

# O PROBLEMA DO MÉTODO NA PERÍCIA PSQUIÁTRICA DO SERVIDOR PÚBLICO: QUAL RACIONALIDADE?

Cássio Benvenuti de Castro<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1 Qual ciência? 2 O paradoxo pericial na contramarcha da evolução científica. 3 Uma modulação *solve et repete* (a pretensão de legitimação pela vagueza motivacional). 4 A releitura da perícia psiquiátrica na rotina científica brasileira. 5 O desvio de funcionalidade metodológico (ou o abuso do compliance pericial). Conclusão. Referências

Resumo: A ciência e o processo possuem um ponto de contato na prova pericial. Pelo art. 473, III, do Código de Processo Civil, parece que o sistema jurídico brasileiro admite a prova pericial com respaldo em um método único, sob a influência do caso Frye (datado de 1923), julgado nos Estados Unidos. Isso afastaria a possibilidade de um maior controle na fase de valoração da prova. Ocorre que o dispositivo deve ser coerente com os fundamentos e com os princípios Constitucionais bem como em relação ao art. 479 do CPC – daí se prevendo uma série de critérios (não meros enquadramentos) que viabilizam uma análise crítica da perícia, inclusive, o confronto com outros pareceres técnicos, de maneira a democratizar e efetivamente pautar com racionalidade e contexto as conclusões elaboradas.

Palavras-Chave: constitucional; processo; ciência; prova.

## THE PROBLEM OF METHOD IN PUBLIC EMPLOY PSYCHIATRIC EXPERTISE: WHICH RATIONALITY?

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

Abstract: Science and the process have a point of contact in expert evidence. By rule 473, III, of the Code of Civil Procedure, it seems that the Brazilian legal system admits expert evidence based on a single method, under the influence of the Frye case (dated 1923) adjudicated in the United States. This would remove the possibility of greater control in the evaluation phase of the race. It occurs that the device must be consistent with the fundamentals and with the constitutional principles as well as with regard to rule 479 of the Code - thus providing a series of criteria (not mere frameworks) that enable a critical analysis of the expertise, including the confrontation with other technical opinions, in order to democratize and effectively guide the conclusions drawn with rationality and context.

Keywords: constitutional; process; science; evidence.

O perito judicial avalia alguém que ele não conhece, por determinação mal remunerada e em um espaço de tempo que ele acha injustos, para tentar convencer a universalidade sobre possível patologia que ele reputa detestável.

## INTRODUÇÃO



conhecimento científico é datado. Ainda mais em ciências humanas, a todo o instante surge uma nova ferramenta ou uma nova conclusão que supera ou revoluciona o estado da arte. A tecnologia, a comunicação, a abertura dos mercados e a globalização empreenderam uma dinâmica que importa na necessária aceitação de novos métodos, técnicas e experiências, tendo em vista essa revolução do conhecimento. O que se tinha como “conclusivo” ou como “diagnóstico restrito” de outrora – hoje, é peça de museu.

Quem diria, no ano de 1985, que um paciente portador do HIV poderia sobreviver por esses mais de 30 anos? Quem

antigamente diria que uma pessoa portadora de necessidades especiais (a exemplo da má formação do cromossoma 21) deve ser inserido no mercado de trabalho?

O Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>2</sup> (Lei 13.146/15) estabelece políticas públicas para o tratamento e para a inclusão da pessoa em ambiente de trabalho e educação.

O direito não está alheio ao desenvolvimento da ciência.

A perícia judicial consiste em uma interface entre a ciência e o direito.

Por isso que os peritos devem ter uma visão de contexto das demandas, uma percepção holística. Principalmente em campos como a psiquiatria e a psicologia – a visão mais abrangente se justifica porque não mais se examina uma patologia do tipo *manualístico*, não mais se examina um fármaco pela leitura da bula, sendo que a linha de visada conglobante/sincrética é no sentido de que um tratamento pode beneficiar e fazer incluir um paciente na medida das respectivas necessidades, porém não ser tão eficiente para outras pessoas em similares condições.

Somente existe uma certeza: apesar de alguns rasgos limitativos, a grande maioria das pessoas que procura ajuda psiquiátrica e psicológica são mais saudáveis que pretensos ilibados que se escondem na raia das histerias ou sociopatias que lhes não permitem postular acompanhamento – os mais doentes são aqueles cuja limitação não permite solicitar ajuda.

Na década de 1980, o autismo era fator estigmatizante e deletério:

---

<sup>2</sup> Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.



**Crianças com Autismo amarradas ao radiador num Hospital Psiquiátrico em 1982. Por isso nunca ninguém tinha convivido com alguém com autismo nessa época.**

Uma detestável aberração. Os culpados? A limitação da ciência ou a indevida sede de poder *pelo operador do direito e da perícia*.

Atualmente, o melhor jogador de futebol do mundo é diagnosticado<sup>3</sup> como autista – e acaba de construir o maior

<sup>3</sup> A questão do diagnóstico em “CID’s” é um tanto obsessiva (queiram os especialistas, ou não). Tanto porque as comorbidades são a grande maioria das espécies como pelo fato de cada ser humano reagir de uma forma diferente a determinada situação farmacológica ou mesmo psicanalítica. O que serve para um, pode não se encaixar no outro. Daí que diagnosticar subestima a condição pessoal do sujeito, colocando em primeiro lugar a proveta do manual de perícias – algo ultrapassado, algo que nem a inteligência artificial tende a perpetuar. O importante é estruturar uma gama de critérios que possam efetivamente socorrer a necessidade tratativa das pessoas, assim alavancando um alívio ou uma estabilização de quadros que não chegam a ser graves ao ponto do velho isolacionismo de outrora. O mundo mudou, mas a maneira de encarar a patologia mental ou os transtornos de personalidade parece que ainda estão atarracados em manuais do século XX ou XIX. Só falta a masmorra e o radiador para colocar em prática as “boas intenções”.

Afinal, quem salva os meninos amarrados ao radiador da “bondade dos bons”?

hospital de câncer infantil, na Europa, para ajudar as pessoas.

O mundo mudou: quem sabe não seria a hora dos profissionais-expertos também ampliarem a sua percepção para uma visão de contexto das pessoas? Uma observação mais humanitária, adaptativa das situações e realmente reintegradora da saúde ou da qualidade de vida das pessoas?

O problema é de saúde pública. A despeito de se tratar de peritos oficiais (concursados) ou contratados, o sistema jurídico contemporâneo – por implicação da Constituição – predispõe ferramentas jurídicas que viabilizam criticar e refutar metodologias científicas ineficazes ou que estejam comprometidas com um desvio de finalidade (perícia quiçá encomendada, uma triste realidade do Brasil).

O mecanismo de controle da perícia psiquiátrica ou psicológica está previsto em norma de sobredireito positivada no Código de Processo Civil e por investida da própria Constituição e seus rasgos dogmáticos. O presente ensaio salienta a possibilidade de questionamento dessa espécie de perícia, fazendo menção à quebra de paradigma que a rotina pós-moderna e o sistema jurídico implicam. Em um primeiro momento, apresentando nuances referentes à espécie de ciência colocada para dentro do processo. Impostada a característica de *soft science* da perícia psiquiátrica, anota-se a tendência jurisprudencial no controle dessa prova através de critérios que são ilustrados a partir de caso prático.

## 1 QUAL CIÊNCIA?

As revoluções científicas<sup>4</sup> se fazem sentir nas marchas e

---

<sup>4</sup> A ciência não procura a “verdade”, até pelo fato da superabilidade das constatações científicas. Ocorre que os cientistas aprofundam a metodologia de trabalho, implantando um resultado produto de um processo racional. “Of course, scientists seek not just true answers, but substantive, explanatory, fruitful, illuminating answer”. Os cientistas procuram respostas aos problemas, com a consciência de que tal resposta pode ser superada em uma próxima investida. Contudo, a técnica empregada é mais

contramarchas do conhecimento humano, refletindo no processo judiciário de todas as espécies. Na liquefação pós-moderna, *nada pode ser reputado definitivo ou de prognóstico restrito*<sup>5</sup> – a não ser casos bizarros e de obsolescência absolutamente programada, a exemplo da esquizofrenia ou da sociopatia (sob pena do avaliador estar acometido por séria dificuldade ou desatualização técnica).

A *invalidez* do servidor público (redação atual) é devedora de uma tradição *estática* da ciência. De outro lado, a *incapacidade* na redação da PEC6/2019 é compromissada com uma perspectiva *crítica* e sobretudo humanista (que prevê ampla finalidade e possibilidade de reabilitação do paciente-servidor até como mecanismo de elidir fraudes ou aposentadoria indevida).

O primeiro problema é delimitar a zona cinza entre o senso comum e o saber científico. De fato, “a ciência não só é útil no plano probatório, mas também tende a ser considerada uma espécie de modelo ideal de conhecimento, ao qual também a apuração processual dos fatos deveria se aproximar”<sup>6</sup>.

Nem toda a prova científica apresenta o mesmo grau de precisão (standard). A *confiabilidade* da prova científica depende da categorização e da precisão do campo científico pesquisado – enfim, depende do caso e da imparcialidade do perito. A depender da espécie do compartimento científico, a prova elaborada é aceita como *mais ou menos* aproximada ao efeito que se alvitra demonstrar (em especial: a incapacidade de servidor público por alienação mental).

---

fidedigna que a vulgaridade do senso comum. HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 84/5.

<sup>5</sup> ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. In ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos da prática judiciária*. 3ª ed. Campinas, Milenium 2010, p. 127/131.

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301.

Michele Taruffo<sup>7</sup> salienta que existem as “ciências rígidas ou desumanas”, como a química, a física, a matemática, a biologia, a genética, dentre outras que fornecem resultados próximos do evento empírico, havendo poucos espaços para considerações judiciais valorativas. Em outro sentido, o autor<sup>8</sup> refere que as “ciências humanas ou sociais” (*soft science*), como a psicologia, a psiquiatria, a economia, a sociologia, a crítica literária, a estética, dentre outras não possuem a carga de exatidão daquelas outras, inclusive porque não apresentam solução de repetibilidade (ou contraprova) com o mesmo índice de acerto.

Portanto, esses ramos do conhecimento permitem somente conclusões aproximadas ou parciais – a cada consulta tudo pode mudar.

Interessante que nesse sentido o art. 40, §2º, II, da CF (na redação da PEC6/2019) determina a realização de mais de uma avaliação médica – evidentemente que por juntas médicas diferentes – atendendo ao avanço ou à possibilidade de erro clínico.

No caso da alienação mental, ela consiste em hipótese de trabalho que raramente ou *jamais permite* uma conclusão supostamente definitiva. Com efeito, os tratamentos evoluem a todo tempo, as patologias respondem a diferentes fármacos dependendo do biotipo das pessoas ou de fatores ambientais ou genéticos, e uma situação de contexto pode afastar o fenômeno da “incapacitação para a função quando a limitação não interferir no trabalho”. Isso tudo lembrando que arrepios emocionais atípicos, porém temporários são cada vez mais rotineiros na população mundial.

A questão está em não analisar manualisticamente a patologia. Os manuais emplacam esquemas, enquadramentos – mas é necessário observar critérios em testes periciais (lembrando que a perícia não possui o tempo de amostragem de um tratamento).

---

<sup>7</sup> *A prova*, cit., 305.

<sup>8</sup> *Idem*, *ibidem*.

O núcleo do problema é avaliar o desenvolvimento do paciente frente a uma intempérie psíquica que pode ser pautada em critérios – afinal, o mundo contemporâneo reproduz, acelera, causa ansiedade, descortina histerias, recondiciona elementos depressivos, produz ambientes desconfortáveis a todos os seres humanos. Quase tudo é remediável e recondicionável, todavia, merece observar que o servidor adoecido passou em um concurso público e – até que se comprove muito bem ao contrário – ele dispõe de cognição presumida acima de uma estatística média para gerenciar a vida.

O atestado da junta médica serve como um critério *to establish a particular fact in issue*<sup>9</sup>, mas depende da ratificação do *contexto*, pela redação do art. 40 conforme a PEC6/2019, precisa de *outra* avaliação médica por *outra* junta, considerando que a alienação mental é diagnosticada por *soft science*. A psiquiatria ou a psicologia – de plano – não resolve a questão da incapacitação.

A PEC6/2019 chama a atenção para a eficiência e para a economia<sup>10</sup> desde o texto constitucional. Daí vale sempre questionar, em termos de prova científica:

Qual a natureza da ciência para a avaliação?

Algumas são mais objetivas e atribuem força epistêmica ao standard que encerra. Outras são mais subjetivas e somente podem ser ratificadas em termos de probabilidade<sup>11</sup>.

No caso da alienação mental, evidente que a avaliação

---

<sup>9</sup> ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, p. 448.

<sup>10</sup> O recorte econômico bem como eficientista é devedor da matriz jurídica da *Law and Economics*, sendo que a fonte do direito como política pública ressalta a crescente escola do *Critical Legal Studies*. Ver FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 272/280.

<sup>11</sup> HAACK, Susan. Legal probabilism: an epistemological dissent. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 60.



explicitamente traz uma carga de relatividade-subjetividade. Assim, *não basta uma aceitação geral* da comunidade para que seja reputada ciência e deixe de configurar um senso comum. A retórica utilizada pelo caso Frye (ano de 1923), aparentemente esboçada no art. 473, III, do Código de Processo Civil não converge aos ditames constitucionais.

Razão pela qual a jurisprudência já está ponderando sobre os critérios realmente assertivos conforme as implicações Constitucionais. O simples fato da PEC6/2019 exigir “avaliações periódicas” – mais de uma avaliação – significa que se abandona o critério do caso Frye para abarcar a proposta datada de 1993, no direito americano: o *leading case* Daubert, havendo diversos critérios que podem ser analisados para a admissão como para a valoração da prova, mormente com a utilização de uma segunda perícia e com fatores de observação contextual que *retiram a força de verdade absoluta* (autoritarismo tecnocrático) da perícia elaborada.

Tudo é contextualizável – daí a necessidade de mais de uma avaliação.

A dignidade da pessoa humana e o privilégio da eficiência da Administração Pública agradecem.

## 2 O PARADOXO PERICIAL NA CONTRAMARCHA DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA

A separação nem sempre cristalina entre senso comum e conhecimento científico pauta o espaço para que seja determinada a prova pericial. Com a liquefação do mundo contemporâneo – porque a tecnologia ganhou espaço em um planeta globalizado – na prática, mal se sabe o que é ciência ou o que não é ciência.

*A única certeza é que ela pode ser superada por nova hipótese de trabalho.*

Isso reflete a contingência e a hipercomplexidade das

relações atuais.

Por *contingência* se entende o fato de as possibilidades apontadas para as experiências poderem ser diferentes das esperadas. Quer dizer “que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não está lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”<sup>12</sup>. A hipercomplexidade é algo inimaginável, são as possibilidades que sequer estavam no espectro tangível do paradigma pressuposto.

Nem tudo o que está para acontecer pode ser previsto pelo tabuleiro de previsões burocráticas das instituições. Um aparelho telefônico da atualidade concentra mais informação que Sócrates, Platão e Aristóteles formularam e foram aperfeiçoados em séculos de história. Daí que se presencia o tempo do improvável, da pós-verdade, da virtualização dos saberes.

Como imaginar que a ciência permaneça estanque no processo brasileiro?

Por uma aparente antinomia que o Código de Processo Civil parece encerrar.

O Código de Processo Civil estipula (art. 473, III) “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”.

O laudo pericial deve expressar o método (leia-se: técnica) que foi utilizada para se tráfegar das premissas à conclusão. Esse método deve ser de “aceitação geral pelos especialistas”, o que denota a consagração de um *autoritarismo tecnocrático*<sup>13</sup> como uma espécie de delegação extroversa da jurisdição

---

<sup>12</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45/6.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 124.

ao perito – na leitura isolada do inciso III, parece que o próprio perito escolhe o método.

Trata-se do paradoxo da perícia: a matéria em julgamento transcende o senso comum, daí o julgador deve requisitar perícia para o esclarecimento de determinada questão; ocorre que esclarecida a questão, o julgador não dispõe de ferramentas críticas que possa elidir a conclusão pericial.

O laudo se transforma em uma *verdade absoluta* – algo inimaginável no atual quadrante científico.

A primeira reserva deletéria à cientificidade pela auto-cracia pericial proposta pelo velho modelo da “aceitação geral entre os especialistas” cogita da verdade absoluta. Em segundo lugar, um esquema desse tipo *não* cogita da abertura do processo a novas ciências e tecnologias porque, afinal, somente o que estiver bem assentido pela categoria que “detém a especialidade” pode ajudar no exame da questão de fato. Em terceiro lugar, a remissão do Código de Processo Civil – implicada pela influência do *case Frye*<sup>14</sup> (datado de 1923, nos EUA) – conserva uma espécie de corporação ou confraria do saber, na medida em que a técnica ou método é capitulada pelos anais dos detentores

---

<sup>14</sup> O caso Frye – que serviu de supedâneo ao critério de admissão da prova, conforme art. 473, III, do CPC – permite “utilizar opiniões apenas aparentemente científicas, mas na verdade concretamente qualificáveis como *junk science*, voltadas a sustentar e justificar a posição defensiva de uma das partes”. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Provas e instrumentos cognitivos do juiz. In *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. Coord. da Tradução por Marinoni, Arenhart e Mitidiero. No prélio à publicação. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, item 5.5. De fato, o art. 473, III, do CPC se presta a um exame preliminar daquilo que pode ser juntado ao processo em nível de “aceitação geral dos especialistas” – um critério genérico que não diz nada em termos científicos (para quem está fora da confraria de especialistas) tampouco enumera critérios basilares para o controle de eventual arbítrio na formação da prova pericial. O processo é praticamente entregue para ser julgado pelo perito, ao *modus* Pôncio Pilates, resultando no paradoxo pericial: a escolha do perito é determinante ao resultado do processo; um fenômeno que violenta a imparcialidade, a transparência, a razoabilidade e a própria dignidade humana do paciente, porque ele se torna manobra de obscurantismo científico-probatório manipulado pelo julgador (em aparente desvio de funcionalidade-finalidade legal e constitucional).

dessa tipologia: quase uma chave de cofre da ciência.

Tudo indica que o Código de Processo Civil brasileiro adotou uma sistemática uns cem anos atrasada – porque o case Frye já fora superado por inúmeros julgados no direito estrangeiro (em especial, o caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 727 F. Supp. 570 (S.D. Cal. 1989), dando origem à *Rule 702* da *Federal Rule of Evidence*.

A PEC6/2019 já refuta essa ideia – basta observar a necessidade de “mais de uma avaliação” para a demonstração da incapacidade do servidor público.

Porém, quando a leitura do CPC é realizada “em tiras”, possível dizer que o método indutivo pautado pela aceitação geral valida qualquer prova pericial. Inclusive em *soft science*, da qual a prova psiquiátrica faz parte. A nova postura explicitamente adotada pela PEC6/2019 – já constante nos valores e princípios da CF – desencobre os inúmeros problemas que podem ser identificados na perícia psiquiátrica que se pautou somente pelo critério da “aceitação geral” (prevista no art. 473, III, do CPC):

- a) os erros de diagnóstico são possíveis, em várias tipologias;
- b) falhas na amostragem, seja no tocante à biotipia do sujeito, seja no intervalo entre as consultas avaliativas;
- c) erros decorrentes da má utilização de fármaco em relação ao paciente avaliado;
- d) desencontro entre as conclusões de diferentes peritos não, necessariamente, remetem a um erro de método;
- e) utilização viciada de método de enquadramento (meramente indutivo), quando seria mais aconselhável uma perspectiva psicodinâmica ou behaviorista;
- f) lançamento de prognóstico preconceituoso ou que denota a falta de conhecimento do profissional em relação a técnicas mais avançadas referentes à remissão dos sintomas, em especial, do paciente;
- g) superestimação de situações ou labores que atualmente podem ser desempenhados por pessoas com necessidades ou humores diferentes do antigamente reputado “normal”.

Afinal das contas: *o que é o normal que a psiquiatria ou*

*a psicologia ousam a referenciar como parâmetro?*

O pressuposto da pós-modernidade é o “se tornar diferente” do mundo moderno. O pós-moderno pretende assumir todas as formas e conceitos não admitidos pela modernidade – época na qual se fixaram noções pontualistas, ideias do “comum”, do “normal”, o que deve ser feito porque sempre foi efetuado daquela mesma forma; a modernidade, vale dizer, fixava conceitos que pretendiam sobrepujar o tempo e o espaço, conceitos que pudessem identificar perenemente a natureza das coisas<sup>15</sup>.

Vale dizer que as corporações do saber (art. 473, III, do CPC) conheceram o mundo através de conceitos abstratos e com pretensão de imutabilidade. Uma petição de postulados da modernidade. Está-se na pós-modernidade.

*Essa maneira de ver as coisas por enquadramentos não existe mais.*

Justamente, o Estado Constitucional não somente abarca as noções particularistas e pluralistas, que o diferencia da inércia modernista, como também admite a corrosão crescente dos supedâneos abstratos de outrora. Até a noção vertical da soberania repercute uma nova feição. Tanto que a doutrina<sup>16</sup> chega a comentar que forças corrosivas internas e externas implicam uma releitura da soberania, com ascensão da primazia do ser humano como o centro do pluralismo valorativo que unifica os sistemas jurídicos.

A experiência jurídica contemporânea convive com a

---

<sup>15</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, vol. 759, jan/1999, p. 25.

<sup>16</sup> “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

desterritorialização das relações, o que reflete um aspecto tecnológico altamente vinculado ao manejo da internet. A internet consiste na interface tecnológica que implodiu o monopólio “dos saberes”, o “autoritarismo tecnocrático”.

Dá se dizer que um modelo único e sobretudo *indutivo*, para *enquadrar pessoas em um manual de instruções psiquiátrico ou psicológico* é como pensar em engessar mentes e comportamentos na geladeira do tempo.

Por exemplo, vide o teste psicológico do *Rorschach*: ele se trata de um teste cuja validade é de seis meses; após esse prazo, o resultado pode ser outro; ainda pode ser lembrado que para uma avaliação mais precisa, ele deve ser acompanhado de outro teste, como o *Wais*, que tem mais objetividade e pode indicar, realmente, algum contraste em termos de *deterioro cognitivo*.

Isso é ciência definitiva? Se é definitiva, não é ciência; se é ciência, jamais é definitiva; e dentre as hipóteses científicas, é das mais limítrofes e superáveis por decurso do tempo e dos fatores ambientais e imanentes ao paciente.

Seja o *Roerschach* ou seja o *Wais* não implicam resultados definitivos.

*Um sem o outro, então – chega a ridicularizar a cognição do próprio paciente.*

Ainda, uma constatação é imprescindível – *todos esses testes psicológicos devem ser precedidos de entrevistas*, tantas quantas forem necessárias para a visualização do contexto do paciente (e de seus familiares), da anamnese suficiente como amostragem, sob pena de imprestabilidade absoluta do resultado. Sobre o resultado<sup>17</sup>, deve ser objeto de entrega

---

<sup>17</sup> A Resolução n° 6, de 29 de março de 2019 (CFP, 2019, p. 1-2), estabelece: CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve pautar sua atuação profissional no uso diversificado de conhecimentos, técnicas e procedimentos, devidamente reconhecidos pela comunidade científica, que se configuram nas formas de avaliação e intervenção sobre as pessoas, grupos e instituições; CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve atuar com autonomia intelectual e

compromissada, ao paciente, até pela dinamicidade imanente à testagem.

A transparência entre avaliador-paciente deve ser notória. Embora a Administração Pública – contrariamente à ética e à imposição Constitucional – faça *mistérios* que maculem todo o procedimento de aposentação.

No sentido pós-moderno, a condição humana é uma condição “social”, e não meramente estatal. Impossível se quedar em enquadramentos redondos se a cabeça é quadrada. O ser humano é um organismo em relações e para relações, sendo que o direito é nota instrumental ao ser humano – não o contrário. Nesse diapasão, Giorgio Oppo<sup>18</sup> é contundente ao resumir que a juridicidade que regulamenta as relações sociais não pode ser confundida com o poder estatal. O Estado não é apenas uma relação entre os indivíduos, antes o Estado é uma ferramenta que tutela as relações humanas sem, contudo, retirar a essência

---

visão interdisciplinar, potencializando sua atitude investigativa e reflexiva para o desenvolvimento de uma percepção crítica da realidade diante das demandas das diversidades individuais, grupais e institucionais, sendo capaz de consolidar o conhecimento da Psicologia com padrões de excelência ética, técnica e científica em favor dos direitos humanos;

CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve: construir argumentos consistentes da observação de fenômenos psicológicos; empregar referenciais teóricos e técnicos pertinentes em uma visão crítica, autônoma e eficiente; atuar de acordo com os princípios fundamentais dos direitos humanos; promover a relação entre ciência, tecnologia e sociedade; garantir atenção à saúde; respeitar o contexto ecológico, a qualidade de vida e o bem-estar dos indivíduos e das coletividades, considerando sua diversidade; CONSIDERANDO que toda a ação da(o) psicóloga(o) demanda um raciocínio psicológico, caracterizado por uma atitude avaliativa, compreensiva, integradora e contínua, que deve orientar a atuação nos diferentes campos da Psicologia e estar relacionado ao contexto que origina a demanda.

<sup>18</sup> “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale al’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <oggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

humana que, naturalmente, pode evoluir e organizar novas tendências contratuais, ou relações jurídicas ainda não previstas.

Por isso que o art. 473, III, do CPC não aparece sozinho.

Em seguida, o CPC parece organizar as coisas ao prever:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

O dispositivo permite *ao julgador determinar e/ou necessariamente avaliar criticamente o método utilizado pelo perito. Isso quer dizer contextualizar o paciente em relação à natureza das coisas – seja comparando-o aos demais sujeitos, seja fazendo outro perito atualizar bibliograficamente o acompanhamento científico da patologia.*

Um dispositivo cuja hermenêutica (tendo-se a impoção constitucional da PEC6/2019 e da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios da transparência, motivação e da razoabilidade) deve voltar para uma releitura do art. 473, III, do CPC – o juiz deve determinar o método de trabalho conforme os critérios que atualmente vigoram com maior satisfatoriedade para conferir confiança ao trabalho do perito. Uma situação que “abre” o sistema jurídico em termos de metodologia, transformando o julgador em um *gatekeeper* (guardião da prova) que se vale de critérios para aferir sobre a admissão e valoração da prova técnica<sup>19</sup>.

Experiência jurídica respaldada no citado case Daubert (datado de 1993) e que será retomada abaixo. Se a modernidade enfatizou esquemas dicotômicos e com pretensão de perenidade, a pós-modernidade se movimenta na dinâmica da velocidade do tempo-espaço, para deixar de lado os velhos enquadramentos e preconceitos, passando a organizar os verdadeiros critérios.

A única certeza do pós-moderno é que tudo é passageiro, tudo é dinâmico, hipersensitivo, heterogêneo, repleto de

---

<sup>19</sup> KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47 e seguintes.



particularidades, interdisciplinado. “O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor”<sup>20</sup>, como uma contingência que vai ao encontro da contradição das premissas do sistema pós-moderno.

O Estado Constitucional tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF) e o pluralismo. Além disso, firmou o compromisso de promover a liberdade e a igualdade, com a crescente solidarização em todos os campos do direito. Isso somente é possível através de mecanismos que privilegiam uma solução de coerência com o sistema verticalizado “desde a Constituição” – qualquer método de trabalho a ser adotado deve privilegiar os valores em tensão, valores que a própria Constituição, em alguma medida, já predispõe como prementes, sejam eles explícitos ou implícitos<sup>21</sup>.

O único valor reprovado é o valor-viciado, o valor-preconceito, o valor que não permite a transição entre os pluralismos e particularismos demasiadamente humanos (vide os meninos autistas em 1982 – e que não se retroceda a esse momento da ciência).

Por entre a dignidade e os valores a serem atingidos, está a técnica pericial no exame psicológico e psiquiátrico. Essa técnica deve permitir a observação holística (arquetípica) e analítica do sujeito, avaliar o prognóstico com calma e com alma, *sem deletérias encomendas molduradas em manuais burocráticos ou em obscuros desvios de finalidade*<sup>22</sup> travestidos em autoritária tecnocracia.

A força normativa da Constituição e o art. 479 do Código

---

<sup>20</sup> Erik Jayme, idem, p. 27.

<sup>21</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

<sup>22</sup> Ressaltando que uma perícia falsa é crime (art. 342 do CP) e faz o profissional perder o registro profissional. O sujeito que encomenda a perícia também responde por esse crime e, em alguns casos, por improbidade administrativa (art. 11, I, da Lei 8.429/92).

de Processo Civil implicam esse estado de coisas.

### 3 UMA MODULAÇÃO *SOLVE ET REPETE* (A PRETENSÃO DE LEGITIMAÇÃO PELA VAGUEZA MOTIVACIONAL)

Os detentores do poder (em seus estamentos aglutinados) elaboram verdadeiras operações de troca entre as classes dominantes, o que resta claro em uma série de programas rotineiramente cravados no desenrolar da história recente: (a) compromisso com o *overload* judicial; (b) axiomatização das decisões; (c) reformas de senso comum que obscurecem a carência social mais profunda.

O *overload* judicial é a sobrecarga da jurisdição. Ela interessa aos países segmentados em estamentos, porque o maior devedor da engrenagem social é o próprio Estado. Uma justiça lenta se trata de uma jurisdição que mantém os mesmos estamentos hierárquicos no poder. A aritmética é simples, clarividente e legitimada nos holofotes dos gabinetes ou camarins das TVs Senado, Congresso, dentre outras versões midiáticas.

Consequentemente, a resolução de litígios por axiomas, a decisão de processos por intermédio de linhas de montagem, também flerta com o soterramento dos ideais denominados “subversivos”. Se o legislador predispõe uma legislação benéfica aos artífices do poder, se os Tribunais Superiores homologam tal força de manutenção das estruturas – que devem manter o mesmo poder estabilizar a elite –, é salutar vincular uma eventual liberdade de movimentação dos entendimentos. Um acordo de superfície para que seja mantida a “ordem superior” (desde a escolha do julgador dos Tribunais até o acordo sobre a placar dos julgamentos, tudo fazendo parecer a *normalidade*, um suposto equilíbrio simbólico de *lobbies*).

O direito brasileiro – sobretudo o latino-americano – está no divã, porque eles se perdem por entre os programas de televisão que distraem o ilusório popular.

Assim trafega a latino-américa de cujos traços o Brasil não destoa.

Evidente que uma ou outra regra possa sobressair em curiosidade (no direito argentino, colombiano, uruguaio, dentre outros). O que interessa, no final das contas, é que independente da assunção por um ou por outro sistema – resolução de conflitos ou dimensão epistêmica; modelo demonstrativo ou persuasivo – , parece mesmo que a supremacia do direito está coligada à política. Ou melhor, o *jurídico pede licença* ao ambiente da politização.

Em termos probatórios, a tendência é a adoção de um sistema bifásico com uma fase organizatória do processo e, finalmente, com uma fase de instrução e julgamento. Uma saxonização, sendo que todas as fases são regradas por normas que preveem a admissibilidade da prova de maneira pouco rígida – somente existe limitação nas poucas regras sobre a prova legal ou presunções colocadas no sistema.

Com a aparente adoção da retórica generalista da “aceitação geral predominante” (art. 473, III, do CPC) que os juristas não costumam criticar, o Brasil retorna ao ano de 1923 (caso Frye) para delegar o julgamento ao perito – na prática, trata-se da adoção do senso comum em termos de perícia: porque não admite novas tecnologias, porque imagina ou quer acreditar que o laudo reproduz uma “verdade absoluta”, e porque ocorre uma extroversa delegação do dever de julgar para uma espécie de “comunidade de especialistas”.

*A efetiva valoração da prova pericial é jogada para debaixo do tapete das aparências.*

Seguindo esse dispositivo quanto à apreciação da prova, a operação jurídica deixa muito a desejar, sendo refratária ao dever de melhor motivar as decisões judiciais.

Uma motivação que sofre do *solve et repete*, alocando fórmulas vagas como “o juiz é o destinatário da prova” ou o “livre convencimento permite a ampla apreciação no ato de julgar”.

Na prática, o magistrado primeiro julga para depois justificar conforme um interesse sobrejacente, ao *modus da nova política*.

*Ocorre que o art. 473, III, deve ser coerente ao art. 479, ambos do CPC – e eles devem coerência aos valores e princípios da Constituição.*

A PEC6/2019 estabelece (art. 40, §2º, II) a necessidade de mais de uma avaliação para comprovar a alienação mental – isso explicita a adoção do modelo do caso Daubert, com a vigência de critérios para a valoração do método de trabalho.

O sistema jurídico transforma o julgador em um *gate-keeper* (guardião da prova) que se vale de critérios para aferir sobre a admissão e valoração da prova técnica.

A CONSTITUIÇÃO – pelos valores impostos, pelos princípios explícitos e implícitos; sobretudo, pela regra da transparência, da segurança jurídica e da IMPARCIALIDADE-CONFIABILIDADE e motivação nos julgamentos, impõe um punhado de critérios controlarem o exame pericial.

Nem tudo o que passa pela porteira da prova técnica deve ser admitido. O julgador (magistrado ou administrador) deve selecionar, deve desempenhar a figura de *guardião da prova*, considerando o avanço científico, a possibilidade expressa de nova perícia, a possibilidade de testemunho dos peritos bem como a necessidade da visão de contexto que a resolução de um caso merece – essas novas fórmulas somente são cabíveis quando dispensada a fórmula do caso Frye sobre a “aceitação geral dos especialistas”.

A regra do se “salve quem puder” está deitada no berço esplêndido do divã brasileiro. Para piorar, os *terapeutas da jurisdição estão mais confusos que os pacientes* – porque eles estão mais preocupados em se assegurar nos próprios cargos que resolver, efetivamente, as necessidades sociais.

Basta perguntar para alguns peritos: por que as coisas são feitas assim? Por que esse método? Por que essa técnica? Se já existem outras tão mais sofisticadas, avançadas, e que exploram

a visão de contexto do paciente de uma maneira mais objetiva?

A resposta, principalmente, quando advinda do serviço público – *é porque sempre se fez assim*.

O método da “aceitação geral” deixa várias lacunas: considerando a frenética realidade atual, não existe consenso geral em nenhum campo científico; e se os especialistas dissentirem, qual seria o percentual considerável para a dissuasão; se o método tem aceitação abstrata, mas pouca ou menor aceitação concreta; não existem fontes para determinar o que é melhor ou pior em termos de tratamento, a depender da amostragem dentre os pacientes.

Diversas questões problematizam a tal *aceitação geral*.

O Brasil adormeceu em 1923 (?).

#### 4 A RELEITURA DA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA NA ROTINA CIENTÍFICA BRASILEIRA

A evolução da ciência é notória na rotina pós-moderna.

As três críticas elaboradas contra o modelo do caso Frye justificam a adoção de uma nova metodologia em termos de prova pericial: (a) não existe verdade absoluta, ainda mais em se tratando *soft science como a perícia psiquiátrica*; (b) o próprio Código de Processo Civil prevê a necessidade de substituição do perito (art. 468), de mais de uma perícia (art. 480), da refutação da perícia (art. 479 ou do testemunho de perito (art. 464, §2º), tudo para a finalidade de ampliar a linha de visada do julgamento – a Constituição abarca e determina esse estado de coisas, inclusive a reforça da CF, até porque a PEC6/2019 confere nova redação ao art. 40, §2º, II, então estabelecendo a necessidade de “mais de uma avaliação” para constatar a incapacidade do servidor público; (c) finalmente, a suposta aceitação geral por uma comunidade de especialistas é algo desconstruído com o mundo atual.

O critério único da aceitação geral é descolado da

realidade porque não ocorre unanimidade entre os profissionais. Ainda, porque não tem como se documentar essa suposta concordância devido a problemas quanto à amostragem e ao número de profissionais que estariam envolvidos na cooperação. Tudo isso sem falar em novas técnicas que irrompem a cada dia bem como em se considerando que eventual concordância abstrata não resulta em necessária concordância concreta entre os expertos. Um conservadorismo ultrajado.

Por isso que o sistema jurídico brasileiro trafega nitidamente para adotar critérios que permitam realmente valorar a prova pericial, discutindo sobre a metodologia e avaliando o contexto dos fenômenos. Sobretudo, tendo em vista que as propostas técnicas consistem em verdadeiras “hipóteses de trabalho” que podem ser superadas a qualquer momento.

Nem a coisa julgada é eterna. A perícia judicial – mormente a perícia psiquiátrica – jamais será eterna, jamais será definitiva ou jamais será eterna (como se preferir denominar).

Por isso o critério (standard) único da aceitação geral não é mais admitido no sistema jurídico, que passou a adotar uma série de critérios que elevam o juiz em verdadeiro *gatekeeper* (guardião) da prova pericial. A questão foi desencadeada em precedente jurídico no ano de 1993, nos Estados Unidos – o caso *Daubert*, no qual se reclamava a indenização pelos efeitos funestos de um medicamento e que acabou positivado na *Rule 702* dos *Federal Rules of Evidence*.

A *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos (país que formou academicamente o feitor da reforma da previdência, Ministro Paulo Guedes) elenca os padrões para aferir o índice de confiabilidade da prova técnica.

Para além do critério único da aceitação geral entre os especialistas, houve uma sistematização de critérios que pautam a validade e a efetividade da perícia – fatores inicialmente aferidos no *case Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113, S. Ct. 2786 (datado do ano de 1993): (a) possibilidade

de se verificar e de se comprovar falsa a teoria em que se baseia a prova científica; (b) o percentual de erro relativo à técnica empregada; (c) o domínio sobre a teoria ou a técnica em questão por parte de outros especialistas; (d) o consenso geral da comunidade científica interessada<sup>23</sup>.

Os critérios desenvolvidos em inúmeros casos concretos acabam sendo ilustrados pela norma constitucional (*by the case to the law*). A determinação por mais de uma perícia/avaliação vale como uma *peritus peritorum*<sup>24</sup>, no sentido de valorizar a possibilidade de inclusão do servidor bem como salvaguardar a eficiência da Administração – ainda, prevenindo o desperdício do dinheiro público com uma aposentação indevida.

Conforme Danilo Knijnik<sup>25</sup>, o modelo do juiz guardião da prova (*gatekeeper*) “comete expressamente ao julgador a eminente e delicada função de avaliar, ele próprio, o método utilizado pelo perito, no sentido de, por um lado, barrar o emprego da pseudociência, métodos inconfiáveis ou inconsistentes; e, de outro, permitir um enriquecimento do debate pericial, com sua abertura a novas ciências e proposições, mormente no campo das ciências sociais, técnicas e métodos, segundo critérios predeterminados que balizarão a discussão em contraditório”.

Daí a leitura do art. 473, III deve ser conjugada à determinação do art. 479 – o juiz deve indicar o critério e as possibilidades de falseabilidade e do cometimento do erro, alertando para que seja tomada uma visão de conjunto da questão bem como nomeando outro perito ou designando nova perícia em caso de suspeição acerca da precisão da conclusão, ou ainda no receito da quebra da parcialidade do perito.

O Código de Processo Civil deve ser manuseado em

---

<sup>23</sup> Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 306.

<sup>24</sup> ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 196/9.

<sup>25</sup> Idem, cit., p. 44.

coerência<sup>26</sup> aos ditames da Constituição. Assim, evidente que a ciência somente existe para testar novas hipóteses de trabalho, de maneira que ao se afastar essa dinâmica, a ciência não passa de uma série de tradições particulares e atarracadas a um perfil ortodoxo de vangloriar os corifeus em sua própria base histórica de racionalidade divulgada, analisa Paul Feyerabend<sup>27</sup>. O autor refere que a condição de consistência da ciência que exigir que novas hipóteses sejam testadas somente a partir dos velhos métodos é um discurso de apoucamento que mantém o estado da arte no mesmo lugar.

Nesse sentido, a proliferação de teorias, de hipóteses, de conclusões e o decisivo aperfeiçoamento científico depende sobretudo de novas técnicas e novos métodos que coloquem em xeque o falseamento dos velhos aforismos – o Judiciário e a Administração devem zelar por isso, sob pena de afastar as próprias sentenças e atos administrativos da realidade do mundo contemporâneo (fazendo-os *flatus vocis*).

A matriz do novo standard da prova científica encerra critérios que pautam tanto a admissibilidade da prova como a possibilidade de valorar a metodologia da prova pericial. A abrangência é maior, crescente a responsabilidade do julgador, e o sistema jurídico predispõe de mecanismos que detonam a circularidade do contraditório para dinamizar a precisão das conclusões – sendo que o verdadeiro exercício judicial/administrativo está no método eleito.

Fatores que atualmente são aceitos pelas Cortes Supremas brasileiras.

## 5 O DESVIO DE FUNCIONALIDADE METODOLÓGICO (OU O ABUSO DO *COMPLIANCE* PERICIAL)

---

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 170/1.

<sup>27</sup> FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011, 273.



O direito britânico também se preocupa em *pautar critérios* que possam ser algo controlados em julgamentos, ainda mais quando submetidos ao *trial by jury*. Daí a importância de adensar a análise sobre a metodologia da prova pericial tanto na admissibilidade quanto na valoração da prova.

*O direito não deve organizar mero enquadramentos axiomáticos, antes deve pautar critérios racionais* – daí a pretensão correção das soluções jurídicas, seja por intermédio da perícia, seja pela análise crítica dos princípios e da metodologia da prova pelo trabalho do *gatekeeper* (juiz ou administrador).

O documento “The admissibility of expert evidence in criminal proceeding in England and Wales. A new approach to the determination of evidentiary reliability”<sup>28</sup> demonstra tal evolução que acolhe as premissas entabuladas no caso Daubert:

In a criminal trial, a jury or magistrates’ court is required to determine disputed factual issues.

Experts in a relevant field are often called as witnesses to help the fact-finding body understand and interpret evidence with which that body is unfamiliar.

The current judicial approach to the admissibility of expert evidence in England and Wales is one of *laissez-faire*.

Too much expert opinion evidence is admitted without adequate scrutiny because no clear test is being applied to determine whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted.

This problem is exacerbated in two ways:

First, because expert evidence (particularly scientific evidence) will often be technical and complex, jurors will understandably lack the experience to be able to assess the reliability of such evidence.

There is a danger that they may simply defer to the opinion of the specialist who has been called to provide expert evidence. Secondly, in the absence of a clear legal test to ensure the reliability of expert evidence, advocates do not always cross-examine experts effectively to reveal potential flaws in the experts’ methodology, data and reasoning.

---

<sup>28</sup> Acesso em 13/7/2019, localizado em: <https://www.lawcom.gov.uk/project/expert-evidence-in-criminal-proceedings/>

Juries may therefore be reaching conclusions on the basis of unreliable evidence. This conclusion is confirmed by a number of miscarriages of justice in recent years.

Isso quer dizer que a perícia não é atributo da *black box* dos peritos.

Na interface com o direito, é devido o controle da metodologia e do contexto que pode arrefecer conclusões açodadas – falando-se em *soft science*, há espaço para máximas de experiência comum que podem ser “esquecidas” pela rotina dos avaliadores. Dentre outros aspectos imanentes que, por si sós, acabam por invalidar o trabalho científico.

O caso Daubert é aceito como standard na jurisprudência do STF, conforme excerto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 363.889-DF, Pleno, DJ 15/12/2011:

Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo<sup>39</sup>, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper<sup>40</sup>; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada. Na essência, como esclarece, neste ponto, o Prof. Leonardo Greco, a “Corte Suprema americana, nesse leading case que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a

própria ciência não é capaz de 38 Alertam para esse risco ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011, p. 94 e segs.; e GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil – Processo de conhecimento, Vol. II, 2010, p. 286-7. 39 TARUFFO, Michele. Ciencia y proceso, In: Páginas sobre justicia civil, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009, p. 464. 40 Para uma crítica desse primeiro critério, v. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011, p. 25 e segs. 38 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1261892. Supremo Tribunal Federal RE 363.889 / DF convencimento motivado de valoração da prova civil (CPC, art. 131)38 . Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo39, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper40; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada. Na essência, como esclarece, neste ponto, o Prof. Leonardo Greco, a “Corte Suprema americana, nesse leading case que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente

científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.

A prova pericial deve atender a critérios.

Um exemplo é autoexplicativo.

Um servidor público solicita uma licença-saúde, pelo fato de estar enfrentando estresse grave na lida com a jurisdição criminal. Desde o primeiro encontro – observe-se: desde o primeiro encontro – a médica psiquiatra se desapega de critérios, mas já o enquadra em uma categoria paranóica, delirante ou psicótica.

Não ocorre a devida anamnese tampouco a exploração do contexto do paciente, na medida em que uma consulta de 20 minutos não se permite aprofundamento na contextualização do problema. Isso já indica um fato contrário à técnica: uma solução açodada não vai ao encontro curativo-preventivo em tratamento clínico da situação em serviço público, até por que a própria Administração sugere que seus servidores peçam ajuda quando enfrentem problemas como ameaça de morte ou perseguições, ao trabalharem com a jurisdição criminal.

Por “estranha coincidência”, esse servidor foi promovido no mesmo dia em que apresentou o atestado médico para a licença – porém, sem contraditório e sem ampla defesa, ele foi literalmente *preterido da promoção*, algumas semanas depois a referida consulta psiquiátrica, sob um argumento *a latere* de que aparentemente não teria cumprido algum requisito obscuro do certame de promoção, ao contrário dos demais sujeitos promovidos (sendo que os promovidos também não teriam cumprido esse requisito). A vaga fundamentação é algo como procurar um *solve et repete* subsidiário. Desiludido, o servidor remeteu emails diretos para os superiores hierárquicos, perguntando o que estava havendo e se colocando à disposição para discutir

publicamente sobre os critérios que reputam a meritocracia em promoção por merecimento, fazendo uso de seu direito constitucional de livre expressão. Justamente isso pode ter desencadeado fator estimulante de uma punição às avessas (em desvio de finalidade).

Porque o servidor público não foi ouvido tampouco respondido.

Como o servidor não estava na ativa e não poderia responder a PAD, em seguida à remessa dos emails, ele foi submetido a mais um exame psicológico no qual – o psicólogo *sem* realizar exames e entrevistas prévias (o que é imposto pelo *compliance* do Conselho Federal de Psiquiatria) – saiu aplicando o subjetivo teste *Roerschach* para imputar as suas subjetivas aferições (lembrando que esse teste tem duração de 6 meses, segundo o Conselho Federal de Psicologia). Após algumas prorrogações, porque o servidor já avistara um nicho de cruzada contra as bruxas, ainda, o servidor foi submetido a uma tendenciosa inquirição perante a junta médica que não aprofundou o que os referidos profissionais relataram em suas fichas (sem ter sido alertada sobre a possibilidade de acompanhamento de assistente técnico), e ainda lançaram um autodenominado “laudo definitivo” e de “prognóstico restrito” – o que por si só contraria os mais comzeinhos ditames da lógica da prova científica.

Sem contraditório; sem possibilidade de fornecer um contraditório por especialista (assistente técnico); sem a devolução dos exames, para saber do que o estavam literamente acusando; com falha na amostragem, porque as consultas não eram tecnicamente válidas na medida em que não substancializadas em entrevistas prévias – mas somente se valiam de especulações mais da espécie fofoca que propriamente lançamentos clínicos.

Tudo a culminar em um laudo incapacitante.

Esse tipo de laudo é inválido por imanência principiológica (o resultado é suicida por ele mesmo perante a aceitação geral das revoluções científicas); e esse tipo de laudo é inválido

por desvio procedimental e desvio de *compliance* no decorrer do trâmite que deveria observar uma metodologia transparente e sem causar surpresas ao paciente.

A violência está não apenas no arrepiante resultado autoimputável que transcende a ordem natural da lógica científica. A violência está em uma série de indícios que retiram do *check list*<sup>29</sup> de critérios a questão da possibilidade de falseabilidade científica e da falta de confiança que mantém a necessária ideia de imparcialidade dos peritos no teste empregado. Com efeito, quando o perito obscurece o exame que está sendo feito, quando há surpresas contra o paciente, quando existem “coincidências” entre a prática médica e as determinações de superiores hierárquicos – tudo indica que ocorre uma violação de *compliance* contra o servidor, porque nisso está o desvio de finalidade: a tentativa é de punir o sujeito, mas com a denominação de teste pericial.

Isso é agravado quando *a Administração, de maneira concatenada lógica e cronologicamente com o departamento médico, interfere na promoção do servidor*. Fato que descobre um aparente desvio de finalidade sobre a perícia bem como sobre o preterimento da promoção. Tais fatos não poderiam se confundir; em se confundindo, nessa profusão concatenada de agires administrativos, todo o *procedimento é nulo desde a origem* – por macular a Constituição, a transparência, a moralidade, o dever de motivação e, ainda, pode ensejar a responsabilização por crime de responsabilidade dos artífices com poder de decisão que capitanearam esse procedimento.

A perícia é coisa séria. Deve atender a método – aparelhado em critérios.

O laudo da junta médica arreventou com todos os critérios que deveria preservar: a confiabilidade (ela é suspeita); a falseabilidade e a possibilidade do erro (demais peritos não confirmam as hipóteses lançadas como conclusão); a péssima

---

<sup>29</sup> Danilo Knijnik cit. P. 196 e seguintes.

amostragem que se demonstrou tendenciosa; o plano de trabalho absolutamente descolado com a produtividade do servidor em seu ambiente funcional – ou seja, os peritos não se valeram de análise behaviorista, mas de um discurso sigiloso de ambulatório, que mais passou a parecer um discurso sujeito a fofocas e manipulação (até porque descontextualizado e sem a devida devolução ao paciente). Um resultado nulo de pleno direito.

Mais curioso que foi apontado o deterioro cognitivo desse servidor – cuja produção funcional e intelectual é acima da média. Isso soa ridículo ao departamento médico que demarcou a hipótese da incapacitação. Outras trinta juntas médicas analisariam de maneira diferente.

Por isso a validade imperante do art. 479 do CPC.

A prova pericial consiste em um standard. A racionalidade dessa prova, tratando-se de perícia psicológica, é ainda mais delicado para se manter digno de prevalecer sem que parece uma certa perseguição contra um servidor.

## CONCLUSÃO

Desde a primeira linha deste ensaio até a presente palavra – o mundo já mudou.

Qual a racionalidade (pretensão de correção) de uma perícia psiquiátrica que se autodefine como definitiva?

Qual a racionalidade (pretensão de correção) de uma perícia psiquiátrica que impõe um diagnóstico restrito e desconsidera o contexto pessoal e as habilidades intelectuais do paciente?

A racionalidade é a seguinte: o compromisso de manutenção dos próprios cargos ao satisfazer a *pretensão correicional* da chefia. Um reflexo da hierarquia corporativa (e nada gestora da eficiência) que impera há quinhentos anos no país do futuro, e ocasiona um desvio de normalidade do *compliance* necessário às instituições públicas e seus agentes – sob pena de improbidade administrativa.

O juiz ou o administrador são o guardião da prova. Logo, devem observar a admissibilidade a valoração no que toca aos princípios da prova pericial, ao procedimento dessa prova, ao uso corrente e técnico da metodologia bem como para evitar resultados teratológicos. O resultado também deve ser avaliado quando é desencontrado da própria essência científica.

Os prognósticos restritos ou autodenominados definitivos – quando parecem atender a eventos “coincidentes” a outras manobras administrativas – contrariam até a Lei 12.842/13:

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;

II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Uma perícia açodada ou com método defasado ou desviado da *compliance* se trata de ato jurídico nulo.

Dá que pode haver uma nova perícia ou a colocação da perícia suspeita em contraditório entre peritos para tal demonstração. De qualquer maneira, mas quando o caso é tão esdrúxulo em termos de contexto paciente-laudo, o melhor é recomençar a investigação com o desentranhamento de um laudo que parece balançar na própria parcialidade, no coeficiente de confiança não apenas para quem determinou a prova, mas para o jurisdicionado ou para o administrado, sujeitos que verticalizam a necessidade da perícia em termos da dignidade da pessoa humana como fundamento.



## REFERÊNCIAS



- ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Provas e instrumentos cognitivos do juiz. In *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. Coord. da Tradução por Marinoni, Arenhart e Mitidiero. No prélio à publicação. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, item 5.5.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.
- HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- \_\_\_\_\_. Legal probabilism: an epistemological dissent. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos

- Tribunais, vol. 759, jan/1999.
- KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. In ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos da prática judiciária*. 3ª ed. Campinas, Milenium 2010.