

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O PAPEL DO CONHECIMENTO ESPECIALIZADO NA DEFINIÇÃO DO
PRESSUPOSTO FÁTICO NORMATIVO DA CONDUTA ILÍCITA**

LUCAS TEIXEIRA REIS BARBOSA

**Rio de Janeiro
2022**

LUCAS TEIXEIRA REIS BARBOSA

**O PAPEL DO CONHECIMENTO ESPECIALIZADO NA DEFINIÇÃO DO
PRESSUPOSTO FÁTICO NORMATIVO DA CONDUTA ILÍCITA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Margarida M. Lacombe Camargo**.

**Rio de Janeiro
2022**

CIP - Catalogação na Publicação

B238p Barbosa, Lucas Teixeira Reis O papel do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático normativo da conduta ilícita / Lucas Teixeira Reis Barbosa. -- Rio de Janeiro, 2022.
34 f.

Orientadora: Margarida Maria Lacombe Camargo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito e Ciência. 2. Ilicitude. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Camargo, Margarida Maria Lacombe, orient. II. Título.

LUCAS TEIXEIRA REIS BARBOSA

**O PAPEL DO CONHECIMENTO ESPECIALIZADO NA DEFINIÇÃO DO
PRESSUPOSTO FÁTICO NORMATIVO DA CONDUTA ILÍCITA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Margarida M. Lacombe Camargo**.

Data da Aprovação: 15 / 07 / 2022.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Margarida Lacombe Camargo
Orientadora

Prof.^o Dr.^o Mario Cesar da Silva Andrade
Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, campus Governador Valadares.

Dr.^a Daniele Martins dos Santos
Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia – HCTE da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

**Rio de Janeiro
2022**

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais, Patrícia Teixeira Reis Barbosa e Rodrigo Barbosa, pela afetuosa educação que me deram e pelos sacrifícios pessoais que fizeram para viabilizar a minha formação.

Ao meu amor, Gabriela Magalhães Teixeira, por todos os momentos que dividimos, pela parceria valiosa que temos e pelo tempo que compartilhamos.

Ao meu irmão, Victor Teixeira Reis Barbosa, indispensável companhia.

Aos meus demais familiares, em especial, Darck Souza, Tânia Albuquerque e Valdete Moreira e Wagner Costa, pelo apoio.

À minha Defensora Pública, Dr.^a Gislaine Kepe, pelas lições diárias na zelosa defesa dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Margarida Lacombe, pela paciência, pelo cuidado e por seu comprometimento com a educação pública e com a pesquisa.

À minha melhor amiga de sempre, Isis Vinha Carvalho, com quem sempre pude contar.

Aos meus amigos Amanda Colares, Ana Braga, Antara Morri, Bernardo Burlamaqui, Caio Lopes, Carlos Ribeiro, Daniel Pontes, Frederico Auad, Gabriel Batista, Gabriela Vimercati, Giovanni Puperi, Isabela Coimbra, Julia Abadia, Lucas Justino, Magu Soeiro, Mari Fontoura, Milena Abreu, Patrick Scalco, Thales Lopes, Thamires Chaves, Tiago Ludugério, Tuani de Oliveira, Vitor Laprovita, Yasmin Wong, Yoseph Pardiniho e tantos outros que me acompanharam nestes anos de graduação.

Aos colegas do Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, pela permanente defesa da educação pública, gratuita e de qualidade e da autonomia universitária; e do Observatório da Justiça Brasileira, pelos proveitosos diálogos.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso se propõe a exemplificar uma das interfaces identificadas entre o Direito e Ciência nos tribunais, que se dá quando as normas jurídicas dependem, para a definição do que é lícito ou ilícito, da expertise de especialistas. Tem como objetivo verificar em que medida o direito busca o apoio no conhecimento especializado para que o(a) julgador(a) possa identificar a prescrição legal. A metodologia adotada foi a análise qualitativa de julgados do Supremo Tribunal Federal, em especial, a Pet. 9.695/DF e a ADIn 6421/DF. Trata-se de trabalho de natureza teórica, para o qual esses casos foram tomados como exemplo, a fim de extrair algumas hipóteses, tais como: i) a ciência ocupa relevante papel na definição da conduta ilícita, tanto para justificar a adjudicação do direito ao caso concreto, como para justificação externa da norma; ii) a definição da conduta ilícita, com apoio no conhecimento especializado, pode gerar problemas com relação à segurança jurídica, já que não se pode antever, facilmente, o que dizem os especialistas e iii) a de critérios para a admissão de material técnico-científico em juízo é essencial para que, em um cenário de dissenso sobre o que dizem os especialistas, seja possível optar pelas informações que melhor atendam aos princípios científicos válidos.

Palavras-Chaves: Direito e Ciência. Ilicitude. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This final paper proposes to exemplify one of the identified interfaces between Law and Science in the courts, which occurs when legal norms depend, for the definition of what is illegal, on the expertise of specialists. It aims to verify to what extent the law seeks support in specialized knowledge so that the judge can identify the legal prescription. The methodology adopted was the qualitative analysis of judgments of the Supremo Tribunal Federal (Federal Supreme Court), in particular, Pet. 9.695/DF and ADIn 6421/DF. It is a work of a theoretical nature, for which these cases were taken as an example, in order to extract some hypotheses, such as: i) science plays an important role in the definition of illicit conduct, both to justify the adjudication of the law to concrete case, as for external justification of the norm itself; ii) the definition of illicit conduct, supported by specialized knowledge, can generate problems with regard to legal certainty, since it is not possible to easily predict what the experts say and iii) the criteria for the admission of scientific and technical material in court is essential so that, in a scenario of disagreement about what experts say, it is possible to choose the information that best meets valid scientific principles.

Keywords: Law and Science. Illegality. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – O PAPEL DO CONHECIMENTO ESPECIALIZADO NA DEFINIÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA	11
1.1 O conhecimento especializado no Supremo Tribunal Federal.....	12
1.2 O conhecimento especializado na argumentação jurídica.....	14
1.3 O problema da segurança jurídica.....	16
CAPÍTULO 2 – O CONHECIMENTO ESPECIALIZADO E O ILÍCITO NA PRÁTICA DO STF: ANÁLISE QUALITATIVA DA PETIÇÃO Nº 9.695/DF	19
2.1 Breve descrição da Petição nº 9.695/DF.....	19
2.2 Análise jurídico-dogmática da imputação.....	20
2.3 A apropriação da “ciência” pela estratégia jurídico-política	22
CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DO CONSENSO CIENTÍFICO.....	25
3.1 O problema do consenso científico: a ciência pronta e a ciência em construção.....	25
3.2 O problema do consenso na atuação do Supremo Tribunal Federal e a escolha de entidades avalizadas	27
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

As interlocuções entre o direito e a ciência têm se tornado cada vez mais densas. Segundo Sheila Jasanoff¹, não apenas há cada vez mais especialistas participando de procedimentos legais, a fim de fornecer evidências científicas para a adjudicação do direito, como nos testes de DNA, para ficar em um exemplo mais óbvio; como também diversas instituições centrais da modernidade, como as responsáveis por assistência médica, proteção ao meio ambiente, seguros, educação, segurança, mercados financeiros, propriedade intelectual e a justiça criminal, dependem da colaboração perene e intensa entre instituições legais - que promovem a sua regulamentação e respectiva aplicação, por exemplo - e as instituições de ciência e tecnologia - que fornecem os dados que podem subsidiar a formulação, a aplicação e a justificação dessas normas regulamentadoras.

Para além desse âmbito de adjudicação do direito e do direito regulatório, o direito e a ciência também mantém interlocução profícua nos tribunais na construção de decisões que possuem caráter normativo, que ocorrem com maior frequência na jurisdição constitucional. No Supremo Tribunal Federal, os diálogos entre esses dois campos – direito e ciência - foram extremamente recorrentes durante a fase mais mortal da pandemia da Covid-19, ocasião em que o tribunal esteve no centro do debate público proferindo decisões com caráter normativo a respeito de políticas públicas como o Plano Nacional de Imunizações do Sistema Único de Saúde, dentre outras. Em diversas ocasiões, o tribunal constitucional se valeu do conhecimento especializado na construção das suas decisões.

Duas ações que tramitaram no tribunal constitucional nesse período chamam-nos atenção, por serem ilustrativas dessa interação entre o direito e a ciência. A primeira delas, a ADIn 6421/DF, ação de controle concentrado de constitucionalidade onde se discutia os limites da atuação do gestor público durante a pandemia, foi fixado que em decisões tomadas pelos gestores públicos relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem ser observados *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, sob pena de ilicitude da decisão do gestor público. De acordo com esse *leading case*, o conhecimento especializado é quem vai ditar quais decisões são lícitas ou ilícitas aos gestores públicos nessas temáticas. A segunda,

¹ JASANOFF, Sheila. Making Order: Law and Science in Action, in: HACKETT et al. (eds.). Handbook of Science and Technology Studies, 3ª ed. Cambridge: MIT Press, 2007.

Pet. nº 9.695/DF, consiste em notícia-crime proposta em desfavor do Presidente da República por ter promovido atos de aglomeração de pessoas em descumprimento de medidas sanitárias restritivas impostas pelo Governo do Distrito Federal visando a contenção da pandemia da Covid-19. Com tal conduta, a autoridade infringiu o Art. 268 do Código Penal brasileiro. No entanto, durante a tramitação do caso, em decorrência de uma manifestação do Ministério Público Federal em que se questionava a efetividade da medida restritiva imposta (uso de máscaras) para os fins a que se destinava (conter a pandemia), a definição sobre a ilicitude do ato praticado pela autoridade saiu do campo estritamente dogmático e adentrou ao campo científico, não para fins de verificar as condições para a adjudicação do direito, mas para infirmar o próprio pressuposto de fato da norma penal mencionada. Essas ações, que vamos explorar neste trabalho, revelam o papel do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita tanto no âmbito do direito penal (Pet. nº 9.695/DF) quanto administrativo (ADIn nº 6421/DF).

Neste trabalho, de natureza teórica, os dois casos foram tomados como exemplo, a fim de extrair algumas hipóteses. Partimos, inicialmente da hipótese de que a ciência ocupa um relevante papel na definição da conduta ilícita, tanto para justificar a incidência da norma, ou seja, a adjudicação do direito ao caso concreto, como para que possamos identificar a prescrição legal. Vejamos, para isso, que a partir da ADIn nº 6421/DF é considerada eivada de erro grosseiro toda decisão do gestor público que inobserve *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Portanto, ilícita toda decisão do gestor público que desconsidere as orientações do conhecimento especializado. Observemos, no entanto, que não se pode antever, facilmente, o que dizem os especialistas detentores desse conhecimento. Daí decorre a segunda hipótese extraída dos casos, de que a definição da conduta ilícita com apoio no conhecimento especializado, pode gerar problemas com relação à segurança jurídica. Se para definir qual conduta é lícita e qual conduta é ilícita é preciso conhecer o que dizem os especialistas e as posições desses detentores de conhecimento especializado não são previamente conhecidas a todo tempo, o jurisdicionado pode ter dificuldades para antever o que a norma lhe faculta, obriga ou proíbe, prejudicando a segurança jurídica. Por fim, a terceira hipótese aventada a partir dos casos é de que é essencial a fixação de critérios para a admissão de material técnico-científico em juízo. Isso porque a ciência não é um corpo homogêneo e estático, assim são necessários critérios para a seleção desse material para que, em um cenário de dissenso dos especialistas sobre alguma matéria, seja possível optar pelas informações que melhor atendam

aos princípios científicos válidos.

Ao longo do primeiro capítulo, abordaremos o papel do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita, em termos de teoria geral do direito, e, ao final, levantaremos a questão referente à segurança jurídica que se coloca. No segundo capítulo, trabalharemos tanto o uso do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita quanto o problema da segurança jurídica mencionado no parágrafo anterior a partir da análise qualitativa da Petição nº 9.695/DF, que, como já dito, consiste em notícia crime. Para tanto, será promovida análise jurídico-dogmática da imputação realizada, problematizando, ao final a apropriação dos argumentos técnico-científicos pela estratégia jurídico-política. Por fim, trataremos da dificuldade decorrente da inexistência de consenso científico sobre as matérias tratadas nas cortes constitucionais, a partir da literatura de Bruno Latour e dos Estudos Sociais das Ciências e das Técnicas (Estudos CTS) e da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, que consiste em deferência, mediante a escolha de entidades abalizadas para certos temas, a fim de que suas posições sejam seguidas na jurisprudência do tribunal, em uma forma de transferência da autoridade do tribunal para essas entidades.

CAPÍTULO 1 – O PAPEL DO CONHECIMENTO ESPECIALIZADO NA DEFINIÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA

1.1 O conhecimento especializado no Supremo Tribunal Federal

A partir da decretação do estado de calamidade pública em razão da pandemia da COVID-19, no dia 20 de março de 2020, pelo Decreto Legislativo n.º 6/2020, o Supremo Tribunal Federal foi instado a participar ainda mais ativamente das políticas públicas, em especial daquelas voltadas à contenção da pandemia e às necessidades do estado de emergência, muito embora sua atuação não tenha se restringido a esse escopo.

O Tribunal, que já vinha ocupando a centralidade do debate público há algum tempo², passou a interferir ainda mais sobre matérias de direitos sociais, tal como a saúde pública e os direitos trabalhistas, além de matérias da pauta ambiental, decidindo as principais matérias da ordem do dia do país, tais como a condução do plano nacional de imunizações (ADPF 754 e 756/DF), a vacinação compulsória contra a COVID-19 (ADI 6586 e 6587), a possibilidade de acordos individuais para redução de salário e suspensão de contrato de trabalho sem participação de sindicatos (ADI 6363) e o funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (ADPF 708), por exemplo. Além do evidente papel de proeminência da suprema corte, o aspecto prospectivo e normativo das decisões da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade nos serviu de justificativa para limitar o escopo do trabalho às suas decisões.

Dentre as diversas decisões do tribunal constitucional, destaca-se, para efeitos dessa pesquisa, a ADI 6.421/DF, que teve por objeto a Medida Provisória (MPV) nº 966/2020. Essa MPV tratou do regime de responsabilidade dos agentes públicos nas ações tomadas para o enfrentamento da pandemia da COVID-19, limitando a responsabilização dos agentes públicos às hipóteses de dolo e erro grosseiro, reproduzindo, portanto, preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657/1942 – que trata tão somente da responsabilidade pessoal dos agentes públicos e restringe a responsabilização de nível pessoal, que pode atingir até mesmo o patrimônio do agente, a essas hipóteses.

² KAUFMANN, R. O papel do processo do mensalão na história do Supremo. ConJur. 22 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-22/observatorio-constitucional-papel-mensalao-historia-supremo>>. Acesso em 5 de junho de 2022.

A Constituição Federal prevê regime de responsabilização objetiva pelos danos causados pela administração pública, enquanto a referida medida provisória promoveu alteração nesse regime de responsabilização, que foi considerada como uma responsabilização subjetiva mitigada³. Isso levantou questionamentos a respeito da inconstitucionalidade do ato normativo e o partido político Rede Sustentabilidade acionou o Supremo Tribunal Federal em ação de controle concentrado de constitucionalidade visando a declaração de nulidade do ato normativo por inconstitucionalidade.

Além disso, de acordo com o partido político, o conceito de “erro grosseiro” envolve alta carga de valoração normativa, o que poderia dificultar a auditoria dos atos praticados pelos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, representando enorme ofensa ao princípio republicano. No julgamento da Medida Cautelar da referida ADI 6421, manteve-se a limitação da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos referente aos atos relacionados à pandemia de COVID-19 às hipóteses de dolo e erro grosseiro e dolo, conforme previu a MPV. Entretanto, muito embora a decisão tenha mantido regime de responsabilização mais brando do que o estabelecido pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal consignou, expressamente, que, em decisões relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem ser observados *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, sob pena de ser considerada uma decisão maculada por erro grosseiro. Isto é, para obedecer o comando normativo que veda a tomada de decisões evitadas de erro grosseiro, é preciso conhecer a orientação da comunidade técnico-científica.

No julgamento, a Suprema Corte fixou as seguintes teses:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) *de normas e critérios científicos e técnicos*; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) *das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas*; e (ii) da observância dos

³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; DE SOUZA, Iara Antunes; DE SÁ, Maria de Fátima Freire. Razões técnicas para a inconstitucionalidade da MP 966/2020. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/opiniao-inconstitucionalidade-mp-9662020>> Acesso em 26 de junho de 2022.

princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos⁴.

Uma das hipóteses de atuação ilícita do agente público, notadamente o erro grosseiro, tem como elemento para a sua caracterização a inobservância dos parâmetros que emanam do conhecimento científico e técnico. São ilícitas as decisões dos agentes públicos que as desconsiderem, nesse escopo, assim como o são aquelas que desconsiderem os princípios da precaução e da prevenção, que são princípios jurídicos que medeiam a relação entre a tomada de decisões pelo administrador público à possibilidade de associar essas mesmas decisões a eventos danosos futuros, sejam eles incertos (princípio da precaução) ou certos/antecipáveis (princípio da prevenção)⁵.

Assim, o conhecimento especializado não só está colocado em posição de centralidade no Supremo Tribunal Federal como, inclusive, vem servindo para fins de determinação sobre a licitude da conduta de agentes públicos, como baliza para a definição de hipóteses de atuação ilícita desses agentes. Vale dizer que consideramos como conhecimento especializado o conhecimento científico e o técnico. Os detentores de conhecimento científico são os cientistas, compreendidos como aqueles que dominam os métodos científico apropriados, cujos experimentos passaram pelo teste da falseabilidade e cujas credencias são reconhecidas pelos pares. O conhecimento técnico, à sua vez, corresponde ao conhecimento adquirido pela experiência não sistematizada⁶.

1.2 O conhecimento especializado na argumentação jurídica

A utilização do conhecimento especializado para a definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita pode ser analisada sob o prisma da justificação interna e justificação externa da argumentação jurídica.

⁴BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF. Referendo em Medida Cautelar. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

⁵ ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. Princípio da prevenção e princípio da precaução. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/356/edicao-1/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao>

⁶ CAMARGO, Bernardo Burlamaqui. As relações entre direito e ciência e o perfil das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Monografia de conclusão de curso - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 15-16. 2019

Na justificação interna, a norma jurídica aplicável ao caso decorre da subsunção da da premissa menor - um dado empírico – à premissa maior - uma regra legal, atingindo uma conclusão dali logicamente decorrente. Trata-se, portanto, de verificar, mediante prova, se os fatos correspondem à hipótese normativa. A justificação interna é relevante para legitimar a aplicação da sanção ou da força coercitiva do Estado, a partir da adjudicação do direito ao caso concreto, justificando a incidência da norma. Isso ocorre, por exemplo, no procedimento administrativo demarcatório de terras indígenas, em que o cientista (antropólogo), com base em estudos científicos (estudo antropológico de identificação) concorre para a elaboração do ato administrativo complexo de demarcação de terras indígenas. Ainda, nos diversos tipos de prova pericial previstos tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal, em que são manejados argumentos técnico-científicos para provar fatos que podem gerar repercussão jurídica. Nesse sentido, as conclusões do campo técnico-científico concorrem para a justificação da aplicação da norma ao demonstrar fatos e as suas relações de causa e efeito que legitimam a aplicação da norma ao caso concreto.

Na justificação externa, o conhecimento especializado é relevante para garantir a observância das razões subjacentes à norma, ocasião em que se vai justificar a constitucionalidade da norma e confirmar a validade da hipótese normativa – premissa maior do silogismo lógico-dedutivo. Assim, o conhecimento especializado não apenas ajuda a provar que algo de fato aconteceu, a justificar a aplicação da norma no caso concreto, como ajuda a provar que a existência da própria norma encontra justificativa na Constituição. É na justificação externa que o conhecimento especializado contribui para fins da definição da hipótese fático-normativa, isto é, a conduta prescrita pela norma. Daí se pode dizer que o conhecimento especializado ocupa relevante papel argumentativo – justificação - para a definição da conduta ilícita, tanto hipotética quanto concretamente.

A Petição nº 9.695/DF muito embora se insira no campo do direito penal, traz semelhanças ao caso que acabamos de analisar, mais afeto ao Direito Administrativo, na medida em que também traz uma situação em que é necessário recorrer ao conhecimento técnico-científico para conhecer a hipótese fático-normativa. A existência de casos em ramos diversos do direito indica-nos que a utilização do conhecimento especializado para a definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita não está vinculada à esse ou àquele âmbito do direito, mas à própria teoria geral do direito. Pelo fato de a notícia crime

ensejar dúvidas a respeito do pressuposto de fato da norma jurídica necessário para o conhecimento da conduta ilícita, a questão da segurança jurídica se apresenta.

1.3 O problema da segurança jurídica

A preservação da segurança jurídica é um dos principais pilares do Estado (Democrático) de Direito, em que se exige respeito e observância às regras vigentes, que devem ser previsíveis para serem seguidas tanto pelo jurisdicionado quanto pelo Poder Público. Quando não se sabe, de antemão, o que a norma faculta, obriga ou proíbe, a segurança jurídica fica ameaçada. No caso da Petição nº 9.695/DF, como se verá detalhadamente adiante, o Ministério Público se dirigiu ao STF manifestando-se no sentido de que não havia previsão legal incriminadora para os fatos noticiados (a promoção de atos com aglomeração de pessoas - muitas delas sem máscaras - pelo Presidente da República, durante a proibição instituída pelo Governo do Distrito Federal que visava conter a pandemia da Covid-19), exigindo manifestação da comunidade técnico-científica para dizer se a proibição evocada – a do Art. 268 do Código Penal - guardava relação com os fatos. Ou seja, para que se configurasse o crime mencionado, o Ministério Público entendeu que seria necessária prévia manifestação da comunidade técnico-científica no sentido de que a exigência do uso de máscaras em ambientes públicos com muitas pessoas promove a contenção da pandemia, demonstrando uma relação de causa e efeito necessária para a identificação da obrigação jurídica.

Logo, para a definição da conduta ilícita dos agentes públicos, a observância do conhecimento especializado passou a ser elemento indispensável. Afinal, para se conhecer qual conduta é lícita ou ilícita, foi preciso conhecer princípios de natureza científica. Caso o conhecimento especializado comprovasse que o uso de máscaras era necessário à contenção da pandemia, a exigência legal se justificaria e a conduta do acusado poderia ser apurada em conformidade ou desconformidade com a lei. Fato é que, dessa maneira, não se saberia de antemão se a conduta era lícita ou ilícita. O dispositivo de lei seria apenas indicativo de algo que apenas a comunidade científica poderia dizer, a posteriori, como no caso.

Após a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no sentido de ser necessária manifestação da comunidade técnico-científica sobre a eficácia do uso de máscaras, pesquisadores da saúde coletiva filiados à Associação Brasileira de Saúde Coletiva

(ABRASCO), assinaram uma carta aberta direcionada à Ministra-Relatora. A carta, assinada por oitenta epidemiologistas, afirmava "existirem evidências científicas suficientes que justifiquem a recomendação das máscaras"⁷. A ABRASCO também reagiu à afirmação do MPF de que os estudos que existiam em torno da eficácia da máscara de proteção eram somente observacionais e epidemiológicos⁸ e a conclusão de que “não há, nem haverá pesquisa com alta precisão científica acerca do assunto”⁹.

Ao analisar, em caráter inicial, a manifestação do Ministério Público Federal, a Ministra-Relatora entendeu que essa revelava dubiedades que deveriam ser esclarecidas. Dubiedades a respeito de aspectos jurídicos e de aspectos científicos. A primeira dubiedade elencada pela Ministra-Relatora, no campo dogmático-jurídico, é a premissa de que para a consumação do crime “faz-se necessário, por força do princípio da fragmentariedade, que se crie, de fato, situação de perigo para a saúde pública”¹⁰. A segunda, também destacada na oportunidade em que a Relatora devolveu os autos ao MPF, está no campo científico. Abriu-se vista, portanto, ao MPF, para que mostrasse não haver base científica suficiente para concluir-se sobre a razoabilidade da medida, ainda que não tenha sido desta maneira, exatamente, que a Ministra colocou a questão. Nas suas palavras, “pertinente que a Procuradoria-Geral da República melhor esclareça o embasamento de sua conclusão no sentido do questionável ‘grau de confiabilidade em torno do nível de efetividade da medida de proteção’”¹¹.

Nesse âmbito, é importante notar que os conhecimentos científico e técnico não são sempre previamente conhecidos por parte da população, de modo que as(os) jurisdicionadas(os) poderiam ter dificuldades para conhecer qual era a orientação a ser seguida. A par disso, mesmo para quem tinha acesso ao conhecimento disponível, a ausência de consenso entre os especialistas dificultava a obtenção de um pensamento conclusivo. Isto só ocorreria, com certa facilidade, caso houvesse amplo consenso científico¹² sobre a

⁷ ABRASCO. Carta Aberta de Epidemiologistas Brasileiros à Exma. Sra. Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/Carta-Aberta-de-Epidemiologistas-Brasileiros-a-Exma.-Sra.-Ministra-Rosa-Weber-4.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 9.695, Brasília, DF, 27 de maio de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6186816>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

¹¹ Ibid.

¹² STF precisa definir melhor o que entende por “consenso científico”. Revista Questão de Ciência. Disponível em: <<https://www.revistaquestaoeciencia.com.br/artigo/2020/05/30/stf-precisa-definir-melhor-o-que-entende-por-consenso-cientifico>>. Acesso em: 08 de março de 2021.

temática, capaz de estabilizar a controvérsia e gerar uma orientação clara sobre a conduta adequada.

Desse modo, a utilização do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita gerou problemas de segurança jurídica, tanto em razão do desconhecimento, pelas(os) jurisdicionadas(os), do comando normativo, que dependia de manifestação prévia da comunidade técnico-científica, quanto em razão da inexistência de consenso científico ou ampla estabilização das controvérsias em todas as temáticas submetidas ao crivo dessa comunidade.

CAPÍTULO 2 – O CONHECIMENTO ESPECIALIZADO E O ILÍCITO NA PRÁTICA DO STF: ANÁLISE QUALITATIVA DA PETIÇÃO Nº 9.695/DF

2.1 Breve descrição da Petição nº 9.695/DF

A Petição nº 9.695/DF consiste em Notícia Crime oferecida pelo Partido dos Trabalhadores em desfavor do Presidente da República. De acordo com a referida petição, redigida após a realização série de atos públicos promovidos pelo Presidente da República, essa autoridade teria cometido crime ao encorajar a população a desrespeitar as recomendações e as medidas restritivas adotadas pelo Poder Público para conter o avanço da pandemia da COVID-19, promovendo e participando, sem o uso de máscara de proteção facial, de atos públicos com aglomeração de pessoas. O partido afirmou que a autoridade infringiu o art. 268 do Código Penal Brasileiro, norma incriminadora assim redigida:

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro¹³.

Recebida a petição no Supremo Tribunal Federal, a ministra relatora Rosa Weber determinou o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da República, para formação do *opinio delicti*, isto é, para verificar se ocorreu ou não um fato que merece ser denunciado. O Ministério Público, discordando da narrativa do partido que apresentou a notícia crime, opinou pela improcedência do pedido e negativa de seguimento, afirmando que a ação do Presidente da República era penalmente atípica. Para tanto, mobilizou os seguintes argumentos: (i) o mero descumprimento de medidas preventivas não se amolda ao tipo penal do art. 268 do CP, devendo-se aferir, concretamente, a lesividade do comportamento e (ii) o tipo penal exige caracterização concreta da situação de perigo gerada pela ação alegadamente criminosa. Na visão do órgão ministerial, não existe unanimidade científica sobre a eficácia do uso de máscaras como medida de contenção da pandemia da Covid-19 de modo que não estaria demonstrada a relação de causa e efeito necessária para justificar a norma restritiva e

¹³ BRASIL. Código Penal Brasileiro - Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

as ações provocariam reduzido risco de propagação do vírus porque os eventos noticiados foram ao ar livre.

A definição sobre a licitude da conduta do Presidente da República, então, sai do campo estritamente dogmático e adentra ao campo científico, em que pese o fato de a Relatora reconhecer que os atores do sistema de justiça penal - em especial, nesse caso, a magistratura e os membros Ministério Público - encarregados de interpretar e aplicar a lei, não podem auditar a conveniência das medidas de proteção estabelecidas em lei no sentido amplo, por um motivo simples: “eles não detêm conhecimento técnico para tanto; falta-lhes formação nas ciências voltadas a pesquisas médicas e sanitárias”¹⁴.

Como já se adiantou, há nos autos manifestação da comunidade técnico-científica sobre a eficácia do uso de máscaras, oriunda da ABRASCO, onde oitenta epidemiologistas atestam a existência de fartas evidências científicas que justificam a medida restritiva adotada pela autoridade competente, no caso, o Governo do Distrito Federal, rechaçando a afirmação do Ministério Público Federal de que não haveria pesquisas precisas o suficiente sobre o assunto.

2.2 Análise jurídico-dogmática da imputação

Interessa-nos entender a atuação do Ministério Público Federal na Petição nº 9.695/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, a fim de analisar o julgado, em que a presença dos argumentos científicos concorre para a validação do pressuposto fático da norma, como indicativo da conduta ilícita.

O art. 268, como indica a doutrina majoritária, é uma norma penal em branco, complementada por determinações dos agentes públicos com atribuição para tanto. A classificação doutrinária desse tipo penal afirma que se trata de crime comum, de mera conduta, de forma livre, de perigo abstrato, comissivo, a princípio; instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente¹⁵. Segundo Juarez Cirino¹⁶, os tipos de perigo distinguem-se em dois: tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato. Naqueles, exige-se “a efetiva produção de

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal (Vol. 4). São Paulo: Saraiva, 2012. 6ª Ed. Capítulo XLIX.

¹⁶ CIRINO, Juarez. Direito Penal: Parte geral. Curitiba: ICPC, 2014. 6ª Edição. Capítulo 7.

perigo para o objeto de proteção”¹⁷; nesses, presume-se “o perigo para o objeto de proteção - ou seja, independem da produção real de perigo para o bem jurídico protegido”¹⁸.

Tradicionalmente, o tipo do Art. 268 do CP é considerado crime de perigo abstrato, consumando-se com a mera desobediência da determinação da autoridade sanitária. Segundo a doutrina de Bitencourt,

Consuma-se o crime com a simples desobediência a determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. Tratando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária para sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa.¹⁹.

É desnecessária, portanto, para fins de satisfazer a tipicidade objetiva, a criação de risco concreto ao bem jurídico protegido; no caso, a saúde pública. Em decorrência do tipo legal ser considerado de perigo abstrato, a sua consumação se dá com a mera conduta de desobedecer a determinação legal emanada da autoridade competente para instituir a medida restritiva que visa impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa.

Por essa razão, os argumentos pretensamente de base científica evocados pelo Ministério Público Federal são absolutamente imprestáveis para fins de adjudicação do direito, mas servem para fins de questionamento da justificação da norma penal, o que se traduz no âmbito do direito penal pelo princípio da lesividade e insignificância. Assim, mesmo se tratando de crime de perigo abstrato, é preciso aferir se a ação é apta a produzir, ainda que potencialmente, um resultado ofensivo à saúde pública. Nas palavras de Bitencourt,

será necessário demonstrar a idoneidade do comportamento infrator para produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico saúde pública, visto sob a perspectiva genérica, caso contrário, a conduta será atípica, pela sua insignificância²⁰.

Ao entender, portanto, necessária a criação, de fato, de perigo para a saúde pública, na verdade, o Ministério Público opta por abordar a razoabilidade da medida, isto é, a justificação externa da norma. É preciso restar demonstrada a relação de causa e efeito que

¹⁷ Ibid. p. 134.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BITENCOURT, C. R. Op cit.

²⁰ Ibid.

prova a existência de um dano para a saúde; no caso, se o não uso de máscara provoca difusão da Covid-19, a ponto de justificar a existência da norma. O Art. 268 do CP traz um tipo penal de perigo abstrato. Assim, não estamos tratando de resultados da conduta, para fins de aplicação concreta da norma, mas da justificação da própria premissa normativa.

O Ministério Público Federal, ao impor-se o ônus de se aventurar em discussão de natureza técnica e científica, cuja solução é complexa e demanda *expertise* na matéria - saber se o uso de máscara é meio eficaz de contenção da pandemia – não visa à avaliação sobre a existência de um resultado danoso da conduta, já que o perigo é presumido, mas verificar os efeitos efetivamente provados pela ciência, de forma a justificar a existência do preceito normativo. Aqui, vale perceber como a apreciação da validade da lei é transferida para o campo científico.

2.3 A apropriação da “ciência” pela estratégia jurídico-política

Vimos, a partir de Bitencourt, a necessidade de “demonstrar a idoneidade do comportamento infrator para produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico”²¹ a fim de atender ao princípio da lesividade, afastando a insignificância. Cenário diferente, no entanto, é o que ocorreu na notícia crime em análise. A argumentação sobre a ausência de evidências que apontassem a utilidade do uso de máscaras, conforme se manifestou a Procuradoria-Geral da República, sequer existiria caso a manifestação majoritária das organizações e entidades científicas, nacionais e internacionais fosse seguida.

Isto porque, ao que tudo indica, conforme a carta aberta da ABRASCO, citada anteriormente, há amplo consenso científico sobre a matéria, materializado em mais de noventa publicações que recomendavam o uso das máscaras como medida para impedir a propagação da COVID-19:

Uma revisão de estudos publicados e com avaliação de pares identificou 93 estudos, dos quais 90 recomendavam uso de máscaras e apenas três posicionavam-se contra (5). Esses artigos fundamentavam seu posicionamento contrário alegando a inexistência de estudos experimentais, o que representa enorme equívoco, contestado pela esmagadora maioria (90 a 3) de conclusões favoráveis ao uso de máscaras.²²

²¹ Ibid.

²² ABRASCO. Op. Cit.

É possível que a Procuradoria-Geral da República, valendo-se da falta de critérios para a admissão de argumentos técnico-científicos em juízo, tenha optado por manifestar-se no sentido contrário à ampla maioria da comunidade científica, afirmando não haver consenso científico para deixar de denunciar o Presidente da República, como parece ser recorrente²³. Se fosse diferente, a Procuradoria-Geral da República poderia ter se retratado da manifestação anterior, oferecendo a denúncia, após ter acesso à manifestação da ABRASCO, que infirma os argumentos utilizados pelo órgão quando opinou pela negativa de seguimento da notícia crime.

Nesse contexto, previamente conhecer quais são os princípios científicos aplicáveis para admissão de argumentos e material técnico-científico em juízo é essencial. Para além desse contexto, pensando em situações em que possa existir razoável dissenso – manifestado em divergências formuladas de acordo com o método científico no âmbito da academia, por exemplo – sobre as conclusões científicas a respeito de certa temática, também se torna essencial conhecer os princípios científicos aplicáveis a fim de selecionar qual das posições divergentes será adotada pelo tribunal, que, ao escolher, emprestará a essa posição a autoridade da decisão jurídica, para que oriente a vida social concreta e estabilize as controvérsias, ao menos momentaneamente. Ao mesmo tempo, ter os princípios aplicáveis para essa seleção fixados e publicizados contribui para que o jurisdicionado possa antever qual orientação deve seguir, o que é relevante na medida em que o conhecimento especializado contribui para a definição das condutas ilícitas, como já vimos. Na ausência desses critérios, há a possibilidade de uso estratégico da falta de consenso científico (seja uma falta real ou simulada para fins de estratégia jurídico-política) através da escolha da manifestação científica (ou pretensamente científica) que melhor assiste aos interesses do agente, com conseqüente prejuízo à segurança jurídica, em razão da possibilidade de decisionismo.

Há algum tempo, a Suprema Corte estadunidense estabeleceu critérios para a admissão do material científico em juízo, fixados na “trilogia Daubert”, que corresponde aos casos *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals (1993)*, *General Electric Co. v. Joiner (1997)* e *Kumho Tire Co. v. Carmichael (1999)*. Em síntese, a partir desses casos surgiram

²³ AGÊNCIA O GLOBO. Lindôra Araújo acumula arquivamentos a favor de Bolsonaro e aliados desde que virou 02 da PGR. Carta Capital. 2022. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lindora-araujo-acumula-arquivamentos-a-favor-de-bolsonaro-e-aliados-desde-que-virou-02-da-pgr/>>

cinco critérios indicativos para aceitação das provas provenientes de especialistas. Aos juízes compete verificar:

- “i) se a teoria ou técnica empregada pelo especialista é geralmente aceita na comunidade científica;
- ii) se foi submetida à revisão por pares e à publicação;
- iii) se pode ser e foi testada;
- iv) se a taxa de erro conhecida ou potencial é aceitável; e
- v) se a pesquisa foi conduzida independentemente do litígio específico ou dependente da intenção de fornecer o testemunho proposto.”²⁴

Já no Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos julgamentos referentes aos efeitos da pandemia da COVID-19, estabeleceu-se a escolha de entidades abalizadas para representar a opinião da comunidade técnico-científica sobre temas que serão enfrentados em suas decisões, para superar a dificuldade de aferição do consenso científico. O *leading case* foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF. Nessa ADIn, como já vimos, o Tribunal consignou, expressamente, que em decisões relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem ser observados os *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, elegendo entidades que atendem a esses critérios e lhe servem de guia, como veremos no próximo capítulo.

²⁴ DAUBERT Standard. StringFixer. Disponível em: <https://stringfixer.com/pt/Daubert_standard>. Acesso em: 20 jun 2022.

CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DO CONSENSO CIENTÍFICO

3.1 O problema do consenso científico: a ciência acabada e a ciência em construção

Bruno Latour se vale da figura de Jano, deus romano das mudanças e transições, cuja representação possui duas faces – uma apontada para o passado e outra para o futuro –, para ilustrar duas perspectivas da ciência. A primeira face, voltada para o passado, mostra uma ciência que nos dá conclusões e afirmações sólidas, ou seja, uma ciência acabada, que mobilizou diversos argumentos para subsidiar uma afirmação. A outra face, voltada para o futuro, revelaria uma ciência cheia de incertezas, debates e controvérsias em andamento, ou seja, em construção, mostrando que há dificuldades em ter como estável certas afirmações sob disputa da comunidade acadêmica. De acordo com o autor,

Teremos de aprender a viver com duas vozes contraditórias que falam ao mesmo tempo, uma sobre a ciência em construção, outra sobre a ciência acabada. Esta última produz frases como 'faça isto... faça aquilo'; a primeira diz 'o suficiente nunca é suficiente'. O lado esquerdo considera fatos e máquinas suficientemente bem determinados. O lado direito acha que fatos e máquinas, em fase de construção, estão sempre subdeterminados. Sempre falta alguma coisa para fechar a caixa-preta de uma vez por todas²⁵

Em síntese, se observamos a ciência pronta, ela estará perfeitamente articulada pela face esquerda de Jano. No entanto, se observarmos os fatos em construção, correspondentes à face direita, apenas após longa congregação de diversos fatores teremos alguma construção sólida, mas incompleta, já que qualquer descoberta superveniente pode colocar em questão a construção anterior. A ciência, portanto, não é um corpo conhecido de pronto, homogêneo e estável, mas campo onde proliferam as controvérsias, honestas ou *junk science*, de modo que a opinião dos cientistas e da comunidade científica não é sempre previamente conhecida pelo jurisdicionado. E note-se que o prévio conhecimento da opinião da comunidade científica seria importante para fins de observância do princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, que garante ao jurisdicionado o direito de ter conhecimento prévio da extensão tanto do pressuposto fático normativo, quanto da sanção cominada à conduta ilícita.

²⁵ LATOUR, Bruno. *Ciência em Ação: Como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora*. São Paulo: Editora Unesp, 2000. pg. 31

O problema da segurança jurídica, anteriormente aventado, está relacionado à necessidade de observar o conhecimento especializado para entender quais são as condutas ilícitas conjugada com a inexistência de um consenso sobre a permanência dos princípios que pretendem explicar a realidade. Na falta do consenso científico, os atores jurídicos se vêem obrigados a encontrar soluções para superar a dificuldade imposta por esse fator, ou seja, precisam encontrar formas de estabilizar, de alguma forma, as controvérsias, a fim de extrair do debate a orientação cuja autoria atribuirão à comunidade científica, mesmo que ela não seja uníssona.

Não é simples atingir o consenso científico, já que a ciência não é uma mera descrição objetiva da realidade, mas uma construção social realizada a partir da mobilização de aliados a fim de sustentar uma certa afirmação, de acordo com Latour. Por isso, está e estará constantemente sob disputa. Para Latour, o futuro de qualquer afirmação depende tão somente de afirmações posteriores, dos outros, que podem aumentar o seu grau de certeza ao confirmar o seu conteúdo ou podem diminuir seu grau de certeza caso o discordante opte por refazer o trabalho do cientista que fez a afirmação anterior para demonstrar o seu equívoco²⁶. Ou seja, o leitor de um artigo científico, por exemplo, só tem três opções diante dele: ignorar, concordar com seu conteúdo, aumentando-lhe o grau de certeza; ou percorrer novamente as etapas da pesquisa realizada para explicar as razões da sua discordância, diminuindo-lhe, portanto, o grau de certeza. Isso revela o caráter social da ciência, que vem sendo explorado, ricamente, pelos pesquisadores vinculados aos chamados Estudos Sociais das Ciências e das Tecnologias, ou, simplesmente, Estudos CTS.

A produção científica finalizada, logicamente concatenada e orientada para solidificar uma hipótese, pretende apresentar-se como um conhecimento neutro e objetivo, ocultando as disputas sociais (econômicas, políticas, jurídicas, etc) que a permeiam desde o contexto da sua produção (disputas por financiamento e patrocínio, por exemplo) até o futuro após publicado o resultado do trabalho do cientista. Sheila Jasanoff afirma que a linguagem da ciência reivindica uma universalidade que transcende a cultura, o tempo e o lugar²⁷. A proximidade das pretensões das afirmações científicas com as dos textos normativos aproxima o direito e a ciência. A ciência, com tal pretensão de generalidade e objetividade,

²⁶ Ibid. pg. 40

²⁷ “Science’s language, as the presumed language of nature, claims a kind of universality that transcends culture, time, and place.” (JASANOFF, Sheila. Op cit.)

se aproxima da pretensão das leis, gerais e abstratas. O deslocamento do cerne das decisões jurídicas para o campo científico, sem maiores referências expressas à legislação, só é possível, em termos de segurança jurídica, em razão das similitudes que guardam entre si o direito e a ciência.

3.2 O problema do consenso na atuação do Supremo Tribunal Federal e a escolha de entidades avalizadas

Visando superar a falta do consenso científico, os atores jurídicos buscam formas de estabilizar, de alguma forma, as controvérsias, a fim de extrair do debate a orientação cuja autoria atribuirão à comunidade científica, a fim de continuar se valendo do conhecimento especializado para subsidiar as suas normas e decisões.

Uma saída encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para superar a dificuldade de aferição do consenso científico foi a escolha de entidades abalizadas, a partir do *leading case* da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF, cujo objeto já abordamos anteriormente. A partir deste julgamento, devem ser observados *standards*, normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas em todas as decisões relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente.

Algumas entidades já foram expressamente consignadas como abalizadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria de saúde pública. Tomaremos, como exemplo, o a Organização Mundial da Saúde (OMS) que, em vários julgados durante a pandemia da Covid-19, foi apontada como é a entidade abalizada para questões sanitárias.

Na ADPF 754 DF, julgada em conjunto com a ADPF 756 DF, restou consignado que é dever do Estado pautar suas ações em conformidade com as evidências técnicas, científicas e estratégicas ditadas pela OMS, reconhecida como “entidade abalizada para propor parâmetros aptos a guiar os agentes públicos na difícil tarefa decisória diante dos riscos à saúde²⁸”.

²⁸ BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754 DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

Além da Organização Mundial de Saúde, foram destacadas também as posições do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina e da Sociedade Brasileira de Infectologia. Isso aparece no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 668/DF e 669 DF, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, cujo objeto é a suspensão da campanha publicitária "O Brasil Não Pode Parar", produzida pelo Governo Federal. Contrariamente à opinião da classe médica, que defendia o isolamento social, ainda que relativo, o Governo Federal incitava a população a retomar suas atividades sem observar as medidas restritivas visando o combate à Covid-19. Naquele momento, na decisão que optou por suspender a campanha publicitária, o ministro relator afirma haver unanimidade de opinião por parte da comunidade científica, tomando por base a manifestação das referidas entidades médicas e sanitárias.

A opinião da classe médica nacional e internacional, além da OMS, foi reforçada na ADI 6625, que discutiu a possibilidade de se prorrogar os efeitos de lei federal que permitia a adoção de medidas de isolamento pelos entes federativos, em prol da contenção do contágio da doença. O ministro relator, Ricardo Lewandowski, trouxe como justificativa para o seu voto a opinião da classe médica nacional e internacional, além da Organização Mundial da Saúde:

vale lembrar que sanitaristas, epidemiologistas e infectologistas nacionais e estrangeiros, como é público e notório, assim como a própria Organização Mundial de Saúde, têm recomendado enfaticamente a adoção e manutenção de medidas preventivas e curativas semelhantes àquelas previstas na Lei nº 13.979/2020, como providências cientificamente comprovadas para debelar ou, quando menos, retardar o avanço devastador do novo coronavírus.²⁹

Como vimos, a partir desses julgados, as posições da Organização Mundial da Saúde, em especial, mas também de outras entidades reconhecidas nacional e internacionalmente enquanto autoridades científicas se colocaram como parâmetro, afastando, de alguma forma, a problemática da necessidade do consenso científico, possibilitando que os atores jurídicos pudessem antever, minimamente, quais seriam as fontes adotadas pela corte.

Trata-se de opção pela deferência judicial, que, de acordo com Rachel Herdy, consiste "na substituição do juízo do julgador por aquele de outrem"³⁰. Neste caso, a substituição do

²⁹ BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.625/DF. Referendo em Medida Cautelar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

³⁰ HERDY, Rachel. "Julgadores decidem quando os médicos discordam". Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/limite-penal-julgadores-decidem-quando-medicos-discordam>>. Acesso em 06/07/2022.

juízo do julgador a respeito de diversos aspectos do conhecimento especializado a entidades abalizadas para tratar dessas matérias. A autoridade que se esperava encontrar na legislação, é transferida, de certo modo, às organizações nacional e internacionalmente reconhecidas, no seu escopo de atuação.

No caso da Petição nº 9.695/DF, toda a celeuma a respeito da falta de demonstração da necessidade do uso de máscaras faciais para conter o avanço da pandemia da Covid-19 seria evitada caso se observasse a manifestação das entidades abalizadas para tratar da saúde pública, conforme indicado na mencionada carta aberta da ABRASCO. Assim, o julgador se abstém do ônus de auditar a eventual existência de consenso científico sobre determinada temática ao se apegar à deferência às entidades abalizadas pelo tribunal.

CONCLUSÃO

O conhecimento especializado não só está colocado em posição de centralidade no Supremo Tribunal Federal como, inclusive, vem servindo para fins de determinação sobre a licitude da conduta de agentes públicos, como baliza para a definição de hipóteses de atuação ilícita desses agentes. Esse fenômeno está relacionado à própria teoria geral do direito, já que a existência de casos em ramos diversos do direito indica-nos que a utilização do conhecimento especializado para a definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita não está vinculada à esse ou àquele âmbito do direito.

A utilização do conhecimento especializado na definição do pressuposto fático-normativo da conduta ilícita gera problemas de segurança jurídica, em razão do desconhecimento, pelas(os) jurisdicionadas(os), do comando normativo, em decorrência da inexistência de consenso científico ou ampla estabilização das controvérsias em todas as temáticas submetidas ao crivo dessa comunidade.

Em um contexto em que o conhecimento especializado participa da fixação dos contornos do preceito normativo que valora como ilícita uma conduta, é essencial previamente conhecer quais são os princípios científicos aplicáveis para admissão de argumentos e material técnico-científico em juízo a fim de preservar a segurança jurídica. Se para definir o que a norma faculta, obriga ou proíbe é preciso conhecer o que dizem os especialistas e as suas posições não são previamente conhecidas a todo tempo, o jurisdicionado pode ter dificuldades para antever o que a norma prevê, prejudicando a segurança jurídica.

A fixação de critérios para a admissão de material técnico-científico em juízo pode contribuir para a solução desse problema. Isso porque a ciência não é um corpo homogêneo e estático, mas havendo critérios para a seleção desse material, é possível privilegiar as informações que melhor atendam aos princípios científicos válidos. Também para fins de selecionar qual das posições divergentes será adotada pelo tribunal, nos casos de razoável dissenso sobre as conclusões científicas a respeito de certa temática. Ou seja, naqueles casos em que estão sendo observados os princípios científicos válidos mas ainda assim não há conclusão única com aderência de ampla maioria da comunidade científica. Ao mesmo tempo, ter os princípios aplicáveis para essa seleção fixados e publicizados contribui para que o jurisdicionado possa antever qual orientação deve seguir.

Na ausência desses critérios, há a possibilidade do uso estratégico da falta de consenso científico (real ou simulada) através da escolha da manifestação científica (ou pretensamente científica) que melhor assiste aos interesses do agente, com conseqüente prejuízo à segurança jurídica, em razão da possibilidade de decisionismo. Relembremos, aqui, que na Petição nº 9.695/DF, toda a celeuma a respeito da falta de demonstração da necessidade do uso de máscaras faciais para conter o avanço da pandemia da Covid-19 seria evitada caso se observasse a manifestação das entidades abalizadas para tratar da saúde pública. No entanto, na ausência de alguma regra nesse sentido, o Ministério Público Federal pôde optar por se manifestar no sentido de não haver consenso científico ou pesquisas suficientes para justificar a obrigação legal imposta pela norma. Não por uma falta de consenso científico real, mas para atender aos interesses dos agentes públicos envolvidos com a manifestação.

A ciência não é um corpo previamente conhecido, homogêneo e estável, mas campo onde proliferam controvérsias, honestas ou não (*junk science*), de modo que a opinião dos cientistas e da comunidade científica não é facilmente difundida. A problemática da segurança jurídica se situa nesse âmbito, decorrente da inexistência de consenso científico perene sobre as matérias, de modo que os atores jurídicos buscam soluções para dar estabilidade às controvérsias, de forma a extrair dali a opinião da comunidade científica, mesmo que não seja uníssona. Não é simples atingir a estabilização decorrente do consenso científico, já que a ciência não é uma mera descrição objetiva da realidade, mas uma construção social realizada a partir da mobilização de aliados a fim de sustentar uma certa afirmação. A produção científica finalizada, logicamente concatenada e orientada para solidificar uma hipótese, tende a parecer um conhecimento neutro e objetivo, ocultando as disputas sociais (econômicas, políticas, jurídicas, etc) que permeiam desde o contexto da sua produção até o seu futuro após publicada.

Uma saída encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para superar a dificuldade de aferição do consenso científico foi a escolha de entidades abalizadas, a partir do *leading case* da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF. Trata-se de opção pela deferência judicial. Neste caso, a substituição do juízo do julgador a respeito de diversos aspectos do conhecimento especializado a entidades abalizadas para tratar dessas matérias. A autoridade que se esperava encontrar na legislação, é transferida, de certo modo, às organizações nacional e internacionalmente reconhecidas, no seu escopo de atuação. Algumas entidades já foram expressamente consignadas como entidades abalizadas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo o caso da Organização Mundial da Saúde que, conforme vários julgados,

é a entidade abalizada pelo tribunal constitucional para a matéria da saúde pública e questões sanitárias, além do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina e da Sociedade Brasileira de Infectologia, nessa mesma temática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRASCO. Carta Aberta de Epidemiologistas Brasileiros à Exma. Sra. Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/Carta-Aberta-de-Epidemiologistas-Brasileiros-a-Exma.-Sra.-Ministra-Rosa-Weber-4.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

AGÊNCIA O GLOBO. Lindôra Araújo acumula arquivamentos a favor de Bolsonaro e aliados desde que virou 02 da PGR. Carta Capital. 2022. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lindora-araujo-acumula-arquivamentos-a-favor-de-bolsonaro-e-aliados-desde-que-virou-02-da-pgr/>>

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal (Vol. 4). São Paulo: Saraiva, 2012. 6ª Ed. Capítulo XLIX

BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF. Referendo em Medida Cautelar. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.625/DF. Referendo em Medida Cautelar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754 DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Código Penal Brasileiro - Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 9.695, Brasília, DF, 27 de maio de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6186816>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

CAMARGO, Bernardo Burlamaqui. As relações entre direito e ciência e o perfil das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Monografia de conclusão de curso - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 15-16. 2019

CIRINO, Juarez. Direito Penal: Parte geral. Curitiba: ICPC, 2014. 6ª Edição. Capítulo 7.

DAUBERT Standard. StringFixer. Disponível em: <https://stringfixer.com/pt/Daubert_standard>. Acesso em: 20 jun 2022.

JASANOFF, Sheila. Making Order: Law and Science in Action, in: HACKETT et al. (eds.). Handbook of Science and Technology Studies, 3^a ed. Cambridge: MIT Press, 2007.

KAUFMANN, R. O papel do processo do mensalão na história do Supremo. ConJur. 22 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-22/observatorio-constitucional-papel-mensalao-historia-supremo>>. Acesso em 5 de junho de 2022.

LATOURE, Bruno. Ciência em Ação: Como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000. pg. 31

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; DE SOUZA, Iara Antunes; DE SÁ, Maria de Fátima Freire. Razões técnicas para a inconstitucionalidade da MP 966/2020. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/opiniaoinconstitucionalidade-mp-9662020>> Acesso em 26 de junho de 2022.

HERDY, Rachel. "Julgadores decidem quando os médicos discordam". Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/limite-penal-julgadores-decidem-quando-medicos-discordam>>. Acesso em 06/07/2022.

STF precisa definir melhor o que entende por “consenso científico”. Revista Questão de Ciência. Disponível em: <<https://www.revistaquestaoodeciencia.com.br/artigo/2020/05/30/stf-precisa-definir-melhor-o-que-entende-por-consenso-cientifico>>. Acesso em: 08 de março de 2021

ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. Princípio da prevenção e princípio da precaução. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/356/edicao-1/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao>