswaldo Cruz, o voto transmite, ao leitor desavisado, aparência de autoridade epistêmica e segurança informacional que, a rigor, não seria autorizada pela fonte.

Houve também referência indevida à Organização Mundial do Comércio (OMC) para subsidiar afirmações que estruturavam argumento no sentido da inviabilidade da destinação de pneus usados na produção de asfalto: a borracha perde suas propriedades ao ser reaquescida; o processo exige uma granulometria fina que o torna caro; em que pese o asfalto produzido seja de melhor qualidade (mais durável, resistente à deformação, silencioso, melhor aderência e drenagem), emite mais poluentes no momento da fricção dos pneus e tem probabilidade de ocasionar doenças de natureza ocupacional; por fim, problemas com a renovação do asfalto trazem complicações que tornam essa destinação inviável (BRASIL, 2009b, p. 73–74). Todos esses dados são especificidades técnicas envolvendo a produção de

³⁵A referência correta para o artigo seria MILANEZ, B. A co-incineração de resíduos em fornos de cimento: riscos para a saúde e o meio ambiente. *Ciência & Saúde Coletiva*, online. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/a-coincineracao-de-residuos-em-fornos-de-cimento-riscos-para-a-saude-e-o-meio-ambiente/1482?id=1482>.

³⁶“Co-incineração de resíduos em fornos de cimento: uma visão da justiça ambiental sobre o chamado ‘co-processamento’. Relatório da oficina realizada em 21 de agosto de 2006. Após alguma insistência, a única via encontrada para acessar o documento foi o link <https://docplayer.com.br/11438030-Co-incineracao-de-residuos-em-fornos-de-cimento-uma-visao-da-justica-ambiental-sobre-o-chamado-co-processamento.html>, encontrado por meio de pesquisa no Google. Não foi possível encontrar o material na página do Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana (CESTEH).

asfalto a partir de pneus reciclados e, pelo que se extrai do voto, tiveram como fonte um relatório da OMC:

O maior problema da manta asfáltica ou asfalto-borracha é operacional, pois a borracha perde suas propriedades ao ser reaquecida, além de exigir uma granulometria fina que encarece o processo, como, de resto, **explicitado em item específico do Relatório da OMC**. (BRASIL, 2009b, p. 74, sem destaque no original)

Na falta de uma referência mais precisa, há boas razões para crer que o relatório em questão seja o mesmo relatório anteriormente mencionado pela ministra à página 67 do acórdão (trata-se do único relatório elaborado por órgão da OMC referido no voto). A maneira como o relatório é introduzido ao leitor (“Relatório da OMC”) sugere que a própria OMC encampa as conclusões extraídas pela ministra. O alvo aqui é o capital burocrático acumulado pelo organismo internacional: o “Relatório da OMC” conteria informações oficiais. O exame do documento, todavia, revela a fragilidade do argumento, já que tal relatório não consubstancia conclusões de trabalho científico sobre o tema, nem a posição conclusiva encampada pela OMC³⁷. Na verdade, houve uma disputa internacional para cuja resolução foi instaurado um painel de resolução de controvérsias. Uma das partes (o Brasil), alegava que a exposição ao asfalto emborrachado era mais perigosa do que a exposição ao asfalto convencional, enquanto a outra parte (Comunidade Europeia) aduzia que não havia evidências disso.

O Painel da OMC, por meio do relatório invocado pela ministra, ponderou o seguinte:

O Painel entende que apesar de a evidência ser inconclusiva sobre a existência ou não de maiores riscos decorrentes da exposição ao asfalto emborrachado, as informações fornecidas pelas partes demonstram que o uso de asfalto emborrachado implica em custos mais elevados. Consequentemente, a demanda por esta tecnologia é limitada e sua capacidade enquanto destinação de resíduos é reduzida. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2007, p. 199, tradução nossa)³⁸

³⁷Cabe reconhecer que a ausência de indicação da página específica referida pela Ministra Carmen Lúcia dificulta a validação do argumento, já que o relatório citado no voto consiste em documento de 393 páginas. Todavia, em pesquisa de palavras no documento utilizando o termo “asphalt”, localizadas 31 ocorrências, não se identificou, nas passagens, a informação no sentido em que foi empregada pela Ministra Cármen Lúcia.

³⁸No original: “The Panel is of the view that whereas the evidence is inconclusive on whether rubber asphalt exposures are more hazardous than conventional asphalt exposures, the information provided

O voto da Min. Cármen Lúcia parece extrair afirmações de abrangência superior àquela que o relatório permitiria. Ainda que assim não fosse, seria razoável questionar a deferência epistêmica prestada ao painel da OMC, que, ao fim e ao cabo, não passa de uma instância internacional de solução de controvérsias. Para fins retóricos, todas essas circunstâncias são, de certo modo, contornadas pela referência genérica ao “Relatório da OMC”, e o interesse parece centrado na mobilização capital simbólico da instituição, e não na possibilidade de suprir um déficit epistêmico em relação à questão técnica levada ao debate.

O caso mais gritante de invocação de uma instituição de renome para apropriar-se de seu capital simbólico ocorreu na ADI 3.937/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei paulista que proibia, no território estadual, o uso do amianto (crisotila). O Min. Dias Toffoli, em seu voto, afirmou que a Lei Federal 9.055/97 se tornou inconstitucional em razão dos avanços científicos em torno dos riscos ocasionados pela exposição ao amianto (BRASIL, 2017a, p. 168–169). Segundo o ministro, o prognóstico de uso viável e seguro da crisotila, adotado quando da elaboração da Lei Federal nº 9.055/97, não se mostrou correto, dada a superveniência de consenso científico em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, conforme entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais com autoridade no tema de saúde em geral e saúde ocupacional. As evidências indicadas para substanciar o argumento consistem em que o amianto é causa de aproximadamente metade das mortes por câncer ocupacional no mundo, conforme estudo “*Eliminação das enfermidades relacionadas com o amianto*, produzido pela OMS” (BRASIL, 2017a, p. 168–169). Eis o trecho em que o estudo é referido:

Segundo o estudo *Eliminação das enfermidades relacionadas com o amianto*, produzido pela OMS, o amianto é um dos cancerígenos ocupacionais mais importantes, causando aproximadamente metade das mortes por câncer ocupacional no mundo (Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69481/1/WHO_SDE_OEH_06_03_spa.pdf). (BRASIL, 2017a, p. 169–170)

Todavia, a conferência da fonte revela que o material referido não é um estudo efetivamente produzido pela OMS, mas apenas de um panfleto informativo. Em que

by the parties consistently shows that the use of rubber asphalt results in higher costs. Consequently, the demand for this technology is limited and its waste disposal capacity is reduced”.

pese o panfleto traga referências a estudos científicos, ao final, consta a seguinte advertência:

A Organização Mundial da Saúde adotou todas as precauções razoáveis para verificar a informação que consta na presente publicação, mas o material publicado é distribuído sem qualquer garantia, explícita ou implícita. O leitor é responsável pela interpretação e pelo uso que faça deste material, e em nenhum caso a Organização Mundial da Saúde poderá ser considerada responsável por danos causados por sua utilização. (OMS, 2006)³⁹

Outras fontes também são indicadas no voto para subsidiar a alegação de que o amianto é uma substância comprovadamente cancerígena, de modo que a presença do suposto “estudo produzido pela OMS” talvez não seja fatal. Todavia, o exame da referência serve para denunciar a falta de observância de critérios mínimos na apropriação de informações técnicas, na atribuição de responsabilidade pela informação e, conseqüentemente, na avaliação do grau de credibilidade dos dados.

Em alguns casos, a mobilização do capital simbólico vinculado ao capital acumulado no campo científico ocorre independentemente da referência a um agente ou instituição de renome. Basta, por vezes, a referência (ainda que indevida) ao método científico. É o que ocorreu na ADI 4.650/DF, em que se discutia a constitucionalidade do financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por meio de doações privadas. Em seu voto, Min. Luiz Fux sustentou que a autorização para que pessoas jurídicas façam doações para partidos políticos e campanhas eleitorais não é corolário da liberdade de expressão (BRASIL, 2015b, p. 53). Isso porque, segundo o ministro, as doações de empresas também ocorrem com objetivo de “evitar represálias políticas” ou de assegurar favores de políticos eleitos. A afirmação exige evidências: com base em que o ministro afirma que as doações servem para comprar favores ou evitar achaques? As fontes indicadas para as informações foram um artigo jurídico de lavra de Daniel Sarmiento e Aline Osório e uma publicação do site Transparência Brasil:

Além disso, e como destacou Daniel Sarmiento e Aline Osório, esse pragmatismo empresarial objetiva também evitar “represálias políticas”, que podem acarretar a perda de concessões e benefícios concedidos pelo Estado. **Nesse sentido, os dois juristas,**

³⁹No original: “La Organización Mundial de la Salud ha adoptado todas las precauciones razonables para verificar la información que figura en la presente publicación, no obstante lo cual, el material publicado se distribuye sin garantía de ningún tipo, ni explícita ni implícita. El lector es responsable de la interpretación y el uso que haga de ese material, y en ningún caso la Organización Mundial de la Salud podrá ser considerada responsable de daño alguno causado por su utilización.”

reportando-se ao estudo “Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, sustentam “que mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição”. (SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais, 2013, p. 5; ver também ABRAMO, Claudio Weber. Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado, 2003. Transparência Brasil, 2004). (BRASIL, 2015b, p. 53–54, sem destaque no original)

É possível, considerando o texto acima, que o Min. Luiz Fux não tenha consultado a publicação do site Transparência Brasil diretamente, confiando na referência indireta feita por Daniel Sarmento e Aline Osório, em cujo artigo consta o seguinte:

Por outro lado, há evidências de que, com as contribuições, os *big donors* não objetivam apenas ser beneficiados por medidas e políticas públicas especiais, mas também, por vezes, buscam evitar “represálias” políticas. De acordo com a pesquisa “Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado”, mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição. (SARMENTO; OSORIO, 2014, p. 19–20).

Na passagem, observa-se um recurso à autoridade epistêmica de um estudo que teria encontrado evidências de que as empresas doariam para campanhas eleitorais mediante coação ou em compra de favores. Pode-se tomar a textual menção a “estudo” e “evidências” como uma invocação do capital científico. Aliás, as evidências parecem contundentes: uma taxa de 25% nas doações sob coação, e de 12,5% nas doações em troca de favores parece realmente significativa. Mas o dado só diz alguma coisa se houver a indicação do universo pesquisado. De quantas empresas se está a falar?

Nem o voto nem o texto de Daniel Sarmento e Aline Osório fornecem essa informação, então foi preciso recorrer ao tal “estudo” do site Transparência Brasil. Todavia, mesmo após alguma insistência, não foi possível acessar a referida publicação no site Transparência Brasil, motivo pelo qual recorreu-se ao provedor de buscas Google, onde foi localizado um material com as mesmas características indicadas no voto⁴⁰. Assumindo que se trata do mesmo estudo (até porque outra

⁴⁰O link acessado foi: http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A_a0bb51af67ac5fbd795e0e8f24555ea8corrupcaonoBrasilperspectivadosectorprivado2003.pdf

escolha não há), tem-se que o universo abarcado pela pesquisa é relativamente reduzido, o que poderia sugerir questionamentos sobre a relevância da amostragem. Segundo o relatório de pesquisa, foram enviados questionários a 4.000 empresas, das quais somente 78 responderam. A partir daí é possível compreender o significado e o peso da evidência: 4000 empresas foram questionadas e 78 retornaram alguma resposta, então, em dados brutos, tem-se que 20 empresas (25%) afirmaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas, e, dessas, 10 (a metade) relataram promessas de favores em troca da contribuição (ABRAMO, 2004). É possível que uma análise estatística concluísse que esta pesquisa não serve como evidência (ou, no limite, serve como uma evidência muito fraca), em razão da diminuta dimensão da amostragem. Mas, no acórdão, ela apareceu apenas como “estudo” e “evidência”, e serviu para dar ares de cientificidade e racionalidade ao argumento do ministro.

Os casos analisados revelam que é possível construir um argumento jurídico a partir de afirmações aparentemente amparadas pelo discurso científico, quando, em verdade, o exame detido do argumento revela a fragilidade de sua estrutura. Uma explicação parcial para essas ocorrências é o fato de que o campo jurídico parece contar com seus próprios critérios para atribuição de autoridade científica, conforme revelam os casos analisados na seção seguinte.

4.4 A atribuição de autoridade científica pelo campo jurídico: refração do campo e sacrifício de racionalidade

Em diversos casos, os ministros indicaram de forma precisa a fonte de onde extraíram informações utilizadas na estruturação de seus argumentos, sem superestimar o capital científico do agente ou instituição referidos. Trata-se, portanto, de situação distinta daquelas apresentadas nas seções anteriores, em que a indicação da fonte era inexistente, incompleta, ou induzia o leitor a erro.

Nesses casos, o que se constatou é que não há preocupação, por parte dos ministros, em justificar a deferência epistêmica prestada em favor de agentes ou instituições usadas como fontes. No máximo, explicitam a profissão do agente, ou a instituição à qual o agente está vinculado, e isso parece bastar para que se tenha como justificada a deferência epistêmica à fonte da informação. Em vários momentos, uma afirmação importante foi formulada “conforme fulana, que é engenheira”, ou “segundo consenso científico”, ou “de acordo com fulano, professor titular da

universidade x". O veículo em que a informação foi publicada (se foi um periódico de prestígio no campo científico, uma revista de notícias voltada ao público em geral, ou o site mantido por uma entidade do setor econômico) parece irrelevante.

Não se pode extrair conclusões peremptórias e totalizantes a partir dos casos analisados, dadas as limitações impostas pelo método e pela amostragem utilizadas no presente trabalho, que se propõe a uma pesquisa de caráter exploratório, mas algumas hipóteses explicativas podem ser formuladas a partir dos dados analisados.

Uma primeira hipótese explicativa seria assumir que os ministros simplesmente selecionam as fontes que aportam as informações necessárias para subsidiar seu ponto de vista pré-concebido. A estratégia seria buscar o maior número possível de citações convergentes com seu entendimento pessoal, independentemente de qualquer análise mais aprofundada e criteriosa sobre as credenciais, desde que o uso da referência lhe permitisse tirar proveito do capital simbólico acumulado pelo campo científico, assegurando a neutralidade e a objetividade tipicamente visadas no campo jurídico e, especificamente, no campo judicial.

Uma segunda hipótese explicativa poderia imputar a causa do comportamento à mera falta de familiaridade dos atores do campo judicial no trato de bibliografia estranha às fronteiras tradicionais do campo jurídico, concebidas sob a égide do paradigma dogmático. Talvez esses juristas simplesmente não saibam como realizar pesquisa que não seja a análise de jurisprudência e de doutrina. De qualquer modo, ainda que forneça uma explicação aparentemente simples para a questão, nesta hipótese, a falta de familiaridade com as regras de inferência que norteiam a pesquisa científica é uma característica que marca o *habitus jurídico*.

Tanto uma como outra hipótese podem ser analisadas como uma manifestação do poder de refração do campo jurídico, ou seja, uso de critérios próprios para reconhecer, no campo jurídico, autoridade epistêmica a atores de outros campos. Em termos retóricos, a prática colhe bons resultados, tendo em vista o interesse na universalização do discurso. Por outro lado, a refração do capital científico pode gerar um alto preço a pagar em termos de racionalidade, na medida em que sacrifica a maior utilidade que se poderia obter a partir da mobilização do discurso científico para informar as decisões judiciais. Qual é a razão para abrir diálogo com o discurso científico se ele é refratado pelo campo jurídico?

No exame dos acórdãos foi possível constatar que a estrutura dos discursos permite que um argumento jurídico se beneficie do capital simbólico próprio do

discurso científico, mesmo que se trate de um discurso produzido por agente totalmente desprovido de capital dentro do campo científico. Há, então, uma superestimação do capital científico no momento em que ele é apropriado pelo campo jurídico. Na ADPF 101/DF, em que se discutia a constitucionalidade de normas que vedavam a importação de pneus usados, a Min. Cármen Lúcia discorreu sobre as diversas formas de destinação de pneus para fins de reciclagem. Em relação à destinação de pneus para reciclagem energética⁴¹, ponderou que, apesar de eficiente, a queima em incineradoras dedicadas nunca “zera” o material queimado. Do processo poderia resultar emissão efluentes sólidos e gasosos poluente, com alto potencial de contaminação por metais pesados, além de compostos orgânicos tóxicos como dioxinas e furanos (BRASIL, 2009b, p. 75–78). A ministra não apresenta evidências para as afirmações que estruturam o argumento, mas indica, como fonte, um artigo extraído da internet:

Em artigo publicado pela Confagri - Confederação Nacional das Cooperativas Agrícolas e do Crédito Agrícola de Portugal sobre a gestão de resíduos industriais perigosos, a engenheira ambiental portuguesa Cátia Rosas esclarece que:

‘A queima em incineradoras dedicadas, embora eficaz, nunca é total. Além disso, os elementos vestigiais presentes nos reagentes não são destruídos e têm que sair com os efluentes. Também os produtos de combustão completa nem sempre são substâncias inócuas, como os resultantes da queima de enxofre, cloro e flúor, que são substâncias ácidas (SO₂, HCl e ácido fluorídrico - HF).

Assim, da incineração dedicada resultam efluentes sólidos e gasosos que contêm poluentes, nomeadamente compostos orgânicos resultantes da queima incompleta ou sintetizados a partir de precursores, monóxido de carbono, partículas de cinzas e fuligem, [óxido de nitrogênio, dióxido de enxofre, ácido clorídrico e ácido fluorídrico] e elementos vestigiais tóxicos como o mercúrio, chumbo e outros.

[...]

(fonte:http://www.confagri.pt/Confagri/Templates/Ambiente/Base_Template.aspx?NRMODE) (BRASIL, 2009b, p. 77–78, sem negrito no original)

Não há nenhuma justificativa aparente para deferência epistêmica prestada à “engenheira ambiental portuguesa Catia Rosas”, e tampouco parece haver capital

⁴¹Combustão para geração de calor, especialmente em fornos de cimento.

científico que justifique a deferência epistêmica a artigo publicado pela “Confederação Nacional das Cooperativas Agrícolas e do Crédito Agrícola de Portugal”.⁴²

Há a possibilidade de que a ministra tenha reputado como confiável a fonte pelo mero fato de se tratar de artigo escrito por uma engenheira que, para o senso comum, integra um campo considerado fonte segura de conhecimento, de modo que confere ao argumento aspectos de neutralidade e certa legitimação. O fato de a autora do artigo se tratar de uma engenheira parece suplantar, sem qualquer necessidade de maiores explicações, o fato de o artigo ter sido publicado em plataforma totalmente alheia ao universo de publicações com algum prestígio junto ao campo científico. Isso evidencia uma priorização à autoridade do agente, em detrimento do meio em que a fala tenha sido veiculada, elemento característico do *habitus* dos agentes do campo jurídico.

A utilização de critérios próprios, diferentes dos critérios vigentes no campo científico, fica mais evidente quando ministros prestam deferência à prova produzida em perícia judicial, em detrimento de informações referendadas pela comunidade científica internacional. Isso ocorreu no RE 627.189/SP, em que se discutia a constitucionalidade da disciplina legal vigente sobre limitação de campos eletromagnéticos emanados de linhas de transmissão de energia elétrica. No caso, a Min. Rosa Weber ponderou que a regulamentação vigente no Brasil, editada pela ANATEL, que instituiu 83,33 μT como limite máximo de emissão de campos magnéticos detectáveis a 1 metro e meio do solo, não seria compatível com o princípio da precaução, porque “impossível desconsiderar a grande possibilidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogênicos para seres humanos”. A consideração de uma “grande possibilidade” de os campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogênicos foi inferida a partir da análise do acórdão recorrido, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo. Segue trecho do voto em que a referência foi feita:

Confesso a Vossas Excelências que a leitura que faço do acórdão recorrido me levou a trilhar o mesmo caminho da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin. Isso porque, em sede de recurso extraordinário, com todo o respeito, não vejo como entender violado o

⁴²Ademais, no artigo citado não há nada que indique que o objeto era, especificamente, a queima de pneus. O que se discutia, em tom informativo, era o processo de incineração de resíduos industriais em geral, que pode, ou não, apresentar características diferentes do processo de incineração de pneus para fins de reciclagem energética. Assim, ainda que relevado o problema da confiabilidade da fonte, tem-se que o teor do artigo referido não serve para suportar as afirmações.

art. 5º, caput, e inciso II - o princípio da legalidade -, ou o art. 225 da Constituição Federal. Vários trechos do acórdão já foram lidos pelo Ministro Fachin. Eu ainda enfatizaria alguns outros pequenos trechos, apenas em reforço à convicção a que cheguei.

Leio, do acórdão da lavra do Desembargador Nalini, voto condutor, que:

[...]

“Pois tanto os estudos ofertados pelas autoras como os laudos produzidos pelos peritos judiciais atestam o perigo iminente a ameaçar vasta parcela da população paulistana. (...) Verdade que o julgador não resta adstrito à perícia. Ele é o perito dos peritos. Mas desprovido de conhecimentos técnico-científicos, para apreciar certas questões muito especiais, ele depende da opinião dos expertos. Só se justifica a recusa ao trabalho efetuado pelo perito judicial - auxiliar da Justiça que deve guardar isenção à causa - quando faltar a este laudo fundamentação lógica ou quando o juiz coligir outros elementos probatórios nos autos que o infirmem.

Nenhuma das hipóteses se exterioriza nestes autos.

Embora inexistente um estudo conclusivo acerca da matéria, posto tratar-se de tema relativamente recente, impossível desconsiderar a grande possibilidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogênicos para seres humanos.” (BRASIL, 2016a, p. 65).

Veja-se, pois, que a Min. Rosa Weber não se socorreu do material disponibilizado na audiência pública, nem buscou, por meios próprios, subsídios para formação de convencimento acerca dos efeitos nocivos provocados pela exposição a campos eletromagnéticos de baixa frequência. O voto deposita confiança, única e exclusivamente, na leitura que o juízo recorrido fez das evidências produzidas na instância ordinária. Os ministros Marco Aurélio (BRASIL, 2016a, p. 78) e Celso de Mello (BRASIL, 2016a, p. 94) trilharam o mesmo rumo⁴³.

O caso chama particular atenção porque, a partir das fontes indicadas, os ministros concluíram que a regulamentação brasileira não atendia a padrões mínimos de segurança. Ocorre que a regulamentação questionada aderiu a recomendações

⁴³A conclusão, encampada pelo Min. Marco Aurélio, é a de que “[o]s estudos são contundentes. Ainda que não se tenha demonstrado o mecanismo relacional entre a ocorrência do câncer em seres humanos e o campo eletromagnético, sabe-se que inofensivo este não é” (BRASIL, 2016a, p. 78) Segundo o Min. Celso de Mello, “[o] estado atual da ciência revela controvérsia sobre os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência, mas já permite afirmar a possibilidade de ocorrência de danos não é meramente hipotética”. (BRASIL, 2016a, p. 94). Ao autor foi difícil compreender como algo pode ser “possível” sem ser “hipotético”. O Min. Celso de Mello também fez referência a artigo jurídico-doutrinário .O artigo citado é (ELZA ANTÔNIA P. C. BOITEUX e FERNANDO NETTO BOITEUX, “Poluição eletromagnética e meio ambiente – O Princípio da Prevenção”, p. 25/27, 2008, Fabris Editor).

feitas pela OMS, que sugere a fixação de limites aos campos eletromagnéticos a partir de estudos realizados pela Comissão Internacional de Proteção Contra a Radiação Não-Ionizante (ICNIRP). Este ponto, aliás, estava bem estabelecido nos debates entre os ministros, de modo que não se pode cogitar mero desconhecimento sobre tal circunstância. O Min. Dias Toffoli, primeiro a votar, frisou que se trata de organização sem fins lucrativos fundada em 1922, com sede na Alemanha, cujo escopo é, precisamente, a pesquisa científica vinculada à avaliação de riscos à saúde decorrentes da exposição a esse tipo de radiação⁴⁴. Também a Agência Internacional para Pesquisa em Câncer (IARC) classifica os campos eletromagnéticos como agentes possivelmente cancerígenos (classificação no “grupo 2B”)⁴⁵, o que significa que não existem evidências suficientes para estabelecer uma relação causal entre a exposição aos campos eletromagnéticos e o surgimento de câncer em seres humanos. Ou seja, de acordo com organizações internacionais prestigiadas, inclusive no campo científico, o potencial cancerígeno dos campos eletromagnéticos, observados os limites fixados, é, ainda, uma hipótese.

Tudo considerado, a deferência epistêmica ao perito judicial atuante no processo (por intermédio da adesão à interpretação posta pelo acórdão recorrido) chama atenção quando cotejada com o grande volume de informações disponibilizadas pelos expositores na audiência pública. Há que se considerar, ainda, a existência de organismos internacionais, especialmente dedicados ao estudo dos riscos decorrentes da exposição à radiação não-ionizante, que expede recomendações cientificamente embasadas, as quais, claramente (e isso era de conhecimento da ministra) foram desconsideradas pelo acórdão recorrido. Não há, nos votos da Min. Rosa Weber e dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, nenhuma justificação para determinar ao governo brasileiro que se afaste das

⁴⁴Conforme informações disponíveis no sítio oficial da instituição, trata-se de uma organização não-governamental reconhecida como colaboradora oficial pela OMS e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e tem por objetivos proteger a população e o meio ambiente contra efeitos adversos da radiação não-ionizante, disponibilizando orientação cientificamente embasada para fixação de limites à exposição à radiação não-ionizante, unindo esforços de cientistas de diversas áreas da ciência, como biologia, medicina, física, epidemiologia e química.

⁴⁵ A classificação de agentes da IARC é dividida em quatro categorias. Agentes cancerígenos são classificados no “Grupo 1”; agentes provavelmente cancerígenos são classificados no “Grupo 2A”; agentes possivelmente cancerígenos são classificados no “Grupo 2B”; agentes não classificados quanto ao potencial cancerígeno são incluídos no “Grupo 3”. A classificação de um agente como possivelmente carcinogênico, como no caso, significa que as evidências de carcinogênese em humanos são limitadas, embora haja evidências suficientes de carcinogênese em experimentos em animais (IARC, 2019).

orientações estabelecidas pelo ICNIRP, ou para deixar de prestar deferência à classificação do IARC. O caso evidenciou a possibilidade de que agentes do campo jurídico e agentes do campo científico não compartilhem dos mesmos critérios de avaliação da confiabilidade de afirmações produzidas, e que, assim, afirmações tidas como frágeis no campo científico podem ser incorporadas pelo campo jurídico como verdades estabelecidas, do mesmo modo que verdades estabelecidas pelo estado da arte do conhecimento científico podem ser rechaçadas pelo campo jurídico.

Também no julgamento da ADI 3.937/SP, em que se discutia a constitucionalidade da lei paulista que proibia, no território estadual, o uso do amianto (crisotila), houve casos em que os critérios utilizados para eleger as fontes merecedoras de deferência foram nebulosos. O Min. Marco Aurélio argumentou que a proibição do uso do amianto traria consequências significativas ao desenvolvimento econômico (BRASIL, 2017a, p. 71). Segundo o ministro, a substituição do amianto por outros materiais dificultaria o acesso a insumos como o fibrocimento, em razão da oferta insuficiente de potenciais substitutos na indústria; provocaria, também, aumento no consumo de energia, no custo das matérias primas, e volatilidade de preços na indústria do fibrocimento, já que essa indústria dependeria de importações e ficaria sujeita às variações do preço do petróleo; por fim, as tecnologias substitutas são mais caras, menos duráveis e exigiriam grandes investimentos de conversão nas linhas de produção das fábricas. O ministro refere posições antagônicas colhidas durante as audiências públicas. Eis como inicia o argumento:

Em parecer apresentado pelos professores doutores Ana Lúcia Gonçalves da Silva e Carlos Raul Etulain, ambos economistas da Universidade de Campinas, expositores na audiência pública, consta que “não são esperados efeitos relevantes sobre os preços dos produtos alternativos. Durante curto período de transição [que não precisam qual], estes produtos poderão custar no máximo 10% a mais (...)”. Ora, o aumento de dez pontos percentuais no custo do fibrocimento é significativo, presente a economia nacional. Isso no melhor dos cenários, pois o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior aponta o incremento máximo de 35% no preço das telhas. Há outra estimativa mediana, de majoração entre 10 e 20%. Segundo informação prestada na audiência pública, o mercado de fibrocimento com amianto movimentava, anualmente, 2,5 bilhões de reais e responde por 70% da oferta de telhas. Certamente não se pode qualificar como irrelevante ou insignificante o impacto negativo de uma decisão do Supremo, proibindo, se é que lhe cabe fazer – e não ao Congresso Nacional – o uso do amianto. (BRASIL, 2017a, p. 70–71)

Neste primeiro momento, o ministro menciona parecer elaborado por agentes do campo acadêmico que, segundo consta do voto, figuraram entre expositores da audiência pública. Há, aqui, uma série de problemas que permitiriam enquadrar este caso como um exemplo de inadequação na indicação das fontes: primeiro, Carlos Raul Etulain não constou entre os expositores na audiência pública; segundo, não há qualquer referência que permita localizar ou acessar o parecer referido. Mas, em benefício do argumento, tomou-se como verdadeiro tudo que o Min. Marco Aurélio disse sobre o referido parecer. Posto isso, o que se tem é uma referência a instituição acadêmica (“economistas da Universidade de Campinas”) como indicativa de capital científico relevante para que a opinião seja considerada no caso. A posição dos economistas, tal qual referida, é composta pela indicação de um dado cru (em caso de proibição de amianto, durante o período de transição, haveria aumento de no máximo 10% dos produtos que tivessem a substância substituída por outra) acompanhada de uma avaliação (em termos de aumento de preço, não se trata de um efeito relevante). O ministro aproveita o dado cru, mas rechaça a avaliação, ao argumento de que “o aumento de dez pontos percentuais no custo do fibrocimento é significativo”.

Para subsidiar argumento (afinal, o ministro não tem competência para avaliar se um aumento de 10% no preço do fibrocimento é, ou não, significativo sob o ponto de vista macroeconômico), o voto invoca a exposição de Vanderley John durante as audiências públicas, que é doutor em engenharia civil pela Universidade de São Paulo. Eis o teor do voto, ora considerado:

A substituição do amianto por outros materiais também foi objeto da exposição do Dr. Vanderley John, pesquisador da Universidade de São Paulo. Destacou que o acesso a cimento adequado será um problema caso banido o amianto, haja vista a oferta insuficiente dos potenciais substitutos. Além disso, ressaltou o aumento no consumo de energia, no custo das matérias-primas e na volatilidade de preços, porquanto a produção do fibrocimento no Brasil dependerá fortemente de importações, sujeitas a problemas relacionados à taxa de câmbio e à flutuação do preço do petróleo. Conforme asseverou, a substituição do amianto é viável, mas a transição será para tecnologias mais caras, menos duráveis e que vão exigir investimento maciço de conversão das linhas de produção nas fábricas. Merece menção também o fato de que os estudos voltados à avaliação do grau de toxicidade do álcool polivinílico e do polipropileno ainda não serem conclusivos, segundo informação prestada na audiência pública. (BRASIL, 2017a, p. 71)

Há, portanto, duas posições antagônicas a que o próprio voto faz referência. De um lado, os “professores doutores Ana Lúcia Gonçalves da Silva e Carlos Raul Etulain, ambos economistas da Universidade de Campinas”, que apontam que a proibição do amianto não geraria efeitos relevantes; de outro, a “exposição do Dr. Vanderley John, pesquisador da Universidade de São Paulo”, que apontou diversos problemas econômicos que resultariam da proibição do amianto. Esta última posição foi a que recebeu adesão do Min. Marco Aurélio. Mas por quê? A leitura do voto não permite responder, o que, por si só, é um grave problema no que tange à racionalidade da fundamentação. Para fins de controle, seria exigível que o ministro explicitasse os motivos da escolha de uma posição em detrimento da outra.

Outra razão apontada para subsidiar o argumento em favor da inconstitucionalidade da proibição foi que os materiais indicados como potenciais substitutos do amianto não seriam alternativas adequadas. Eis os termos em que a afirmação foi lançada:

Segundo esclarecido na audiência – e novamente recorro aos dados do citado Ministério –, são dois os materiais substitutivos do amianto mais promissores: o álcool polivinílico (PVA) e o polipropileno (PP). Este último é um derivado do petróleo, com todos os riscos econômicos e ambientais daí provenientes, produzido, em larga escala, por apenas uma empresa, surgindo a possibilidade de formação de monopólio de fato no setor de fibrocimento, em contrariedade ao disposto no artigo 170, incisos IV e V, da Lei Maior. Quanto ao álcool polivinílico, toda a produção mundial não seria suficiente para atender à demanda do setor de fibrocimento brasileiro, razão pela qual, embora seja um provável substituto, ainda não se pode dizer definitivo. Alertam os economistas que a consequência natural do decréscimo na oferta é o aumento de preços, com todos os prejuízos à economia nacional. (BRASIL, 2017a, p. 71–72)

O ministro contou, exclusivamente, com a exposição do representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio na audiência pública para extrair conclusões peremptórias sobre a impossibilidade fática de substituir o amianto por outros materiais. A exposição, durante a audiência pública, limitou-se ao seguinte:

Rapidamente, os custos de substituição:

Fizemos a análise de dois tipos de substituição: o polipropileno, que é o derivado de petróleo, infelizmente, e o PVA. Com relação ao polipropileno, devido a termos apenas uma empresa do produto de fibrocimento em larga escala no Brasil, a Brasilit, do Grupo Saint-Gobain, consideramos muito problemático que tenhamos uma substituição com esse produto, levando em consideração alguns pontos como a dificuldade que nós teríamos de adaptar as linhas de produção das empresas que já trabalham com fibrocimento e da

própria capacidade de produção dessa empresa que, com certeza, não vai atender 5,5 milhões de telhados por construir. Vale ressaltar que, desses 5,5 milhões de telhados, um milhão está no Estado de São Paulo, justamente o Estado que pretende banir o amianto crisotila. Isto, tem que se pensar seriamente nessa questão.

Então, para o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do ponto de vista econômico, a substituição por PP é inviável, a substituição por PVA, levando em consideração que nós teríamos que importar quase que a produção mundial do produto, também é inviável, e isso se refletiria nos preços do produto final. (BRASIL, 2012a, p. 46–47)

A questão é altamente técnica, e certamente as conclusões extraídas exigiriam uma análise ampla, profunda e multidisciplinar. Por isso, é sintomático que uma fala de poucas linhas seja considerada como subsídio suficiente para sustentar afirmações tão detalhadas sobre uma questão complexa como a tratada no voto.

Por fim, o Min. Marco Aurélio também adotou a posição segundo a qual a permissão legal de uso do amianto, desde que em observância a normas de segurança, não viola as normas constitucionais de proteção do direito à saúde da população em geral (BRASIL, 2017a, p. 55–57). O argumento é bastante incisivo, e dirige-se a ponto controvertido durante as audiências públicas. Segundo o Min. Marco Aurélio, porém, havia evidências que corroboravam o argumento, conforme estudo apresentado por pesquisador associado à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP) durante a audiência pública:

Na audiência pública, o único relatório efetivamente científico alusivo ao impacto do amianto sobre ambientes urbanos foi o denominado “Projeto asbesto ambiental”, coordenado pelo Dr. Mario Terra Filho, associado à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. É verdade que o estudo foi parcialmente financiado pelo Instituto Brasileiro do Crisotila, o que poderia, em tese, lançar alguma suspeição sobre os resultados, mas existe razoável consenso no sentido de que a utilização do amianto na composição de telhas de fibrocimento – finalidade na qual é empregado em quase 100% dos casos – não gera maiores riscos à população em geral. É o que concluiu o citado estudo:

“As amostras analisadas pelo Instituto de Física da USP não identificaram nenhuma fibra $\geq 5\mu\text{m}$ nas residências avaliadas. Comparando com outros estudos, observamos que as concentrações observadas no nosso estudo estão dentro dos intervalos encontrados nos grandes centros urbanos ocidentais e dentro dos limites aceitáveis de acordo com a Organização Mundial de Saúde e as agências internacionais de controle da exposição. Em relação às avaliações da amostra dos moradores estudados, não foram encontradas alterações clínicas, funcionais respiratórias e tomográficas de alta resolução,

passíveis de atribuição à inalação ambiental [de] fibras de asbesto.”
(BRASIL, 2017a, p. 57)

É difícil precisar quais motivos levaram o ministro a reconhecer o estudo referido pelo expositor Mario Terra Filho como “o único relatório efetivamente científico alusivo ao impacto do amianto sobre ambientes urbanos”, considerando que foram ouvidos 35 expositores durante a audiência pública. Houve outros expositores com a mesma linha de opinião, a exemplo de Thomaz Hesterberg. Por outro lado, houve expositores oriundos do campo médico-científico que apresentaram posição divergente, a exemplo de René Mendes, Hermano Albuquerque de Castro e Ubiratan de Paula Santos (BRASIL, 2012a). Novamente, o voto carece de justificacão para a adesão à posição de um expositor em detrimento de outros.

Na ADI 586.224/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei municipal que proibia o uso da queima como método de manejo agrícola (inclusive para colheita da cana), dados empíricos também foram considerados na formaçãõ do convencimento sobre a compatibilidade de norma jurídica com o ordenamento constitucional. No caso, o Min. Fux ponderou ser inconstitucional lei municipal que, a pretexto de promover o interesse local na tutela do meio ambiente, afronta a proporcionalidade, contrariando frontalmente a legislaçãõ estadual e federal que estabelece linha de atuaçãõ na questãõ da reduçãõ do uso das queimadas no manejo rural e florestal. Entre as razões apresentadas, considerou o voto que admitir a competênciã municipal para vedar a utilizaçãõ da queimada traria consequênciã econômicã demasiadamente gravosas, destacando-se a grande dificuldade de reacomodar a grande massa de mão-de-obra que se viria privada de sua atividade. As evidênciã empíricã consistiram em dados sobre o número de empregados voltados à indústria da cana, indicadas a partir de citaçãõ de artigo de autoria de Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, uma das expositoras da audiência pública⁴⁶. Eis o trecho do voto:

A inserçãõ das colheitadeiras no plantio da cana exige mão-de-obra qualificada para operá-las. Todavia, se os trabalhadores não têm

⁴⁶A evidênciã consiste em que, no Estado de São Paulo, entre as safras de 2006/2007 e 2020/2021, o número de empregados envolvidos com a produçãõ de cana-de-açúcar, açúcar e álcool passará de 260,4 mil para 146,1 mil, ou seja, haverá uma reduçãõ de 114 mil empregos neste período. Na indústria é esperado um aumento de 20 mil empregados, enquanto na lavoura canavieira o número passará de 205,1 mil empregados para 70,8 mil, ou seja, uma queda de 134,3 mil. A previsãõ é que não haja colheita manual na safra 2020/2021. Para que parte dos empregados agrícolas sejam realocados para as atividades do corte mecânico, é necessário escolaridade maior do que a da grande maioria dos empregados.

conhecimento técnico para tanto, é certo concluir que a proibição imediata dispensará os serviços de muitas pessoas. Sobre o tema, vale atentar para os dados apresentados pela Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes em seu estudo específico sobre “O mercado de trabalho da agroindústria canavieira: O mercado de trabalho da agroindústria canavieira desafios e oportunidades”, cujo trecho peço vênia para transcrever: (BRASIL, 2015a, p. 22)

O artigo citado como fonte das informações tem como título “O mercado de trabalho da agroindústria canavieira: O mercado de trabalho da agroindústria canavieira desafios e oportunidades”. O ministro apenas refere o nome da autora e um link para acesso (“Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ecoa/v11n4/08.pdf>”), sem mencionar maiores informações sobre o periódico em que veiculada a publicação ou as credenciais da autora. Analisando a referência, tem-se que Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes é professora e doutora vinculada ao Departamento de Economia, Administração e Sociologia da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ/USP). O artigo citado, porém, foi publicado na revista *Economia Aplicada*, do Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, da USP, classificação Qualis B1 na área de Economia.

Somente é possível especular os motivos que conduziram o ministro a confiar na publicação, mas é razoável supor que as credenciais da instituição a que a pesquisadora é veiculada foram determinantes, especialmente considerando-se que, na audiência pública, que o Min. Fux presidia, a autora foi apresentada como “Doutora Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, Professora Doutora da ESALQ/USP.” (BRASIL, 2013a, p. 50); em contrapartida, nenhuma importância parece ter sido conferida à qualificação do periódico em que o artigo citado pelo ministro foi publicado.

Por fim, uma grande divergência perpassou a apreciação do conhecimento científico no julgamento da ADPF 54/DF, em que se discutia a constitucionalidade do aborto nos casos de anencefalia, um dos principais argumentos do Min. Cezar Peluso no sentido da inconstitucionalidade da prática foi a dificuldade de diagnóstico seguro da condição. Ponderou o ministro o diagnóstico de anencefalia é incerto e impreciso, porque a anencefalia é condição clínica que comporta graus variáveis, o que seria evidenciado pelo “caso Marcela”⁴⁷. Ainda segundo o ministro, as acirradas

⁴⁷O Caso Marcela foi amplamente divulgado na mídia. Trata-se de uma criança que havia sido diagnosticada com anencefalia no período de gestação, mas que sobreviveu por um ano e oito meses após o parto. Os expositores na audiência pública controverteram sobre o diagnóstico, circunstância

divergências entre os pesquisadores sobre alguns casos de diagnóstico revelam não haver fundamentação científica hábil para firmar diferença ontológica qualitativa entre as enfermidades (diversos graus de anencefalia), que se distinguem apenas por variações de grau (BRASIL, 2012c, p. 399). Referiu, para subsidiar o argumento, os depoimentos de José Aristodemo Pinotti e Heverton Neves Pettersen, como exemplos de membros da comunidade científica representando aqueles que não consideram o caso Marcela como caso de anencefalia; em contraposição, referiu notícia de que dois médicos norte-americanos Alan Shewmon e Paul Byrne. O objetivo do ministro era demonstrar o quão incerto e impreciso é o diagnóstico de anencefalia, de modo que resultaria temerário, e atentatório à inviolabilidade do direito à vida, autorizar a interrupção da gravidez nesses casos.

As fontes às quais o ministro recorreu, todavia, não revelam grande capital científico. José Aristodemo Pinotti, já falecido, foi médico ginecologista e sua cuja última titulação cadastrada no currículo *lattes* havia sido uma a especialização em ginecologia, concluída em 1965. Mais recentemente, exercera mandato como deputado federal (PINOTTI, 2005). Heverton Neves Pettersen é médico especialista, sem pós-graduação *strictu sensu* (PETTERSEN, 2009). Na audiência pública, falou na qualidade de representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal. Já as posições dos médicos norte-americanos Alan Shewmon e Paul Byrne, o voto as apresenta mediante uma referência indireta, a partir de memoriais apresentados pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Não é possível identificar, a partir do voto, qual seria o estudo ou a publicação em que os referidos médicos norte-americanos teriam tratado do diagnóstico do caso Marcela. Não obstante, é a partir da menção a estes dois médicos norte-americanos que o ministro infere que inexistente segurança no diagnóstico de anencefalia.

A questão envolvendo a segurança do diagnóstico da anencefalia também ocupou posição central no voto do Min. Marco Aurélio, que apresentou conclusão diametralmente oposta àquela apresentada pelo Min. Peluzo. De acordo com o Min. Marco Aurélio, o direito à vida não é violado na hipótese de antecipação do parto em caso de anencefalia, porque o diagnóstico de anencefalia é certo e seguro. Não houve

explorada por aqueles contrários à permissão do aborto nos casos de anencefalia. O argumento é simples: se o caso não era de anencefalia (e, portanto, houve erro de diagnóstico), então o diagnóstico não é 100% seguro, como afirmam os defensores da autorização do aborto; por outro lado, se o diagnóstico estava correto, então não há como afirmar que não há chance de o feto anencefálico sobreviver após o parto.

indicação de evidências, como número de diagnósticos feitos ou dados sobre eventuais erros de diagnóstico. O argumento veio amparado em referência às exposições de José Aristodemo Pinotti, Heverton Neves Pettersen, Thomas Rafael Gollop e José Gomes Temporão. Ocorre que nenhum dos expositores referenciados neste trecho do voto do Min. Marco Aurélio possui capital científico digno de relevância tal que justifique, *per se*, a deferência epistêmica prestada. José Gomes Temporão era Ministro da Saúde à época da audiência pública, e possuía o título de Doutor em Saúde Coletiva pela UERJ (TEMPORÃO, 2019). Heverton Neves Pettersen e José Aristodemo Pinotti também não contavam com credenciais de peso, conforme já destacado. Nesses três casos, o capital institucional para haver preponderado sobre o capital científico propriamente dito, ou seja, o peso atribuído pelo ministro às exposições parece dever mais à posição institucional que cada um dos expositores ocupava do que à produção científica de cada um. Como exceção, poder-se-ia apontar o expositor Thomas Rafael Gollop, que possui Doutorado em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo e vínculo com diversas instituições de ensino e hospitais; todavia, o expositor também não participa de projeto de pesquisa na área (GOLLOP, 2020), de modo que a relevância dada ao seu depoimento parece decorrer do vínculo com a USP, e não das credenciais de sua produção científica em torno da questão posta em debate.

No caso, ambos os ministros apelaram à autoridade do campo científico para subsidiar suas posições, que eram diametralmente opostas uma à outra. Nenhum dos ministros preocupou-se em justificar a deferência epistêmica aos agentes que, em seus votos, foram tomados como representantes do campo científico. Aparentemente, ambos consideraram que vinculação dos agentes com instituições universitárias ou governamentais era justificativa suficiente, independentemente do currículo e da pesquisa efetivamente desenvolvida por cada um dos indivíduos referidos. Perante a comunidade jurídica, pode-se dizer que os efeitos de neutralização e legitimação, mediante mobilização da dimensão simbólica do capital científico, possivelmente superestimado, foram alcançados. Todavia, o exame dos currículos por detrás dos discursos usados como fontes de informação revela que as bases dos argumentos são mais frágeis do que uma leitura rápida deixa transparecer.

O voto mais emblemático talvez tenha sido o voto do Min. Menezes Direito quando do julgamento da ADI 3.510/DF, em que se discutia a constitucionalidade de

legislação que autorizava uso de células-tronco embrionárias para pesquisa científica e para fins terapêuticos.

O argumento do Min. Menezes Direito parte de uma compreensão sobre o início da vida edificada a partir de uma concepção aristotélica que divide o ser segundo a potência e o ato. Dedicou doze páginas de seu voto à construção da tese, de forte cunho metafísico (BRASIL, 2008, p. 269–281). Como decorrência de tal concepção, segundo o ministro, o tipo de procedimento de extração de células-tronco embrionárias, que pode ou não implicar destruição do embrião, é uma questão que precisa ser enfrentada, já que, em tese, a destruição do embrião afronta a inviolabilidade do direito à vida. O ministro, então, passa a descrever os métodos de obtenção de linhagens de células-tronco embrionárias, identificando dois tipos de métodos: aqueles que provocam a destruição do embrião, e aqueles que não provocam a destruição do embrião.

O voto invoca uma série de referências a dados científicos para estabelecer a existência, a descrição e a viabilidade de um método de extração de células-tronco que não implica destruição do embrião. Vale transcrever o trecho do voto, dado o grau de minúcia com o qual a questão é tratada:

Esse caminho já está aberto. A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. Consequentemente, não viola o direito fundamental à vida.

Trata-se da extração de uma única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito células através de uma punção celular. Essa extração é realizada rotineiramente no processo de fertilização *in vitro* para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga, através de uma única célula do embrião, se ele é portador de alguma anomalia genética. Nesse procedimento, se o diagnóstico é negativo, o embrião é implantado e pode nascer, como tem ocorrido ordinariamente, com vida e saúde **(tanto as informações colhidas por correio eletrônico do Professor Luiz Fernando Dale, Médico Especialista em Reprodução Humana pela Universidade de Paris V, quanto as conclusões da Sociedade Européia para Reprodução Humana e Embriologia - ESHRE dão conta de que o diagnóstico pré-implantação não acarreta mais riscos do que o processo de fertilização *in vitro* por meio de ICSI - HARPER et al. ESHRE PGD consortium data collection VII: cycles from january to december 2004 with pregnancy follow-up to October 2005. in Human Reproduction, v. 23, 2008. págs. 741 a 755).** (BRASIL, 2008, p. 287, destaque próprio)

Conforme denota o trecho acima, o ministro revela que colheu informações por meio de troca de e-mails com o médico e professor Luiz Fernando Dale, cuja

credencial apontada seria uma especialização em reprodução humana pela Universidade de Paris. Cita, ainda, publicação de uma revista especializada.

O voto avança reconhecendo, em contraponto, que “[j]á se levantou grande objeção a essa técnica de extração de células-tronco, baseada na totipotência que geralmente se reconhecia nas primeiras células do embrião” (BRASIL, 2008, p. 287). Segundo a objeção, se a célula extraída é totipotente, então sua destruição para fins de pesquisa também atentaria contra a inviolabilidade da vida (afinal, a célula extraída teria potencialidade para gerar um ser humano). Haveria, assim, uma contradição lógica entre proibir o método tradicional (que destrói o embrião, que é vida, porque dotado de potência) e admitir o método via punção celular (pois aí também haveria “vida”, porque o material extraído seria dotado de “potência”). Todavia, tais objeções restariam superadas pela própria ciência, conforme propõe o argumento do ministro:

Essa objeção está, contudo, superada. É que a pesquisa realizada pela Doutora Magdalena Zernicka-Goetz identificou as duas primeiras células do embrião através de coloração e constatou que cada uma gerava um tipo diverso de tecido, permitindo a conclusão de que, mesmo nessa fase, já há uma nítida especialização das células, não podendo ser reconhecida a totipotência senão no zigoto (PEARSON, Helen. *Developmental biology: your destiny from day one*. in *Nature*. 418. págs. 14/15.jul. 2002). (BRASIL, 2008, p. 288)

A viabilidade e a equivalência de resultados por meio do uso desse método em relação ao método “tradicional” de extração de células embrionárias são apontadas pelo ministro com base em diversos estudos, bem como transcrição de afirmações minuciosas e de conteúdo altamente especializado. A título ilustrativo, veja-se o seguinte trecho:

Diga-se que a possibilidade de extração de uma única ou duas células-tronco de um embrião sem destruí-lo já constava de estudos de 2005 como informaram Eric Scott Sills, Tackumi A. Takeuchi, Noriko Tanaka, Quennie V. Neri e Gianpero D. Palermo (cf. Identification and isolation of embryonic stem cells in reproductive endocrinology: theoretical protocols for conservation of human embryos derived from in vitro fertilization):

"Blastômeros obtidos para PGD são geralmente fixados e processados com fluoretos de cromo para a detecção de aneuploidias através de análise parcial do cariótipo, ainda que o processo tenha recentemente evoluído para permitir testes para desordens específicas via PCR e para a amplificação do genoma de uma única célula através de deslocamento múltiplo amplificado. Esse processo altera irreversivelmente o blastômero destinado para PGD - a viabilidade dessa célula é sacrificada em prol da obtenção de informações genéticas essenciais. Todavia, presumindo que dois

blastômeros distintos sejam extraídos por uma biópsia para PGD e desde que na ausência de mosaicismo cada blastômero detenha potencial para se tornar um organismo completo, existe a possibilidade de que um dos blastômeros extraídos possa ser mantido em cultura para a produção de células-tronco embrionárias. "

E a geração de células-tronco a partir dessa fonte foi confirmada pelos trabalhos de **Strelchenko** (STRELCHENKO, N. et. al. **Morula-derived human embryonic stem cells reproductive biomedicine online** 9(6), 623-629 2004); **Klimanskaya** (KLIMANSKAYA et. al. **Human embryonic stem cell lines derived from single blastomeres**. Nature 444:481-485 2006, estes citados no Relatório **Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells. The President's Council on Bioethics**) e **Robert Lanza** (CHUNG et. al. **Human embryonic stem cell lines generated without embryo destruction**, in Nature 2(2): 113-117 2008). (BRASIL, 2008, p. 288–289).

Na sequência, o voto revela que a Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia (HFEA), entidade responsável pela regulamentação da matéria no Reino Unido, teria realizado um levantamento e constatado que a equipe de Robert Lanza (um dos estudos acima citados) obteve linhagens de células-tronco de embriões que continuaram a se desenvolver, mas concluiu que ainda seriam necessários mais estudos para mostrar o bom desenvolvimento desses embriões. Além disso, o levantamento teria constatado que o método de extração utilizado seria similar, e não idêntico, ao do diagnóstico pré-implantação, o que poderia ensejar diferentes avaliações de risco (BRASIL, 2008, p. 289). Diante disso, o Min. Menezes Direito revela que houve contato direto com o referido pesquisador:

Para esclarecer esse ponto, entramos em contato direto com o Professor Lanza. Na resposta, este confirmou que o método de retirada da célula do embrião é o mesmo utilizado nos diagnósticos pré-implantação e, por isso, o risco ao embrião é mínimo. Disse, ainda, não haver diferença de custo ou de eficiência.

Mesmo diante da ressalva de que seriam necessários mais estudos mostrando que os embriões que sofrem essa intervenção se desenvolvem normalmente, e a despeito de ainda não ser adotado como método regular de obtenção de células-tronco humanas, o método de Lanza serve para demonstrar que é possível compatibilizar a Lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa sem atentar contra a vida do embrião. (BRASIL, 2008, p. 289–290)

Por fim, o Min. Menezes Direito apresenta sua interpretação do conceito de “embrião inviável”, categoria que deve abranger apenas aqueles que “perderam a capacidade de se dividir, que não mais apresentam uma potência de atualização, de movimento e desenvolvimento” (BRASIL, 2008, p. 293–294). Em relação a estes embriões, o método tradicional de extração de material, que implica sua destruição,

não afrontaria a inviolabilidade do direito à vida. Então o ministro argumenta que há evidências científicas de que é possível extrair material de pesquisa mesmo desses embriões inviáveis⁴⁸. Cita e transcreve trechos de outros estudos, realizados por “grupo formado por Xin Zhang, Petra Stojkovic, Stefan Przyborski, Michael Cooke, Iyle Armstrong, Majlinda Lako e Miodrag Stojkovic” que “demonstrou que embriões com seu desenvolvimento estagnado também são fontes de células-tronco”.

Todavia, o próprio ministro faz referência a estudos que apontam para direção oposta, em relação à prestabilidade de embriões que cessaram sua divisão celular como fontes de linhagens de células-tronco, realizado por “grupo capitaneado por Paul Lerou (Akiko Yabuchi, Hongguang Huo, Ayumu Takeuchi, Jéssica Shea, Tina Cimini, Tan Ince, Elizabeth Ginsburg, Catherine Racowski e George Daley)”⁴⁹ (BRASIL, 2008, p. 296–297).

Diante do impasse, a solução dada pelo ministro foi, novamente, buscar informações em contato direto com um dos pesquisadores da área:

Curiosamente, nesse estudo, contudo, a única linhagem de células-tronco embrionárias humanas derivadas de um embrião de 3 (três) dias (e inviável para fins da clínica de reprodução assistida) resultou exatamente de um espécime de 6 células com desenvolvimento estagnado. **Esse fato foi anotado em contato que fizemos diretamente com o próprio Landry** e registrado em seu mais recente estudo, em conjunto com Svetlana Gavrilov, Robert Prossert Imran Khaltd, Joanne MacDonald, Mark Sauer e Virginia Papaioannou. **Esse trabalho, ainda não publicado**, demonstra, para além de que os embriões com desenvolvimento estagnado no sexto dia (ED6) não tornam a se dividir, que estes são uma rica fonte de células-tronco embrionárias humanas. Foram examinados 227 embriões considerados inviáveis pelo centro de reprodução da Universidade de Columbia, dos quais 79 foram escolhidos aleatoriamente para permanecerem em cultura, de modo a verificar seu eventual desenvolvimento, que não ocorreu. Os outros 148 embriões passaram por uma contagem de células, dos quais 20 se encontravam totalmente desintegrados. Dos 128 restantes, 22 (17%) não tinham células vivas, 103 (80%) apresentaram entre 1 e 32 células vivas, enquanto que 3 (menos de 3%) tinham mais de 32 células vivas, o que permitiu a conclusão”. (BRASIL, 2008, p. 297, destaque nosso).

Em suma, o voto do ministro conclui pela viabilidade, ou, pelo menos, pela potencial viabilidade dos métodos Lanza e Landry-Zucker para obtenção de linhagens

⁴⁸Cita trabalho de Donald Landry e Howard Zucker (Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells, in *The Journal of Clinical Investigation*, v. 114, n.9. Disponível em: http://www.jci.org/114/9/1184?content_type=abstract).

⁴⁹O trabalho citado é “Human embryonic stem cell derivation from poor quality embryos, in *Nature Biotechnology*, fevereiro de 2008, v. 26, n° 2”.

de células-tronco embrionárias a partir de embriões inviáveis ou a partir da extração de blastômeros sem destruir o embrião. As objeções antecipadas pelo próprio ministro foram superadas por informações prestadas pelos cientistas por e-mail e referências a artigos ainda não publicados. É muito difícil para um agente do campo jurídico avaliar a solidez das evidências e das conclusões apresentadas mas, ao que tudo indica, os dados foram suficientes para que o ministro, na parte dispositiva do voto, concluísse que seriam inconstitucionais quaisquer métodos que implicassem inviabilização do desenvolvimento do embrião.

Interessante que a fragilidade das evidências científicas, no que toca à referência a trabalhos ainda não publicados, foi levantada pela Min. Ellen Gracie, em sede de debates. A ministra pondera que o Min. Menezes Direito (no que foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau) teria desvirtuado a norma do art. 5º da Lei de Biossegurança, tamanhas as condicionantes impostas à autorização para que as pesquisas fossem realizadas:

No mais, Sr. Presidente, faço também um reparo no quanto diz respeito a toda a construção que, de certa maneira, foi acompanhada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau para o estabelecimento dessas condicionantes. Salvo equívoco meu, esta construção vem baseada em informação de um cientista que acredita possível - e terá feito pesquisas nesse sentido -, que se extraíam células sem eliminação do blastocisto. Se não me engano, Ministro Menezes Direito - porque não tive acesso a essa documentação científica -, creio que é um trabalho único e não publicado; portanto, não submetido à comunidade científica internacional. Sabemos que esses trabalhos geralmente exigem uma ampla discussão para que, afinal, possam ser adotados como norma geral e difundidos. (BRASIL, 2008, p. 530).

O Min. Menezes Direito dirige-se à objeção da Min. Ellen Gracie nos seguintes termos:

Todavia, peço licença a Sua Excelência para repelir, de maneira muito enérgica, mas com muito afeto, qualquer afirmação que possa ter levantado dúvida no que concerne à informação científica que trouxe, não apenas dos cientistas com os quais eu tive o privilégio de contactar pessoalmente como, de igual modo, daqueles que, lamentavelmente, só mesmo por via de comunicação eu pude também contactar. Mas, sem dúvida, eu terei enorme prazer em ceder à eminente Ministra Ellen Gracie o meu voto para que Sua Excelência possa constatar que a alternativa que propus não foi uma alternativa que existisse apenas numa perspectiva de probabilidade. Foi uma alternativa que existe em concreto, com pesquisas realizadas, com resultados constatados, se bem que, como todos os resultados de ciência, tenha eu destacado e até mesmo procurado listar os esforços que foram realizados nesta matéria com resultados que se vão

confirmando ao longo do tempo. Mas, sob nenhum aspecto, por isso usei a expressão "repelir energicamente", pude trazer a esta Corte, em respeito até mesmo aos seus Membros, qualquer informação que não estivesse embasada criteriosamente nos dados que obtive. (BRASIL, 2008, p. 535)

Após colocada a questão pelo Min. Menezes Direito, foi bastante simples o procedimento de adesão por parte de outros ministros, como os ministros Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2008, p. 440–441) e Eros Grau (BRASIL, 2008, p. 460), que não sentiram necessidade de apresentar razões para o posicionamento.

O conjunto de evidências analisado revela que os ministros não observam critérios consistentes ao prestar deferência epistêmica a agentes e instituições de outros campos sociais. Nestes casos, não foi possível delinear critérios padronizados que norteassem o reconhecimento de autoridade aos agentes e instituições mencionados na fundamentação das decisões. Tais casos podem ser contrastados com os casos analisados na próxima seção, em que foram referidos agentes e instituições proeminentes nos respectivos campos que habitam.

4.5 Argumentos empíricos e racionalidade jurídica: entre a deferência epistêmica e a apropriação de capital simbólico

A análise dos acórdãos também revelou casos em que os ministros utilizaram argumentos empíricos construídos a partir de informações obtidas mediante recurso a fontes capazes de promover a racionalidade do argumento e, assim, da decisão como um todo.

Foram considerados, neste grupo, casos em que a indicação de fontes ocorreu de forma a observar três requisitos: (i) a referência constante no voto permite que o leitor da decisão acesse, diretamente, o dado citado no voto, caso queira verificar a correspondência entre o dado citado e aquilo que foi afirmado no voto; (ii) a informação utilizada no voto pode, efetivamente, ser extraída a partir de consulta à fonte citada; (iii) a fonte citada justifica-se em razão do capital acumulado pelo agente ou pela instituição no campo científico. Entre as referências que preenchem os requisitos acima indicados, constaram também citações a agentes ou instituições relevantes nos campos científico e burocrático (nesta última categoria, predominaram referências a agências reguladoras ou organismos internacionais).

No RE. 627.189/SP, em que se discutia a constitucionalidade da disciplina legal vigente sobre limitação de campos eletromagnéticos emanados de linhas de transmissão de energia elétrica, o Min. Dias Toffoli argumentou que não haveria evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos acima dos limites estabelecidos provocasse efeitos adversos à saúde. O limite fixado pela OMS, aderindo à proposição do ICNIRP, seria adequado, pois fundado em cuidadosa análise de toda a literatura científica. O ministro subsidiou o argumento com referências a diversas fontes relevantes, citando as diretrizes para a limitação da exposição a campos elétricos e magnéticos produzidas pelo ICNIRP e o modelo de legislação para a proteção contra campos eletromagnéticos, produzido pela OMS. Ao referir o ICNIRP, o Min. Dias Toffoli destacou:

“[E]sse organismo, fundado em 1922 e sediado na Alemanha, denominado de International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection (ICNIRP), é uma organização internacional sem fins lucrativos com objetivos científicos vinculados à avaliação de riscos à saúde no espectro mencionado e suas referências, bem como seus pareceres técnicos, têm sido utilizados por mais de cinquenta países e por empresas multinacionais. A instituição é reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela União Europeia.” (BRASIL, 2016a, p. 31)

Ao tratar, especificamente, da matéria de fundo, o voto faz referências a estudos desenvolvidos pela OMS e às diretrizes do ICNIRP:

Reitero que, pelos estudos desenvolvidos na OMS, organismo das Nações Unidas, não há evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos acima dos limites estabelecidos cause efeitos adversos à saúde, tanto é que a própria Organização Mundial da Saúde, ao elaborar seu modelo de legislação para uma proteção efetiva aos campos eletromagnéticos (Model Legislation for Eletromagnetic Fields Protection, ISBN 92 4 159432 2), expressamente indica a utilização dos limites fixados pela ICNIRP, justificando suas razões no documento. Eis o texto original, para a certeza das coisas, no tocante à conclusão:

“5.1 For the purposes of this Act, the recommendations by the International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection (ICNIRP) with respect to Basic Restrictions and Reference Levels shall be adopted as the relevant EMF Exposure Limits.”

A Organização Mundial de Saúde, portanto, ratifica que as diretrizes internacionais desenvolvidas pela ICNIRP estão baseadas em uma cuidadosa análise de toda a literatura científica e que os limites fixados pela ICNIRP se encontram dentro de margens aceitas como não causadoras de efeitos adversos à saúde e, portanto, dentro de

margens de risco aceitáveis, razoáveis e proporcionais. (BRASIL, 2016a, p. 40).

Neste caso, a deferência epistêmica se dá em favor de organismos internacionais, e não de indivíduos, e parece haver uma preocupação em demonstrar que há, aqui, uma adequada representação do estado da arte do conhecimento científico em torno da questão. Tanto que o ministro refuta argumento em sentido contrário, questionando, inclusive, metodologia de pesquisa noticiada durante a audiência pública:

Com o devido respeito, mesmo a pesquisa realizada no Município de São Paulo a que se referiu o Dr. Sérgio Koifman – representante do Ministério da Saúde durante a audiência pública -, a qual levantou o número de óbitos por leucemia em crianças menores de 15 anos que ocorreram entre os anos de 1992 e 2002 e os comparou com o de crianças que haviam falecido por outras causas de morte, mesmo essa pesquisa não trouxe conclusões que pudessem comprovar o nexo de causalidade entre a exposição aos referidos campos magnéticos e os casos de câncer. Além disso, importa observar que, na realização dessa pesquisa, em meu entender, algumas variáveis não foram consideradas, como o tempo de domicílio nesses locais das crianças que faleceram de leucemia; ausência de detalhamento quanto às causas reais da leucemia constatada nos pacientes falecidos; o tempo médio de exposição dessas crianças a esses e a outros fatores de riscos, tudo a comprometer, de alguma forma, as conclusões da pesquisa. (BRASIL, 2016a, p. 35–36)

Em que pese a impressão do ministro sobre a qualidade das conclusões de uma pesquisa científica sobre correlação entre número de óbitos por leucemia e exposição a campos eletromagnéticos deva ser vista com ressalvas, é razoável que a deferência epistêmica tenha favorecido as conclusões estabelecidas no âmbito do ICNIRP.

O voto do Min. Barroso também prestou deferência epistêmica a organizações nacionais e internacionais, ao afirmar inexistir certeza científica sobre os efeitos nocivos da exposição a campos eletromagnéticos. No caso, a deferência foi em favor IARC, bem como da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL):

6. Em segundo lugar, da audiência pública realizada também se extrai a mesma incerteza quanto aos efeitos carcinogênicos. Foi informado, por exemplo, que a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) classifica os campos eletromagnéticos de baixa frequência no grupo 2B, ou seja, possivelmente cancerígeno para seres humanos. A referida classificação significa que há evidências insuficientes de associação da exposição à doença, e que, portanto, não é possível concluir que a exposição tem efeitos carcinogênicos, assim como

também não há como descartar esta possibilidade com certeza absoluta.

7. Da mesma forma, a ANEEL, atuando como *amicus curiae*, afirmou que “após anos de estudos e pesquisas sobre o tema, não se chegou a nenhuma evidência conclusiva e consistente apta a comprovar a ocorrência de riscos à saúde decorrentes da exposição humana aos campos eletromagnéticos das linhas de transmissão de energia elétrica”.

8. Diante do exposto, percebe-se que há um quadro de incerteza científica quanto aos efeitos da exposição contínua da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre a saúde humana. (BRASIL, 2016a, p. 56).

Após delinear o quadro de incerteza, o ministro passou a tratar, dogmaticamente, do princípio da precaução, referindo que a existência de uma regulamentação estabelecendo limites aos índices de exposição, diante do quadro de incerteza, era a materialização do princípio. Tem-se, portanto, aplicação de elementos jurídico-dogmáticos no caso concreto (o princípio da precaução) com recurso a elementos de informação apresentados por atores externos ao campo jurídico.

Comparando-se a estrutura dos argumentos apresentados pelos ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso com a estrutura dos argumentos apresentados pelos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Maria Weber neste mesmo julgado – RE 627.189/SP (ver seção 4.4) -, é perceptível a diferença na administração da deferência epistêmica aos diversos discursos disponibilizados à corte. Nos votos dos ministros Dias Toffoli e Barroso, há deferência epistêmica a organizações de pesquisa com prestígio junto à comunidade científica (ICNIRP e IARC), bem como à própria ANEEL, ente governamental com atuação, ao menos em tese, pautada por critérios técnicos. Nos votos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber, a deferência epistêmica deu-se em favor do perito atuante junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No julgamento da ADI 4.679/DF (e demais ações julgadas conjuntamente), em que se discutia a constitucionalidade de diversos dispositivos introduzidos pelo novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil (Lei 12.485/2011), houve preponderância de argumentos oriundos do campo das ciências econômicas, especialmente no voto do Min. Luiz Fux. As ações diretas de inconstitucionalidade discutiam diversos aspectos do novo marco legal, como o estabelecimento de cotas para conteúdo nacional e a vedação da propriedade cruzada e verticalização da cadeia de valor do audiovisual.

Em relação às normas que estabeleciam cotas para conteúdo nacional na programação da TV por assinatura, o Min. Luiz Fux ponderou que tais normas estariam justificadas, pois, para além do lastro jurídico-constitucional que albergam os fins almejados pelo legislador, há boas razões econômicas para justificar a medida, que apontam a necessidade de criar condições de competitividade à produção nacional. Então o ministro passa a desenhar os aspectos econômicos do argumento, referindo que as produções estrangeiras desembarcam no território nacional com preços insuperáveis, circunstância atribuível ao modelo de economia de escala em que opera o setor:

Como narrado por vários expositores em audiência pública, a produção audiovisual de diversos países, em especial dos Estados Unidos da América, tem uma escala global de distribuição, o que significa que, ao tomar a decisão de produzir (e de investir na produção), os criadores de conteúdo (e os investidores) têm consciência da dimensão do público que podem atingir e, portanto, da capacidade de diluição dos custos da sua obra a preços acessíveis.

Já indústria audiovisual brasileira, ao contrário, é majoritariamente local, dependendo essencialmente do mercado interno para recuperar o investimento realizado. Esse fato reduz substancialmente a base de diluição de seus custos e, por isso, aumenta o preço médio da unidade comercializada. (BRASIL, 2017b, p. 111–112)

Em razão disso, o voto concluiu que, no cenário anterior ao novo marco regulatório, não havia como afirmar que a cultura nacional e a produção independente tivessem acesso pleno e irrestrito aos meios de comunicação. Indicou evidências para corroborar o argumento, a partir de dados da Agência Nacional de Cinema (ANCINE), apresentados pelo IPEA durante a audiência pública, indicando que somente 1,4% dos filmes exibidos eram nacionais (excluído o Canal Brasil), e 1,2% do tempo total de programação era dedicado à programação nacional.

O argumento pressupõe uma compreensão econômica do funcionamento do setor, que o ministro construiu recorrendo aos dados acima indicados e que foram apresentados à corte durante a audiência pública. Também houve consideração a depoimentos de outros expositores, tais como Gésio Passos⁵⁰, a diversos artigos e

⁵⁰Mestre em Comunicação pela UnB. Jornalista da Empresa Brasil de Comunicação (EBC) e coordenador geral do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Distrito Federal. Pesquisa temas ligados à comunicação pública, políticas de comunicação, história da mídia brasileira, direitos humanos, legislação e ética do jornalismo.

publicações, tais como um estudo feito pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados⁵¹, e a escritos de ciência econômica:

De fato, o mercado de comunicação apresenta uma peculiaridade estrutural que a distância dos mercados de bens materiais, como carros ou aparelhos eletrônicos. É que a comunicação lida essencialmente com informação, bem economicamente qualificado como não rival, assim compreendidos aqueles bens cujo consumo de uns não priva o consumo de outros (ou, mais precisamente, bens cujo custo marginal social do consumo se aproxima de zero. cf. NICHOLSON, Walter; e SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory. Basic Principles and Extensions*. Ohio: Thomson SouthWestern, 2007, p. 221). Em termos práticos, isso significa que os custos majoritários do setor são, fundamentalmente, os custos fixos para produzir, originalmente, o conteúdo audiovisual. Após, com a conclusão da obra artística, é praticamente idêntico o custo de reproduzi-lo para uma única pessoa e o de distribuí-lo para milhões de pessoas. Ao fim e ao cabo, o custo de produção de um programa de TV só é diluído (ou seja, só vale a pena investir neste mercado) se o produto atingir um grande público, caracterizando a economia de escala do setor. (BRASIL, 2017b, p. 110)

Não se ignora que a racionalidade econômica usada para explicar a existência de cotas de conteúdo e de programação seja objeto de fortes debates na literatura especializada. Com efeito, o argumento da “indústria nascente” (infant industry), apesar de deitar raízes historicamente longínquas, remontando ao clássico *Principles of Political Economy* (1848) de John Stuart Mill, tem sido alvo de ferozes ataques por economistas mais modernos (cf., por exemplo, BALDWIN, Robert. “The case against infant industry protection” in *Journal of Political Economy*, nº 75, ano 1969, p. 295-305). Não obstante isso, ainda se pode dizer que há fundamentos economicamente consistentes a justificar o protecionismo temporário (como é o caso analisado nestes autos) de setores produtivos em fase de amadurecimento, como aponta Marc Melitz, professor de economia da Universidade de Harvard (“When and how should infant industries be protected?” in *Journal of International Economics*, nº 66, ano 2005, p. 177-196). (BRASIL, 2017b, p. 113)

Outro argumento no sentido da constitucionalidade da instituição de cotas para conteúdo nacional foi o de que as medidas legislativas questionadas, para além de necessárias e, *prima facie*, adequadas, revelaram-se *efetivamente adequadas* aos fins almejados, qual seja, aumentar a proporção de veiculações mensais de obras brasileiras em canais de televisão e a produção audiovisual nacional, o que, segundo

⁵¹Referido no voto como “PAZ FILHO, José de Sousa; NAZARENO, Cláudio. “Cotas de Programação na Televisão”. Estudo de Julho/2008. Disponível em Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1315/cotas_programacao_pazetali.pdf?sequence=1”

o ministro, é corroborado por evidências empíricas. Segue transcrição do ponto central do argumento:

Na espécie, as cotas de conteúdo nacional consubstanciam, *prima facie*, meio idôneo à promoção da cultura e da identidade nacional ao estimular a indústria audiovisual do país. [...] **Esse raciocínio intuitivo é corroborado por evidências empíricas trazidas ao debate durante a audiência pública realizada perante o STF.**

Segundo a ANCINE, a quantidade de veiculações mensais de obras audiovisuais brasileiras em 15 canais selecionados cresceu quase quatro vezes, comparando-se o primeiro quadrimestre de 2012 (quando as cotas de conteúdo nacional ainda não estavam em pleno vigor) e o último quadrimestre de 2012 (quando a novel disciplina já era inteiramente aplicável a todos os players do setor). Ainda segundo a agência, a quantidade de requisições de Certificados de Registro de Títulos (CRTs) referentes a obras brasileiras não publicitárias aumentou quase três vezes entre o primeiro e o segundo semestre de 2012. Já em agosto de 2013, a ANCINE divulgou, em seu portal na internet, um balanço dos efeitos gerados pela Lei nº 12.485/11 sobre o mercado audiovisual, revelando que a nova regulação triplicou o total de horas de conteúdo brasileiro exibido por mês na TV por assinatura. Por sua vez, a ABPITV relatou ter testemunhado, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.485/11, um crescimento de mais de 60% de produtoras nacionais independentes associadas a seus quadros, cuja magnitude saltou de 175 em dezembro de 2011 para 283 em fevereiro de 2013.

Esses dados revelam, de um lado, que o novo modelo regulatório tem sido eficaz no estímulo à indústria audiovisual brasileira, bem como que, de outro lado, tem favorecido a ampliação e a diversidade do conteúdo oferecido ao assinante de TV paga no Brasil, o que denota a idoneidade da medida à promoção dos fins a que se destina. (BRASIL, 2017b, p. 117–118, sem destaques no original).

O juízo de adequação, na forma como realizado pelo ministro, escapa os limites estritamente normativos e abstratos. Apresenta evidências de que os resultados intentados por uma determinada medida normativa efetivamente vieram ocorrer.

O Min. Luiz Fux concluiu, também, pela constitucionalidade das normas questionadas que estabeleceram restrições à propriedade cruzada e à verticalização da cadeia de valor (concentração dos meios de produção e transmissão) do audiovisual. Segundo o ministro, as medidas normativas tomaram por base um diagnóstico adequadamente elaborado pelo legislador, o qual apontava que a regulação anterior ao novo marco legal promovia a concentração do mercado.

O argumento exige que sejam apresentadas evidências que corroborem o acerto do diagnóstico do legislador, ou seja, que havia, de fato, uma concentração de

mercado na indústria audiovisual. O voto indicou evidências nesse sentido, consistentes em dados apontados pelo IPEA durante as audiências públicas, constando, no voto, o seguinte:

Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas apontam que tanto o diagnóstico quanto o prognóstico do legislador são consistentes. De fato, conforme apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da promulgação da Lei nº 12.485/11, a regulação fragmentada do setor audiovisual brasileiro acabou por estimular tanto uma limitação quanto uma concentração excessiva do mercado de TV por assinatura no Brasil. A limitação ficava evidente quando se comparava a penetração (inferior) do serviço de TV paga no Brasil (12,7%) com a de outros países. Na América Latina, por exemplo, a Argentina (77%), a Colômbia (72%) e o Uruguai (48,6%) estavam em patamares bastante superiores ao brasileiro. Já a concentração excessiva era ilustrada pelo fato de que apenas um grupo econômico (Telmex - controlador das operadoras NET Serviços e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel) detinha, em 2010, 55% do mercado. (BRASIL, 2017b, p. 71–72)

Outro argumento apresentado pelo Min. Fux foi no sentido de ser juridicamente adequada a edição de normas jurídicas que estabelecem restrições à propriedade cruzada e a verticalização da cadeia de valor (produção e transmissão) do audiovisual. Segundo o ministro, não apenas o diagnóstico do legislador (a verticalização da cadeia produtiva do audiovisual produzia efeitos perniciosos), como também o prognóstico se revelou acertado. O prognóstico, ou seja, as medidas pretendidas com o novo marco regulatório, era de que as medidas de restrição à propriedade cruzada e à verticalização da cadeia de valor melhorariam a penetração e a capilaridade do serviço no território nacional. Novamente, o argumento continha afirmação que, para se mostrar verdadeira, exigia a apresentação de evidências, o que foi feito efetivamente pelo ministro.

No caso, o ministro trouxe dados, apresentados pela ANCINE e pela ANATEL, demonstrando os efeitos do novo marco legal sobre o mercado audiovisual:

Já os dados oficiais trazidos aos autos pela ANCINE e pela ANATEL ilustram que o remédio regulatório tem se mostrado, até então, eficaz para reverter a patologia do mercado audiovisual brasileiro. Desde a aprovação da Lei, a Anatel recebeu 50 pedidos de licenciamento de novas estações (prestadores já atuantes no mercado) e 88 novos pedidos de outorga de SEAC (novos prestadores). Isso significa um aumento de quase 70% no número de municípios com TV por assinatura. A ampliação da oferta fica ainda mais evidente quando se revela que, em 2012, o Brasil atingiu o patamar 16 milhões de assinaturas de TV paga, número que representa o dobro daquele observado em 2009. Em 2016, estima-se que o país deva alcançar 30

milhões de assinantes. Também o market share das empresas atuantes no setor começou a apresentar contornos menos concentrados a partir da entrada de novos players, como é o caso da GVT, que de nenhum assinante em setembro de 2011 passou a ter 425.635 assinaturas em dezembro de 2012, e da Oi, que, no mesmo período, apresentou crescimento de 85% na sua base de assinantes. (BRASIL, 2017b, p. 72)

Na ADI 586.224/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei municipal que proibia o uso da queima como método de manejo agrícola (inclusive para colheita da cana), dados empíricos também foram considerados na formação do convencimento sobre a compatibilidade de norma jurídica com o ordenamento constitucional. No caso, o Min. Luiz Fux ponderou ser inconstitucional lei municipal que, a pretexto de promover o interesse local na tutela do meio ambiente, afronta a proporcionalidade, contrariando frontalmente a legislação estadual e federal que estabelece linha de atuação na questão da redução do uso das queimadas no manejo rural e florestal. Entre as razões apresentadas, considerou que esse marco normativo vinha produzindo bons resultados, e que não havia, portanto, razão para que o município editasse lei que não fosse compatível. Como evidências, trouxe dados apresentados pelo Ministério do Meio Ambiente, durante a audiência pública, indicando que, no Estado de São Paulo, em 2006, 34% da cana eram colhidos de maneira crua, ou seja, sem a queima; em 2011, 65% da cana estavam sendo colhidas sem o uso do fogo. Em Paulínia, “73% da cana estavam sendo colhidos com a queima. De 2006 para 2011, esse dado foi para 23,7%”. A redução ocorreu teria ocorrido, justamente, após a instituição do planejamento de eliminação da queima realizado pelo Estado de São Paulo (BRASIL, 2015a, p. 19–20).

Na ADI 5.062/DF, em que se discutia a constitucionalidade do novo marco legal dos direitos autorais no Brasil (Lei 12.853/2013), o Min. Luiz Fux argumentou que o regime de monopólio legal estabelecido em favor do Escritório Central de Arrecadação (ECAD)⁵², e a ausência de regulação estatal no setor, são elementos que, em conjunto, potencializam a ocorrência de abusos econômicos, de modo que o novo marco legal não incorreu em inconstitucionalidade ao suprimir o monopólio. O

⁵²O ECAD é uma entidade privada que tem por objetivo arrecadar a remuneração por direitos autorais em razão de execução de obra musical no Brasil (em estabelecimentos comerciais, como hotéis, academias, bares, e também na televisão, rádio, shows). A entidade é composta por associações de músicos e compositores.

argumento do ministro lança mão de análise econômica confirmada por evidências empíricas.

No plano da teoria econômica, o ministro refere modelos que explicitam os benefícios e os riscos envolvidos na gestão coletiva de direitos autorais (como é o caso do modelo de gestão via ECAD). O voto remete à teoria econômica de Ronald Coase para ponderar sobre “custos de transação”. Pondera, então, que o modelo de gestão coletiva reduz e dilui tais custos, que tendem a ser bastante elevados no mercado de direitos autorais; por outro lado, o modelo implica acúmulo relevante de poder de mercado pelos titulares dos direitos autorais enquanto coletividade, tornando pouco eficiente a alocação de recurso (BRASIL, 2016b, p. 49–50). No plano fático, aponta evidências de que o problema efetivamente se instalou no cenário brasileiro, a partir de relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada no Senado Federal em 2011 e de decisão proferida pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica):

O julgamento do CADE é relevante ao evidenciar, no plano empírico, aquilo que, no plano teórico, já era esperado: apesar de não haver monopólio legal em favor das associações de titulares de direitos autorais, o qual se restringe ao ECAD, a sistemática da gestão coletiva, ao induzir a precificação conjunta das obras, faz florescer significativo poder de mercado, uma vez que as decisões de preço tendem a ser tomadas em acordo entre as associações. (BRASIL, 2016b, p. 57).

Aqui, chama atenção que, entre os expositores ouvidos na audiência pública, houve apenas um economista representante da área acadêmica: Gesner Oliveira, professor do Departamento de Planejamento e Análise Econômica aplicados à Administração da EAESP/FGV⁵³. Não é possível saber se o expositor foi indicado por alguma entidade específica, ou se habilitou-se espontaneamente para participar da audiência pública⁵⁴. O expositor apresentou-se como economista e tratou de um “estudo que foi feito a pedido do ECAD, acerca do sistema da lei antes da alteração

⁵³Gesner Oliveira possui doutorado em economia pela Universidade da Califórnia, e possui vínculo institucional com a Fundação Getúlio Vargas desde 1997 (professor titular), com pesquisa na área de defesa da concorrência e concentração de mercado. Não obstante, teve seu discurso desconsiderado, em favor de outras fontes.

⁵⁴O despacho que admite os expositores não fornece qualquer informação a respeito, podendo ser consultado no documento de nº 67 do acesso às peças eletrônicas do processo, diretamente no site do Supremo Tribunal Federal (<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4490979>).

atual, por uma equipe multidisciplinar com economistas e advogados” (BRASIL, 2014, p. 102–103). Em sua exposição, o economista apontou que: o ECAD cumpre um papel fundamental na redução de custos de transação; a fixação de preços pelo ECAD é uma solução econômica superior a uma livre negociação pelas associações ou à intervenção do Estado; a solução proposta pelo novo marco legal substitui falhas de mercado por falhas mais graves; as evidências apontam para a ausência de abusividade na prática de preços do ECAD. (BRASIL, 2014, p. 103–107)

As conclusões do expositor foram, portanto, desafiadas pelo Min. Luiz Fux, e não foram mencionadas no voto, sequer para fins de refutação. Conforme visto, o Min. Luiz Fux prestou deferência epistêmica à CPI instaurada no Senado Federal e ao CADE. A opção, de certa forma, preserva a retórica do desinteresse na decisão, na medida em que tanto a CPI quanto o CADE são reconhecidos como instâncias de deliberação neutras e imparciais. Por outro lado, a exposição do economista Gesner Oliveira, pautada em estudo feito a pedido do ECAD, que é parte diretamente interessada no resultado do julgamento, poderia dar margem a questionamentos.

Na ADI 3.937/SP, em que se discutia a constitucionalidade de lei paulista que proibia, no território estadual, o uso do amianto (crisotila), o Min. Dias Toffoli alterou entendimento anterior, e concluiu pela constitucionalidade da proibição. Justificou a mudança de posicionamento referindo avanços do saber científico acerca dos riscos inerentes à exposição ao amianto:

Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época, na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador.

Cheguei a essa conclusão após a realização de audiência pública, em 24 de agosto de 2012, convocada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, na qual foram ouvidos representantes de entidades governamentais, de órgãos internacionais e da sociedade civil acerca dos aspectos científicos da matéria-prima e de suas repercussões para o meio ambiente, a saúde pública e a economia.

[...]

Com efeito, a abordagem do tema sob diferentes perspectivas desvelou uma nova ordem de fatores a serem considerados no julgamento deste caso. Dentre eles, sobressai o fato de estarmos diante de um tema de natureza técnico-científica, cuja compreensão e

tratamento jurídico-normativo dependem do estágio do desenvolvimento científico em que se encontre o observador.

No caso, deve-se considerar o avanço do conhecimento científico acerca dos efeitos do amianto à saúde e ao meio ambiente, havendo, quanto a esse aspecto, repita-se, consenso científico dos órgãos de proteção à saúde acerca da natureza altamente cancerígena do referido mineral, o qual aponta para a impossibilidade de seu uso seguro. Conforme assinalou o representante do Ministério da Saúde na audiência pública, todas as modalidades do amianto são classificadas pela Agência Internacional para a Pesquisa sobre o Câncer (IARC), da Organização Mundial da Saúde (OMS), como comprovadamente carcinogênicas para os seres humanos (fl. 9 das transcrições da audiência pública). Também ressaltou-se que, de acordo com a OMS, não há possibilidade de uso seguro da fibra, pois não há níveis de utilização nos quais o risco de câncer esteja ausente, e a única forma eficaz para eliminar as doenças relacionadas com essas fibras minerais é o abandono da utilização de todas as espécies de amianto. (BRASIL, 2017a, p. 168–169, sem destaques no original)

O efeito de neutralização do discurso obtido por meio de recurso a outros campos é evidente. O ministro terceiriza a responsabilidade por suas próprias conclusões, transferindo-a à audiência pública, às falas de representantes de entidades governamentais, de órgãos internacionais e da sociedade civil, e ao avanço do conhecimento científico. No trecho acima transcrito, Toffoli explicita que o tema é de “natureza técnico-científica, cuja compreensão e tratamento jurídico-normativo dependem do estágio do desenvolvimento científico em que se encontre o observador”.

O exame isolado dos casos em que houve referências a agentes e instituições com certo acúmulo de capital científico ou burocrático poderia sugerir que os ministros recorrem a autoridades capazes de suprir déficits epistêmicos em relação a temas técnicos que precisam ser apreciados na decisão dos casos. Todavia, esta hipótese perde força quando são tomados em consideração os casos em que simplesmente não houve indicação de fonte, os casos em que houve uso de fontes irrelevantes, e os casos em que houve desvirtuamento da referência citada. A menos que se admita como hipótese explicativa para todos esses casos que o mau uso das fontes foi fruto de mera falta de aptidão no trato da pesquisa, eles figuram como elementos que desencorajam uma conclusão no sentido de que a preocupação dos ministros era encontrar a informação mais segura possível.

Necessário, então, enveredar para uma segunda hipótese explicativa. Pode-se, então, cogitar que o recurso a agentes ou instituições relevantes nos campos científico e acadêmico, e a certas entidades governamentais, traz implícita a

valorização dos capitais específicos desses campos, e o desejo de tirar proveito deles, mediante apropriação. O que torna os capitais científico, acadêmico e burocrático de especial interesse para o campo jurídico é o poder que eles têm para produzir os efeitos da neutralização e da objetivação de um discurso, especialmente em razão da representações que a sociedade faz de instituições acadêmicas, da comunidade científica, e de entidades governamentais ou internacionais orientadas por uma burocracia estritamente técnica. Por isso, o recurso à referência à OMS, ao ICNIRP, à ANATEL, ao IPEA, à Fundação Oswaldo Cruz, ao engenheiro, ao economista da instituição acadêmica x ou y, servem, de certo modo, à legitimação do argumento, ainda que somente em nível representacional.

Tal hipótese é corroborada, inclusive, pelos casos em que houve problemas na construção de afirmações a partir de elementos de informação colhidos de outros campos sociais. Por um lado, a referência aos campos científico, acadêmico ou burocrático permitiu a mobilização da dimensão simbólica do capital específico correspondente e, assim, a produção do efeito de neutralização e objetivação do discurso jurídico, mesmo nos casos de superestimação da autoridade epistêmica invocada (seção 4.4) e de invocação de fontes desprovidas de relevância epistêmica (seção 4.3). Por outro lado, quando a informação era apresentada por agente de um campo incapaz de prover este efeito, a referência foi omitida, ainda que a informação tenha sido utilizada na estruturação do argumento (seção 4.2).

De igual modo, os casos examinados nesta seção também evidenciam intuito de apropriar, para o discurso jurídico, capital simbólico acumulado por agentes e instituições que atuam em outros campos sociais. A diferença é que, em tais casos, o manejo de fontes de informação oriundas de outros campos sociais se deu em observância a parâmetros que tornaram os argumentos mais racionais.

5 CONCLUSÃO

Após análise dos acórdãos proferidos pelo STF nos casos em que houve convocação de audiências públicas, como se poderia descrever o uso do discurso científico por aquela corte? A partir da pesquisa realizada, foi possível extrair algumas conclusões, ainda que limitadas pela natureza exploratória da análise empreendida.

O primeiro ponto a considerar é que, de fato, a ciência, e tudo que diz com o método científico, parece gozar de um prestígio universal (que, segundo Bourdieu,

decorre do sucesso do campo científico em legitimar-se como uma fonte de saber universal (racional, acessível a todos, que independe da subjetividade). O próprio saber jurídico, compreendido a partir do paradigma dogmático, reivindica o estatuto epistemológico de “ciência do direito”, e os agentes e instituições do campo jurídico obtiveram razoável êxito na acumulação desse capital simbólico, universal. A teoria, ou melhor, a ciência do direito é o grande “reservatório de autoridade” da prática jurídica, alcançando o status de paradigma e cristalizando um *habitus* marcado pela retórica do desinteresse (da neutralidade, da objetividade, enfim, do universal).

Este reservatório, todavia, vem mostrando sinais de esgotamento, conforme demonstrado no primeiro capítulo. A dogmática jurídica não foi capaz de cumprir tudo que prometeu, e há um evidente mal estar instalado no seio do campo jurídico. Com o paradigma em xeque, o campo torna-se, novamente, o palco de uma intensa disputa pelo direito de dizer o direito. No campo acadêmico, observa-se a institucionalização do pensamento sociojurídico, que agora disputa espaço com o pensamento dogmático. No campo judicial, mais sujeito à exposição e às críticas de outros campos, o STF conclama um “giro empírico-pragmático”.

A novidade implicada num pretensão “giro empírico-pragmático” não é o uso de informações não-jurídicas nos julgamentos de casos, pois o déficit epistêmico sempre existiu (juízes sempre dependeram de peritos, ou puderam desincumbir-se da tarefa decisória aplicando regras de distribuição do ônus da prova). A novidade está no grau de importância reconhecida ao problema do déficit epistêmico, certamente atribuível, entre outros fatores, à juridicização da vida, à eclosão da sociedade de massas e ao consequente surgimento de novas técnicas criadas para operar a aplicação do direito. O chamado “giro empírico-pragmático” é o ponto culminante desse processo, em que o campo jurídico passa a reconhecer um caráter legitimador à adequada análise de elementos estranhos ao objeto típico do conhecimento jurídico segundo a dogmática tradicional.

Mas, afinal, como os ministros do STF usam o discurso científico para dizer o direito?

A partir da pesquisa realizada, pode-se afirmar que os ministros usam o discurso científico de modo a tirar proveito da dimensão simbólica do capital específico acumulado pelos agentes e instituições do campo científico. Por um lado, a incorporação do discurso científico emerge como uma nova técnica de reforço da retórica do desinteresse, necessária à preservação da força do direito, e, em tese,

pode contribuir para que se cumpra a promessa funcional de racionalidade que funda o paradigma dogmático; por outro lado, não se pode afirmar que o uso jurídico das ciências, por si só, seja garantia de maior racionalidade, objetividade e controlabilidade na aplicação do direito, conforme indicaram as evidências analisadas.

A primeira constatação foi a ausência de clareza quanto aos critérios de inclusão e exclusão de agentes e instituições para participar nas audiências públicas. Em pé de igualdade, foram ouvidas entidades de diversos setores, instituições e agentes diretamente interessados no resultado da demanda, juristas, cientistas e pesquisadores, representantes da sociedade civil, com e sem representatividade. Haveria outras formas de organizar as audiências públicas, caso se pretendesse, efetivamente, obter informações que refletissem o estado da arte acerca do conhecimento científico sobre uma determinada questão. De qualquer modo, em que pese a falta de clareza e transparência, a referência à “audiência pública” serviu como elemento legitimador de uma decisão, reforçando a retórica do desinteresse.

A segunda constatação partiu da análise de casos em que supostas evidências científicas eram utilizadas pelos ministros na construção da fundamentação de seus votos, porém, sem a clara indicação de fontes. Em alguns casos, a fonte indicada resumia-se à “audiência pública”; noutros casos, era totalmente omitida. A análise permitiu estabelecer que a omissão de fontes e o uso de referências genéricas eram formas de reforçar ou preservar retórica do desinteresse. Uma explicação concorrente sugeria que o problema seria atribuível à falta de familiaridade dos agentes do campo jurídico com o trato da pesquisa científica. Todavia, esta explicação perde força ao se constatar que, em vários casos, quando as fontes não foram indicadas, a omissão serviu à manutenção da retórica do desinteresse (evitando-se a referência a alguma instituição ou agente diretamente interessado no resultado da demanda). Pode-se agregar, ainda, uma questão de senso comum: ministros do Supremo Tribunal possuem razoável familiaridade com a pesquisa acadêmica, em razão de sua proximidade com o campo acadêmico.

A terceira constatação foi de que são frequentes os casos em que as fontes foram corretamente referidas, mas as evidências desvirtuadas. Aparentemente, a menção à fonte importava mais do que o aporte informativo que ela poderia fornecer à estruturação do argumento. Mais uma vez, percebe-se uma tentativa de mobilizar o capital específico acumulado por certos agentes e instituições que habitam o campo científico. Não é possível afirmar se a manobra foi estrategicamente pensada, ou se

é mero fruto da inaptidão para manejo de informações estranhas àquilo que tradicionalmente integra o domínio do saber jurídico. A confirmação de hipótese nesse sentido exigiria uma pesquisa instrumentalizada por outros métodos. De qualquer modo, em todos os casos, de forma deliberada ou não, a estruturação do argumento tirou bom proveito da dimensão simbólica do capital específico acumulado por esses agentes e instituições, que serviu de reforço à retórica do desinteresse.

Constatou-se também que, em diversos casos, uma afirmação apresentada era devidamente acompanhada de referências, mas sem qualquer preocupação com a explicitação de justificativas robustas para a deferência epistêmica em favor do agente ou instituição referidos. Por vezes, a fonte era referida a partir de sua profissão (“a engenheira”, “o médico”, “o pesquisador”), um elemento insuficiente para justificar deferência epistêmica. Por outro lado, os atributos do veículo de publicação da qual a informação foi extraída parecia totalmente desimportante. Os ministros parecem reconhecer autoridade semelhante a dados extraídos de sites de notícias, portais mantidos por associações civis, periódicos acadêmicos, obras doutrinárias, ou mesmo trocas de mensagens pessoais. Uma explicação possível é de que os ministros simplesmente fazem referências a fontes que apresentam informações que suportam suas opiniões pré-concebidas com o objetivo de mobilizar o capital científico que, segundo acreditam, é disponibilizado pela fonte utilizada. Alternativamente, pode-se atribuir o comportamento dos ministros à falta de familiaridade com o manejo de produtos de pesquisa empírica. Os dados não permitem confirmar nem uma nem outra hipótese explicativa, mas autorizam a conclusão de que os parâmetros que juristas utilizam para atribuir autoridade epistêmica a discursos científicos são bem diversos daqueles parâmetros utilizados pelos próprios agentes e instituições do campo científico. Se, conforme visto (seção 3.1), a força do campo científico é tributária de sua dinâmica de funcionamento, então é bastante significativo que esta dinâmica não seja integralmente preservada quando o discurso científico é mobilizado para fundamentar decisões judiciais.

Por fim, os diversos casos em que, efetivamente, houve referências a fontes dotadas de autoridade epistêmica no campo científico, se fossem analisados isoladamente, poderiam sugerir que os ministros efetivamente buscam obter informações fidedignas para formar seu convencimento. Todavia, esta explicação perde força quando são considerados os demais casos. Por outro lado, a análise realizada oferece suporte para sustentar a afirmação de que os usos do discurso

científico se dão de modo a possibilitar o aproveitamento da dimensão simbólica do capital específico acumulado por agentes e instituições do campo científico, mobilizando a força da ciência em favor da retórica do desinteresse.

Esse ganho retórico resultaria da possibilidade de o jurista neutralizar e universalizar seu discurso, transferindo a responsabilidade pela fala não apenas “ao Estado...”, “à Constituição”, “ao interesse público...”, “à ordem pública...”, “à vontade geral...”, mas também “a Ciência...”.

É preciso frisar que a retórica do desinteresse não reduz o interesse pelo desinteresse à mera retórica. Não há, nos agentes que operam essa retórica (os cientistas, os artistas, os juristas) um jogo cínico em busca de poder, e suas ações não devem ser tomadas sob uma ótica estritamente utilitarista (BOURDIEU, 2011, p. 137–156). Se a retórica do desinteresse exerce algum poder, é porque há nela algum reconhecimento. E não há como negar que exerce, pelo menos, um poder tal que move os juristas a postular uma postura desinteressada. E mesmo que se tome a retórica do desinteresse como mera ilusão, é uma ilusão que não é percebida enquanto tal pelos juristas (BOURDIEU, 2011, p. 140–141, 2012b, p. 216). Se os ministros do STF, que estão no centro do campo jurídico brasileiro, buscam reforçar a retórica do desinteresse, é porque o *habitus* jurídico assim o exige. Os juristas percebem como legítima uma postura desinteressada, e, como a legitimidade lhes interessa, o desinteresse lhes interessa também.

A percepção de que há um interesse pelo desinteresse, e que a retórica do desinteresse agora parece exigir uma espécie de carga argumentativa de um tipo diferente, um “giro empírico-pragmático”, traz algumas implicações interessantes, especialmente diante do modo como o discurso científico vem sendo utilizado na fundamentação das decisões do STF.

Primeiro, ganha em importância a consolidação, no campo acadêmico, da pesquisa sociojurídica. As Faculdades de Direito exercem um importante papel na (re)produção do *habitus* jurídico. Com a formação e a inserção, no campo jurídico, de novas gerações de juristas, já mais familiarizados ao modelo de pensamento sociojurídico, é de se esperar que a retórica do desinteresse não se sustente mediante a invocação retórica de um “giro empírico-pragmático”. Os usos do discurso científico na fundamentação das decisões judiciais estarão sujeitos a um escrutínio cada vez mais rigoroso da comunidade jurídica. Neste possível cenário, é pouco provável que

referências a fontes totalmente irrelevantes sob o ponto de vista epistêmico passem “impunes”, como ocorre hoje.

A partir disso, também é possível imaginar que a pesquisa sociojurídica venha a ocupar mais espaço na fundamentação das decisões judiciais. Um “giro empírico-pragmático” capaz de sustentar a retórica do desinteresse exigirá do campo jurídico uma interlocução com o campo científico que permita a tradução dos discursos sem ocorrência de perdas. A pesquisa sociojurídica, hoje, parece mais preparada para exercer este papel.

Também é esperado que haja alguma reação nos campos sociais com os quais o campo jurídico terá que estreitar relações. Não se pode negar que há uma troca envolvida nessa dinâmica: quando agentes e instituições do campo científico são chamados para falar ao campo jurídico, e quando seus discursos são atribuídos como manifestações da verdade, há um reforço à autoridade desses agentes e instituições. É possível imaginar que esse reconhecimento de autoridade passe a ser um vetor de disputas mais intensas, mas é difícil prever os tipos de mobilização de capital que esse intercâmbio entre direito, ciência e academia produzirá. Tudo dependerá de (ao mesmo tempo em que refletirá sobre) a autonomia de cada campo.

Nada do que foi dito aqui implica detrimento à dogmática jurídica. Trata-se, apenas, de reconhecer suas limitações, de salvá-la de si mesma, de preservar sua aptidão funcional. É preciso construir, organizar e estruturar sistematicamente interpretações das normas de direito positivo, e seria bastante positivo que as interpretações do direito vigente viessem a ser mais bem informadas pela compreensão da realidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. *E-book*.

ALMEIDA, Frederico de. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. *In*: ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. p. 124–150. *E-book*.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. *E-book*.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 17, p. 01–19, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. *E-book*.

BALKIN, Jack M. Interdisciplinarity as Colonization. **Washington & Lee Law Review**, v. 53, n. 3, p. 949–970, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, p. 5–37, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 ed. rev. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 a. p. 03–34. *E-book*.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1–42, 2015 b. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

BARROSO, Luis Roberto. Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1, 2015 c. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v225.2001.47562>

BARROSO, Luis Roberto. **Anotações para manifestação oral no HC 152.752**. Brasília: [s. n.], 2018. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 27 dez. 2019.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

E-book.

BLACK, Ryan C. *et al.* The Influence of Public Sentiment on Supreme Court Opinion Clarity. **Law & Society Review**, v. 50, n. 3, p. 703–732, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/lasr.12219>

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. Tradução Denice Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004. *E-book.*

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Tradução Mariza Correa. 11. ed. Campinas/SP: Papirus, 2011. *E-book.*

BOURDIEU, Pierre. A gênese dos conceitos de habitus e de campo. *In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz (português de português)*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012 a. *E-book.*

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. *In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz (português de português)*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012 b. *E-book.*

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Tradução Rosa Freide D'Aguiar. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. *E-book.*

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Tradução Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. 2. ed. Porto Alegre: Zouk, 2017. *E-book.*

BOYD, Christina L.; COLLINS JR., Paul M.; RINGHAND, Lori A. The Role of Nominee Gender and Race at U.S. Supreme Court Confirmation Hearings. **Law & Society Review**, v. 52, n. 4, p. 871–901, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/lasr.12362>

CARMARGO, Margarida Lacombe; BURLAMAQUI, Bernardo Camargo; ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Fatos legislativos, audiência pública e o Supremo Tribunal Federal: o poder da ciência no julgamento do caso da importação de pneus usados. **Direito Público**, v. 15, n. 86, p. 175–197, 2019.

COTTERRELL, Roger. Ehrlich at the Edge of Empire : Centres and Peripheries in Legal Studies. *In: HERTOIGH, Marc (org.). Living Law: reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 75–93. *E-book.* Disponível em: <https://doi.org/10.5040/9781472564603.ch-004>

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. *In: ENGELMANN, Fabiano (org.). Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. p. 58–97. *E-book.*

DAVIS, Kenneth Culp. An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 3, p. 364–425, 1942. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1335092>

DAVIS, Kenneth Culp. Facts in Lawmaking. **Columbia Law Review**, v. 80, n. 5, p. 931, 1980. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1122091>

EHRlich, Eugen. Resposta / Reply. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 817–824, 2019 a. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39507>

EHRlich, Eugen. Tréplica / Second Reply. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 831–833, 2019 b. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39510>

EHRlich, Eugene. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986. *E-book*.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. *E-book*.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. *E-book*.

GRENFELL, Michael. Reflecting in/on field theory in practice. **Tempo Social**, v. 30, n. 2, p. 195–217, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2018.132281>

GROOTELAAR, Hilke A. M.; VAN DEN BOS, Kees. How Litigants in Dutch Courtrooms Come to Trust Judges: The Role of Perceived Procedural Justice, Outcome Favorability, and Other Sociolegal Moderators. **Law & Society Review**, v. 52, n. 1, p. 234–268, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/lasr.12315>

HAACK, Susan. Trials & tribulations: science in the courts. **Daedalus**, v. 132, n. 4, p. 54–63, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1162/001152603771338788>

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira MENDES. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. *E-book*.

HARDWIG, John. Epistemic Dependence. **The Journal of Philosophy**, v. 82, n. 7, p. 335–349, 1985. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2026523>

HERDY, Rachel. Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho. **Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 40, p. 119–146, 2014.

HORTA, Ricardo de Lins; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 2, p. 162–183, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i2.40>

KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. **The Supreme Court**

Review, v. 1960, p. 75–112, 1960. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108687>

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. *E-book*.

KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 775–816, 2019 a. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39506>

KELSEN, Hans. Réplica / Reply. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 825–830, 2019 b. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39508>

KELSEN, Hans. Epílogo / Closing words. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 834–835, 2019 c. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39511>

KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 303–334, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/35106>

KONZEN, Lucas P.; RENNERT, Marjorie C. Em defesa da divisão do trabalho científico: o debate Treves-Bobbio e a institucionalização da sociologia do direito na Itália. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 5, n. 1, p. 42–66, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v5n1.2019.273>

KOVERA, Margaret Bull; MCAULIFF, Bradley D. The effects of peer review and evidence quality on judge evaluations of psychological science: are judges effective gatekeepers? **Journal of Applied Psychology**, v. 85, n. 4, p. 574–586, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/0021-9010.85.4.574>

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 331–372, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56328>

LOPES, José Reinaldo de Lima; FILHO, Roberto Freitas. Law and Society in Brazil at the Crossroads: a review. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 10, n. 1, p. 91–103, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110413-030625>

MADEIRA, Lígia Mori; ENGELMANN, Fabiano. Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. **Sociologias**, v. 15, n. 32, p. 182–209, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222013000100008>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. *E-book*.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista dos Tribunais**, v. 766, p. 11–28, 1999.

MONAHAN, John; WALKER, Laurens. Social Authority: obtaining, evaluating, and establishing social science in law. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 134, n. 3, p. 477–517, 1986. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312111>

MORAN, Rachel F. What Counts As Knowledge? A reflection on race, social science, and the law. **Law & Society Review**, v. 44, n. 3–4, p. 515–552, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2010.00415.x>

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. *E-book*.

SÁ E SILVA, Fabio de. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n. 1, p. 24–53, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v3i1.95>

SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinarity and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientists and social scientists? **Journal of Law and Society**, v. 36, n. 4, p. 431–459, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2009.00478.x>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. *E-book*.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 8, n. 26, p. 15–38, 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. *E-book*.

SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia J. Nonlegal information and the delegalization of law. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. S1, p. 495–515, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/468083>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. *E-book*.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. *E-book*.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

TROPP, Linda R.; SMITH, Amy E.; CROSBY, Faye J. The use of research in the Seattle and Jefferson County desegregation cases: connecting social science and the law. **Analyses of Social Issues and Public Policy**, v. 7, n. 1, p. 93–120, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1530-2415.2007.00149.x>

VAUCHEZ, Antoine. Entre direito e ciências sociais: retorno sobre a história do movimento law and society. *In*: ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. p. 223–240. *E-book*.

VICK, Douglas W. Interdisciplinarity and the discipline of law. **Journal of Law and Society**, v. 31, n. 2, p. 163–193, 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1410523>

YOVEL, Jonathan; MERTZ, Elizabeth. The role of social science in legal decisions. *In*: **The Blackwell Companion to Law and Society**. Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd, 2004. p. 410–431. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9780470693650.ch22>

ACÓRDÃOS E NOTAS TAQUIGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937/SP**. [...] Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. [...]. Requerente: Confederação nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. [...] CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062/DF**. [...] GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO

BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL [...]. Requerente: Associação Brasileira de Música e Artes e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5062ementa.pdf>; Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.923/DF**. [...] NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). [...]. Requerente: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura e UHF – ABTVU. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. [...] LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 28 de maio de 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**. [...] SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. Agravante: União. Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 13 dez 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF**. [...] CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. [...]. Requerente: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de junho de 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. [...]Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF**. [...] ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE [...]. Requerente: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. [...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO [...]. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 27 de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 09 dez 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 586.224/SP**. [...] LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA[...]. Recorrente: Estado de São Paulo e outro. Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 627.189/SP**. [...] Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar

legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. [...]. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo/SA. Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outros. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 09 nov 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Dispõe sobre pesquisas com células-tronco embrionárias., 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60> - Certid% E3o - de audi% EAncia. Acesso em: 14 dez 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Dispõe sobre a proibição do uso de amianto, 2012. a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062/DF. Dispõe sobre novo marco dos direitos autorais no Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscritesAudinciasobreDireitosAutoraisassinado.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE. Dispõe sobre judicialização do direito à saúde, 2009. a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública no Recurso Extraordinário 586.224/SP. Dispõe sobre queimadas em canaviais, 2013. a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasQueimadasCanaviais.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública no Recurso Extraordinário nº 627.189. Dispõe sobre a limitação de campos eletromagnéticos, 2013. b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TrancricaoCampoEletromagnetico.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Notas taquigráficas da audiência pública na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF. Dispõe sobre políticas de ações afirmativas com critérios étnico-raciais para ingresso nas universidades., 2010. a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf. Acesso em: 14 dez. 2019.