

INTRODUÇÃO DIREITO, CIÊNCIA E POLÍTICA

INTRODUCTION LAW, SCIENCE AND POLITICS

Margarida Lacombe Camargo

Professora Doutora da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (Brasil).
E-mail: margaridalacombe@gmail.com

A ABRAFI tem como objetivos realizar atividades culturais e científicas para promover a pesquisa e o ensino em sua área de atuação; produzir e divulgar conhecimento; congrega professores e pesquisadores brasileiros e estrangeiros; promover atividades de formação e de especialização profissional; promover a cooperação e o intercâmbio nacional e internacional entre entidades, professores e pesquisadores; editar, publicar, divulgar ou promover trabalhos e obras. Visando a tais propósitos, foi realizada a IX Jornada da ABRAFI na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 27 e 28 de abril de 2023, em torno do tema “Direito, Ciência e Política”. Além de seis grupos de trabalho e de um painel temático que reuniu professores, professoras, alunos e alunas de pós-graduação provenientes de diversas localidades do país, foram organizadas cinco mesas que contaram com a participação de proeminentes pesquisadores e pesquisadoras do Brasil e do exterior para aprofundar questões relativas a Direito, Ciência e Política, como foi o caso de Raffaele De Giorgi, da Universidade de Salento; Gülriz Uygur, da Universidade de Ankara; Ivan Marques, da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Maria Clara Calheiros, da Universidade do Minho; Rachel Herdy, da Universidade Adolfo Ibáñez e Mortimer Sellers, da Universidade de Baltimore. A coordenação dos debates coube a Juliana Neuenschwander (UFRJ), Lucas Gontijo (PUC-Minas), Margarida Camargo (UFRJ), Pedro Parini (UFPE), Marcelo Galuppo (UFMG) e Rafael Ferreira (PUC-Minas). José Lourenço Torres Neto recebeu o prêmio de melhor tese intitulada “Paradigma da Imparcialidade: um estudo dos modos de operação de ideologias em acórdãos do plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, que contou com a orientação da professora Virgínia Colares, da UNICAP, e teve a oportunidade de apresentar seu trabalho naquele momento.

Diante a importância do tema, a direção da Abrafi, com o apoio da Revista de Direito Brasileira, resolveu trazer a público os textos que serviram de base aos debates, ainda que alguns sigam uma versão mais ensaística. O propósito maior, acreditamos, é que daí possam prosperar outras pesquisas capazes de aprofundar uma análise crítica sobre as relações entre Direito, Ciência e Política na contemporaneidade.

As abordagens concentraram-se mais no diálogo entre Direito e Ciência, ocupando a política uma posição mais de transversalidade. Uma equação que se formou de maneira espontânea, talvez pelo fato do tema Direito e Ciência provocar abordagens especialmente desafiadoras em um mundo impregnado de “novas tecnologias” com força suficiente para alterar a base solipsista da modernidade e permitir a afluência de novas subjetividades. A escalada do conhecimento especializado, por sua vez, acaba também por invadir os tribunais, mostrando os limites do direito para a tomada de decisões que cada vez mais aumentam o seu alcance político.

Mas, antes de prosseguir em um sentido mais crítico sobre o conjunto das teses apresentadas pelos conferencistas e pelas conferencistas, trago uma breve síntese de cada uma das apresentações, para melhor situar o leitor ou a leitora desta introdução.

Raffale De Giorgi proferiu a palestra de abertura com uma abordagem filosófica bastante abrangente. Com base na teoria dos sistemas, mostrou a relação complexa existente entre direito, ciência e política como unidade de diferenças no tempo histórico. Refere-se ao presente como momento de ação, criação e compreensão do não saber como construção do futuro, posto que “a filosofia é o presente formulado em conceitos”. Nas suas palavras, “o direito, a ciência e a política operam no presente através da representação de si mesmos no presente, [sendo que] esse *si* é o que eles mesmos constroem e tratam como realidade”.

Ivan Marques tem formação em engenharia eletrônica e ciência da computação e desenvolve seus trabalhos na área dos estudos sociais das ciências e das tecnologias. A partir de uma perspectiva crítica dos Estudos CTS (*Science and Thchnology Studies*), provoca a hegemonia da ciência moderna face aos estratos subalternizados de países colonizados. Na linha de Latour, desafia as grandes dicotomias (em especial a separação entre sociedade e natureza), que servem mais para esconder transações em fluxo de coletivos de coisas e pessoas ocultados pelo manto da razão universal, em lugar de dar visibilidade à complexa rede de criação daquilo que se possa considerar verdadeiro.

Gülriz Yugur, a partir de experiência recente do terremoto que aniquilou milhares de vidas na Turquia, nos fez pensar sobre o sofrimento decorrente da vulnerabilidade da vida, como condição humana, a desigualdade estrutural e a responsabilidade do Estado, principalmente em governos ditatoriais.

Maria Clara e Rachel Herdy concentraram suas falas na questão das provas periciais que ocupa o direito processual contemporâneo. Enquanto Maria Clara critica o apoio exagerado dos juízes no testemunho de especialistas a ponto de acabarem por substituí-los, Rachel, do campo epistemológico, apela para a ampla deferência dos julgadores aos especialistas quando a decisão judicial depender do conhecimento sobre matéria de fato.

Ao fim, Mortimer Sellers ofereceu uma síntese axiológica entre Filosofia, Ciência, Política e Religião, como áreas de conhecimento que de diferentes formas se ocupam da verdade. Uma verdade que só faz sentido, diz ele, se atuar em benefício da vida humana digna.

Dessa forma, os trabalhos mostraram que o tema do Direito e da Ciência pode ser abordado de diferentes maneiras: o direito *como* ciência (Mortimer Sellers); o direito *na* ciência (Raffaele De Giorgi); o direito “*contra*” a ciência (Ivan Marques); o direito *e* ciência (Maria Clara Calheiros e Rachel Herdy).

Como sabido, um aspecto determinante do direito moderno é o seu vínculo filosófico e cognitivo com a ciência. O direito *como* ciência considera a norma jurídica seu objeto de conhecimento, cujo conteúdo pode ser extraído de conceitos previamente estabelecidos. O cientista do direito é aquele que conhece bem os conceitos que compõem a chamada dogmática jurídica, a ponto de poder indicar, de forma objetiva e clara, os fatos sociais identificados como jurídicos e aos quais pode ser atribuída uma sanção. Uma realidade, portanto, controlada pelo conhecimento.

O conhecimento, na Modernidade¹, separa coisas e fenômenos em sistemas ou conjunto de elementos organizados em torno de princípios comuns que lhes conferem sentido. A razão humana consegue, assim, agrupar e classificar objetos e eventos de forma lógica, e, assim, criar conceitos que conferem existência ao que chamamos de mundo. Um mundo formal e abstrato, porque indicado por nomes (conceitos) ao alcance do conhecimento humano e que servem à criação, manutenção e reprodução de entes estabelecidos como reais, ou a comporem o que entendemos como realidade.

¹ Este é o único momento do texto que a palavra Modernidade é escrita com letra maiúscula em atenção a um novo tipo de pensar e de agir. Uma forma de se controlar o mundo por meios de conceitos e instituições. Na sequência, a grafia se altera, com o propósito de minimizarmos as relações entre conhecimento e poder.

O direito moderno, sobre o qual falamos, não foge à regra. Kelsen, uma das principais figuras da filosofia do direito moderno, distingue o direito como sistema específico, de forma magistral. A partir do conceito de Constituição, vista como fato histórico e que traz em si a ideia de soberania, distribui-se o poder em instituições e se organiza a sociedade com leis que estabelecem direitos e obrigações. É o Estado de Direito. Assim, o fundamento de validade do direito está no próprio direito que, por sua vez, legitima o uso da força. Mas não falta quem divirja do tipo de abordagem feita por Kelsen e busque na justiça, ou na moral, o fundamento de validade do direito e também para o sistema político. A vida política, organizada em torno de regras que legitimam a ação decisória, em lugar de se submeter ao pragmatismo, poderá buscar fundamento também na moral, ou melhor, naquilo que é justo, na medida em que o poder do Estado afeta a vida e a liberdade das pessoas.

Vemos, dessa maneira, e a exemplo do que faz Mortimer Sellers, como é possível considerar o **direito como ciência** a partir da noção de sistema, e ainda buscar o fundamento de validade do direito na moral, tal como ocorre, segundo ele, com a política. Ainda que o autor diferencie o direito (*como* ciência) da filosofia, da política e da religião, estabelece uma unidade de sentido em torno de um objetivo comum, qual seja, a justiça, pelo caminho do conhecimento ou da verdade.

Em síntese, diz o autor:

Law, science, and politics belong together because they are three attributes of the same reality. Science begins in the accurate knowledge of reality. Since both law and politics seek (or claim to seek) justice, the science of law and the science of politics must always recur to the science of justice itself. This study of justice begins with the substantive question which form of society will best achieve worthwhile and fulfilling lives for all.

Na sequência dos trabalhos, ouvimos a voz sensível e indignada de Gülriz Yugur, sob os efeitos da então recente destruição e mortes causadas pelo terremoto que aconteceu na Turquia, quando o direito sucumbiu diante da fragilidade das instituições. A autora reclamava da ausência de responsabilidade do Estado diante da vulnerabilidade da condição humana. De um lado, a ignorância deliberada do governo turco ao não levar em consideração o que os geólogos haviam previsto: um comportamento típico de governos totalitários; de outro, a vulnerabilidade humana não alcançável pelo direito. A morte das pessoas e a destruição dos edifícios onde, por exemplo, tramitava a justiça, fez com que ela, na prática, deixasse de existir, mostrando também como a vulnerabilidade da vida e o sofrimento das pessoas escapam do alcance do direito. Em casos como estes, perguntava, como a lei responde à responsabilidade do Estado? Devido à dependência que a vida em sociedade tem das instituições, quando estas são literalmente destruídas, só resta a resiliência da solidariedade humana. Mas isso talvez não tenha sido o principal na fala de Gülriz. Ela também mostrou como a desigualdade estrutural criada pelo Estado moderno, que ainda experienciamos, sobrevive à sua concreta destruição. Não apenas pelo fato de grupos de risco terem mais dificuldade para sobreviver aos escombros de um terremoto, como aconteceu na Turquia, como também pelas dificuldades de se reclamar por proteção do Estado, uma vez retomada a vida normal.

Retomando a questão do direito e da ciência, podemos dizer que o **direito** pode ser visto também **na ciência**, recorrendo-se à matriz sistêmica e à semântica da modernidade, ainda que com críticas pelos limites em que esta visão opera. É o que faz Rafaella De Giorgi quando, em linhas gerais, nos diz que:

O que fica de fora, o que continua a ser inacessível à nossa reflexão é o fato de o direito, a ciência e a política esconderem a forma como geram a determinação das suas respectivas fronteiras, a determinação dos limites que são ao mesmo tempo

o que os une e o que os diferencia e, desta maneira, escondem a forma como através da seletividade das estruturas dos seus sistemas se produz aquilo que utilizam como realidade.²

Lançando seu olhar para a “unidade das diferenças”, o autor mostra que os sistemas sociais constroem, na complexidade do presente, o que usam como realidade. A unidade das diferenças entre direito, ciência e política é construída pela ação que constitui o presente, diz ele. E a partir das escolhas, que incluem e excluem ao mesmo tempo, como aberturas e fechamentos, “construímos o mundo que queremos indicar através da diferença; o mundo que queremos observar e descrever.”

Em certo compasso com a hermenêutica filosófica, Raffaella De Giorgi diz que “com esse mundo, nós construímos a nós mesmos como parte do mundo que construímos” *no presente*. Mas não recorre à fusão de horizontes (presente e futuro unidos em tradição) como faz Gadamer quando considera a presença do *ser-aí* como unidade cíclica e constitutiva do *ser* que se projeta no seu acontecer do mundo que interpreta. Honrando a filosofia moderna formulada em sistemas e semântica própria, De Giorgi afirma que o direito, a ciência e a política, como unidade de diferenças, operam no presente através da *representação* de si mesmos, e esse *si* é o que constroem e tratam como realidade.

Apelando para a força legitimadora da razão iluminista, De Giorgi considera o presente como o tempo da razão capaz de revitalizar-se e produzir sentido sob novas condições: “O presente é o lugar em que, de tempos em tempos a seletividade dos sistemas sociais individuais coloca em prática os pressupostos dessa razão”. Razão absoluta e transcendental que, em termos kantianos (faculdade cognitiva *a priori*), é característica da natureza humana. O presente aparece como o tempo em que a razão se transforma, preservando-se nas premissas de sua racionalidade. Premissas que servem “como referências estáveis de seletividade dos sistemas sociais [...]”. A razão visa, assim, à sua autoconservação e se manifesta como presente contínuo ou lugar da duração. Mas, pela capacidade que tem de estabelecer diferenças, destrói e faz continuar o mundo que permanentemente constrói. E, assim, o autor nos mostra a complexidade do direito e da política como unidade de diferenças típicas da modernidade.

Na sequência dos debates, uma crítica mais contundente, do **direito contra a ciência**, aparece na fala de Ivan Marques, quando ele questiona os limites e a hegemonia da ciência moderna nas sociedades colonizadas, que chama de “subalternos da modernidade”. Mas vale destacar, desde logo, que Ivan não se antepõe à utilidade do conhecimento científico. Apenas critica a visão linear e os processos de purificação que caracterizam o conhecimento do mundo moderno, tal como faz Latour ao estudar a produção científica nos laboratórios, comparando-os aos tribunais. Latour questiona as bases assimétricas da ciência moderna, assentadas que estão na clássica dicotomia sociedade/natureza, sugerindo que o conhecimento encontra-se no meio, de onde é possível enxergar o fluxo em rede de coletivos heterogêneos de coisas e pessoas que permeiam os dois ambientes: o das coisas em si e o dos homens entre si. Uma antropologia simétrica, nos moldes de Latour, mostra que a tão almejada objetividade dos modernos, e aqui falamos do Direito, é questionável. Em lugar de uma verdade construída em laboratório, com a clareza do método e a purificação dos fatos, é da “justaposição provisionalmente estável de elementos heterogêneos” que se trata.

Tal como as oficinas que elaboram textos jurídicos ou os laboratórios que elaboram textos científicos, Ivan fala do curso sinuoso da prática que cria, constrói, inventa e descobre entes. A título de exemplo que traz, o mesmo ocorre tanto com o DNA quanto com a imigração; com o elétron ou a democracia. Entidades científicas ou jurídicas reconhecidas a partir de semelhanças e diferenças estabelecem classificações e hierarquias com o objetivo de criar uma realidade ou um mundo para chamar de seu.

² Este excerto, bem como os demais utilizados nesta introdução, encontram-se nos textos publicados na sequência.

Algo semelhante ao processo laboratorial de isolamento/criação de um novo ente ocorre nos tribunais quando uma sentença é produzida. Os juízes apresentam um enquadramento legal para determinado fato provado em juízo e, a partir daí, por operação lógico-dedutiva constroem narrativas capazes de justificar a aplicação da lei no caso concreto. Dessa forma, direciona-se o interlocutor para um “não lugar” onde paira a vontade da lei ou a vontade do legislador traduzida no texto objeto de conhecimento, da qual o juiz é apenas um intérprete. Lembremo-nos aqui da célebre declaração de Montesquieu: “o juiz é a boca da lei”. Em lugar, portanto, de um discurso linear, no processo judicial (laboratório) o relato de testemunhas, bem como os depoimentos e documentos de toda espécie trazem, como diz Ivan, as marcas de outras instituições. E, assim, decisões tomadas fora do laboratório geram um fluxo de produção que aparece como decisiva no processo de criação do direito.

Tal como ocorre com as chamadas ciências duras, em que o cientista tem “confiança de que ali está a molécula isolada quando ele cria/inventa/observa/faz acontecer um conjunto exclusivo de inscrições (ou performances no laboratório)”, como ressalta Ivan, também no direito configura-se uma justaposição provisional de fundamentos heterogêneos. A atividade dos juízes, por sua vez, transborda para fora do laboratório, buscando ampliar sua rede de aliados e tornar robustas as comparações e combinações que faz, agregando-lhe confiança, produzindo novas inscrições para vencer as provas de força. Atravessa, dessa forma, as fronteiras entre os mundos das “coisas em si” e os mundos do poder, dos “homens em si”, produzindo híbridos ou monstros que distorcem a visão hegemônica, da filosofia moderna, que divide natureza e sociedade. “Aos olhos modernos, os híbridos são o horror que deve ser evitado a qualquer custo através de uma purificação incessantes e maníaca”, assenta Latour no livro *Jamais Fomos Modernos*.³

A ideia não é a de se estabelecer um contraponto à ciência e abrir caminho para o negacionismo, ignorando os benefícios das novas tecnologias para o bem-estar. Cuida-se de uma crítica teórica e política, emancipatória. E, assim, Ivan propõe ressituar a modernidade, isto é, a chamada “razão iluminista ocidental”, como construção ontológica-epistemológica euro-americana moderna de etos imperial e colonizador, mediante um processo de *acompanhamento reverso* capaz de “revelar preconceitos e valores que incidem no processo de criação/invenção/observação/descoberta/feitura dos objetos das ciências e das objetividades dos direitos, depois apagados quando as proposições à montante se estabilizaram e se instalaram no mundo como objetos das ciências ou objetividades dos direitos.”

No curso dos trabalhos, a vez foi da dogmática jurídica. Estudos sobre **direito e ciência** costumam se circunscrever ao direito processual civil e ao direito processual penal, onde a questão das provas é candente. Costuma-se dizer que a verdade do direito é a que está nos autos. De fato, um dos fundamentos do direito moderno está no princípio do devido processo legal e todo cuidado é pouco para que inocentes não sejam penalizados. Daí serem as provas processuais elementos indispensáveis para se apurar quem fez o que, onde, quando, como e por quê. O juiz tem que saber o que aconteceu para fazer justiça.

Apurar, portanto, os fatos ocorridos é o que, basicamente, o direito processual civil e penal têm como objetivo, garantindo sempre o contraditório e a ampla defesa. Em respeito a tais fundamentos, o juiz tem a obrigação de tomar como base apenas as provas que pela via legal chegam ao processo. Mas as exigências estabelecidas em lei não consistem no único limite para que o juiz conheça a verdade pois, não raramente, ele se vê diante da necessidade de pedir auxílio a especialistas em outras áreas para saber o que aconteceu: os peritos. De uma forma ou de outra, é das provas que a filosofia do direito se ocupa quando o problema é o da verdade processual.

Nesse ponto do debate é onde se instalam as preocupações de Rachel Herdy e Maria Clara Calheiros. Questionam os limites da deferência dos juízes em matéria de prova pericial. Rachel mostra-se cética sobre a possibilidade de os juízes avaliarem racionalmente a informação recebida

³ LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos*. São Paulo: Editora 34, 2019, p. 139.

dos especialistas e aposta, francamente, na inclinação que devem manter diante do perito, cujas credenciais são conhecidas a priori. Nesse sentido, a autoridade do perito, como razão de segunda ordem, é que acaba por prevalecer. “La deferencia a razones de autoridad no solo es racional, sino que constituye un fenómeno característico de la justificación judicial” anota Rachel.⁴

De fato, ainda que direito e ciência se situem em âmbitos distintos, do ser e do dever ser, o direito moderno também se reconhece como ciência. O juiz, como qualquer cientista, parte de princípios gerais para identificar a existência de alguma coisa e, daí, o trânsito fácil entre direito e ciência. Logo, o conhecimento de que o especialista dispõe não raramente acaba por servir de justificativa nos tribunais. Podemos dizer que o juiz pega emprestada a autoridade que o especialista possui. Rachel, citando Allen, lembra que deferir “significa adoptar el punto de vista de otra persona como correcto, pero no porque se entiende y se está de acuerdo, sino porque se delega esa decisión en otra persona.”. E com base nos poucos estudos a respeito da capacidade cognitiva de jurados (*fact finders*) para avaliar o que dizem especialistas, como é o caso do trabalho de Saks, M. e Spellman B., *The Psychological Foundations of Evidence Law*, Rachel acredita que o mesmo ocorra com os juízes. Não defende um nível radical de deferência, já que indicadores periféricos sobre a autoridade epistêmica dos especialistas podem garantir a capacidade crítica dos *fact finders*. O ponto é que, na linha de Joseph Raz, o elemento autoritativo é o que acaba por prevalecer também na epistemologia jurídica.

[...] la actitud de deferencia (crítica) que se propõe es característica de la justificación judicial y, por lo tanto, coherente con las aspiraciones centrales de nuestros sistemas jurídicos. La deferencia a los expertos no difiere del tipo de deferencia que ocurre cuando los jueces deciden aplicar una regla o precedente contrario a sus creencias morales o políticas. [...].
Los argumentos de autoridad y la consecuente deferencia del juez son fenómenos que invaden los tribunales [...].

A seu turno, mas não sem antes lembrar que a secularização e a racionalização se encontram associadas ao sistema de dominação do mundo moderno e contemporâneo, Maria Clara Calheiros critica o nível exagerado de deferência na prática dos tribunais. Primeiro, porque a sentença pode acabar sendo “expropriada” pelo perito, dada a crença quase inabalável dos juristas no saber científico, em prejuízo da experiência e do conhecimento do julgador. Segundo, porque a certeza científica não é fácil de ser confirmada. “Ao contrário do que muitos juristas parecem estar convencidos, as ciências têm de lidar cotidianamente com o dilema de incerteza do conhecimento”, e o desafio é encontrar ferramentas para que os tribunais possam aferir a veracidade de uma teoria científica.

O problema nos parece estar na crença excessiva nas virtudes da ciência para se construir uma decisão racional e, portanto, justa. Uma decisão segura, objetiva e clara, nos moldes da ciência moderna, capaz de impedir o arbítrio e garantir a tão almejada segurança jurídica. É nisso que se acredita. Uma decisão baseada na interpretação correta dos fatos, oferecida por especialistas, somada à aparentemente simples subsunção lógica às premissas gerais disponibilizadas pelo legislador parece serem suficientes para garantir a tão almejada imparcialidade do juiz que, por sua vez, exime-se de maior responsabilidade para julgar. Como escreve Maria Clara, recorrendo à peça *A Vida de Galileu*, de Bertold Brecht, “a ciência se alia à técnica para ‘aliviar o peso da existência humana’”. Uma ideia muito semelhante ao pragmatismo de William James, quando fala que a religião é útil porque nos permite tirar “férias morais”: “...conforta e permite o descanso, ou pelo

⁴ Os argumentos apresentados pela professora Rachel Herdy na IX Jornada da Abrafi encontram-se em texto publicado na revista *Discussiones*, n. 24, 1-2020, pp.87 a 112, sob o título “Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia um modelo crítico para la valoración de la prueba pericial.”.

menos nos dá certeza de que as coisas podem ir bem, independentemente do nosso controle.”⁵ E, assim, sintetiza Maria Clara: a ciência goza do prestígio da neutralidade que alivia em grande medida o esforço do juiz e, por isso, a prova pericial mostrar-se tão atrativa.

No mesmo sentido Michele Taruffò, um dos processualistas mais prestigiados ainda na atualidade, mostra que um modelo racionalista de decisão judicial é aquele que permite conhecer os critérios e os motivos da decisão, de forma a que ela se torne sindicável.⁶ E, nada mais condizente com isso, do que a prova pericial.

Mas, vale dizer, as provas em juízo não servem apenas à adjudicação do direto quando existem partes diretamente envolvidas. Conhecimento sobre matéria de fato também é importante na jurisdição constitucional, quando cabe verificar a compatibilidade entre a lei infraconstitucional e a Constituição. O pressuposto fático da norma impugnada como inconstitucional deve guardar correspondência com o que a norma constitucional, ainda que implicitamente, proíbe, obriga ou permite. Para isso, é preciso conhecer tanto o que a lei regula, quanto o âmbito da norma constitucional, se quisermos trazer a expressão cunhada por Friedrich Müller, para nos referirmos à sua dimensão fática. Não à toa, a doutrina norte-americana estabelece uma distinção entre fatos adjudicativos e fatos legislativos. Como o próprio nome sugere, os primeiros servem à apuração de quem fez o que, onde, quando, como e por que, e os segundos, ao conhecimento da realidade sobre a qual a norma incide. Assim, podemos dizer que os “fatos legislativos” se voltam para o futuro, enquanto os “fatos adjudicativos”, ao passado. O conhecimento sobre os fatos permite ao legislador e ao julgador, em termos de precedente judicial, extrair hipóteses possíveis de se concretizarem. tem como referência a finalidade do conhecimento sobre matéria de fato, mas para efeitos legislativos.

Portanto, os juízes devem se valer do que a ciência consegue provar. Por exemplo, é importante saber o grau de letalidade do amianto, para se saber se a constituição permite ou proíbe o seu uso. É preciso saber se o feto anencéfalo tem condições de sobreviver, e de que maneira, para se saber se a Constituição proíbe ou não a interrupção da gravidez nesses casos. É preciso saber se existe um meio menos gravoso de avançar nas pesquisas para a cura de doenças neurodegenerativas do que o recurso a células tronco embrionárias, para saber se a Constituição proíbe ou permite a destruição de embriões necessária a tal finalidade. Robert Alexy, na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, explica o contramajoritarismo próprio das cortes constitucionais a partir dos limites de ação do legislador, tomando por base o que chama de *discrecionalidade empírica*. Para isso, traz como exemplo o julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito dos produtos provenientes da Cannabis Sativa (BVerfGE 90), de 1994. Diante da incerteza científica sobre os efeitos decorrentes do uso da substância e seus derivados estaria o legislador autorizado a decidir livremente sobre a sua autorização. Mas, no caso de fatos cientificamente comprovados, possível seria saber se a Constituição proíbe ou não o uso da substância e derivados.

Now one could take the view that the Court should only permit interference if the truth of those empirical assumptions on which suitability, necessity, and the extent of the danger depend is established. But the Court proceeds differently. It does not establish the truth or falsity of the legislature’s empirical premises, but their uncertainty: “Scientifically based knowledge, which necessarily points to the correctness of one or the other strategies, is not available.” The Court nonetheless permits the interference with the constitutional right. This is the result of giving the legislature discretion with respect to the knowledge of relevant facts, in other words an empirical epistemic discretion, and locating the legislature’s empirical assumptions underlying the ban of cannabis within this discretion.⁷

⁵ William James. *Pragmatismo e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Lidador, 1967, p.25.

⁶ *Consideraciones sobre prueba y motivación*, in “Consideraciones sobre la prueba judicial”. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 22-23, *apud* Maria Clara.

⁷ <https://doi.org/10.1093/icon/mou051>, p.520.

Voltamos, assim, a lidar com o problema dos limites do conhecimento disponível. E, tratando-se de matéria normativa, que implica na garantia/restrrição da liberdade, a adequação e a necessidade de medidas tomadas pelo legislador têm que ser rigorosamente apuradas.

Conclui-se, portanto, que o problema da apuração de matéria de fato não é exclusividade do direito processual civil e penal. A dogmática do processo constitucional também deve se ocupar do tema, dado que o recurso ao testemunho de especialistas é muitas vezes necessário para que juízes de cortes constitucionais possam avaliar as consequências e os riscos da medida legal questionada *vis a vis* os direitos fundamentais.

Não obstante, o poder da ciência em sociedades cada vez mais dominadas pela técnica, pelo conhecimento especializado e pela rapidez na circulação da informação, legitima cada vez mais as ações do Estado, em especial nas cortes constitucionais. No Brasil, por exemplo, por ocasião da pandemia da Covid 19, o Supremo Tribunal Federal determinou que a responsabilidade do agente público fica condicionada a “erro grosseiro”, ou seja, quando uma determinada medida implique na violação de direitos por inobservância de normas e critérios científicos. O Tribunal Constitucional brasileiro também chancela decisões de agências reguladoras, desautorizando, não raramente, disposições congressuais, como no caso das substâncias anorexígenas para o combate à obesidade e a chamada pílula do câncer, autorizada por lei a despeito de registro na área técnica. Isso, para não falar das patentes, dos laudos antropológicos que definem terras indígenas e quilombolas, e dos estudos sociológicos que provam discriminação de minorias. Trata-se, portanto, de aspectos ainda pouco explorados e que merecem atenção, não tendo sido outro o motivo que levou a IX Jornada da Abrafi, em 2023, a ter como tema de discussão as relações entre “Direito, Ciência e Política”.

Lisboa, outubro de 2023.