

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
FELIPPE DA SILVA AFONSO

**O RECURSO À CIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DA
RACIONALIDADE DA PROVA PERICIAL**

Juiz de Fora

2017

RECURSO À CIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE DA PROVA PERICIAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração do Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

FELIPPE DA SILVA AFONSO

O RECURSO À CIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE DA PROVA PERICIAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração do Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Diniz Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. José Antônio Chehuen Neto

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Ms. Ludmilla Camacho Duarte Vidal

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Ms. Thaís da Silva Barbosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 24 de novembro de 2017

Dedico este trabalho a todos os assistidos da Defensoria Pública da União – JF, por pagarem com a própria vida o preço de uma tutela jurisdicional irracional.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da minha graduação vi o quão apaixonante é estudar o Direito Processual Civil e uma pessoa foi essencial para essa escolha. Dedico, inicialmente, o presente trabalho a minha querida professora e eterna orientadora Clarissa Diniz Guedes que me fez olhar com outros olhos para o processo. Por ser minha fonte de inspiração docente e me dar forças para todos os dias lutar por um processo justo e democrático. Muito obrigado por toda orientação, confiança e por acreditar no resultado deste trabalho.

Às professoras Isabela Gusman e Flávia Lovisi por serem duas mães e amigas que ganhei. Muito obrigado por sempre acreditarem em mim me dando estímulos para sempre seguir em frente.

Ao professor Márcio Faria por sempre ter sido um professor muito atencioso comigo e ter me ajudado em tudo que precisei ao longo desses cinco anos.

Ao estimado professor Karol Durço, pessoa que tive o prazer de trabalhar junto durante o ano de 2017 e me fez crescer como profissional.

Não poderia deixar de agradecer uma amiga e grande professora que tive. Muito obrigado por compartilhar o lado bom da vida comigo, querida Kelvia Toledo. À você meus sinceros agradecimentos.

Às minhas fiéis companheiras do dia-dia, nem sempre em corpo, mas sempre em alma, Bárbara Guido, Sarah Zanetti e Natália Castro os três grandes presentes que a vida me deu. Por estarem comigo sempre me escutando e dando os melhores conselhos (mesmo que eu não os escute). À vocês três, todo meu amor e companheirismo do mundo.

Por sempre acreditar em mim mais do que eu mesmo, Ludmilla Vidal, minha amiga querida, que felizmente entrou em minha vida para agregar com sua amizade.

Aos amigos da 1ª vara cível, que me deram a oportunidade de, desde os primórdios da graduação estudar o processo e desde logo me apaixonar, sendo assim, lhes imponho o meu muito obrigado, em especial ao Dr. Mauro Pittelli e ao Wagner Werneck. À DPU, em especial a Dr. Pedro Teixeira, por sempre ter acreditado no meu trabalho e ter me dado a oportunidade de compartilhar um pouco de conhecimento.

Ao professor José Antônio Chehuen, por se dispor em me ajudar neste trabalho, compartilhando um pouco sobre a perspectiva médica.

Aos meus familiares e à família Zaidan (que também é minha família) por sempre estarem ao meu lado torcendo pelo meu sucesso.

“Encarar a vida pela frente... Sempre...
Encarar a vida pela frente, e vê-la como
ela é... Por fim, entendê-la e amá-la pelo
que ela é... E depois deixa-la seguir...
Sempre os anos... Sempre o amor...
Sempre a razão... Sempre o tempo...
Sempre... As horas”. *Virgínia Woolf*

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. PREMISSAS BÁSICAS A RESPEITO DO CONCEITO DE PROVA.....	02
3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA NO TOCANTE À RACIONALIDADE E APRECIÇÃO DA PROVA CIENTÍFICA NO COMMON LAW ESTADUNIDENSE	05
3.1. FRYE X UNITED STATES.....	06
3.2. <i>THE FEDERAL RULES OF EVIDENCE</i> DE 1975.....	08
3.3. O CASO <i>DAUBERT X MERREL DOW PHARMACEUTICALS</i>	09
3.4. <i>GENERAL ELETRIC CO. VS. JOINER</i>	11
3.5. <i>KUMHO TIRE COMPANY, LTD. V. CARMICHAEL</i>	12
3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE A UTILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA PARA ESTABELEECER CRITÉRIOS À ADMISSÃO E VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO	14
4. UMA ANÁLISE DE CASOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUIZ DE FORA – MG NO QUE TANGE DECISÕES DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PARA CÂNCER	15
4.1. PROCESSO NÚMERO 45574920164013801.....	19
4.2. PROCESSO NÚMERO 10003002720174013801.....	22
4.3. PROCESSO NÚMERO 43631520174013801.....	24
4.4. UMA ANÁLISE DOS LAUDOS PERICIAS E DECISÕES JUDICIAIS APRESENTADAS NESTE CAPÍTULO.....	26
4.5. O OUTRO LADO DA MOEDA: UMA ANÁLISE DOS LAUDOS SOB A LUZ DA TERMINOLOGIA E LINGUAGEM TÉCNICO-CIENTÍFICAS.....	32
5. UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL SOB A PERSPECTIVA DO PERITO-JUIZ.....	36
6. CONCLUSÕES	39
REFERÊNCIAS	41

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a racionalidade da prova pericial nas decisões judiciais para a concessão de medicamentos para o câncer. Para tanto, será feita uma análise da trilogia *Daubert*, analisando a evolução da jurisprudência norte-americana em face do controle judicial da prova pericial. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de conteúdo, em que foram analisados três laudos periciais e tendo como marco teórico a evolução jurisprudencial norte-americana (trilogia *Daubert*). A escolha do objeto de pesquisa se deu em virtude da atuação prática do autor com processos dessa natureza, o que fez despertar o interesse no estudo da racionalidade da prova pericial. Ademais será abordada a perspectiva médica, bem como a análise jurídica dos laudos médicos periciais. Critica-se, neste trabalho, a ausência de um rigor terminológico conceitual médico nos laudos periciais, bem como a falta de controle jurisdicional em face do perito. O que se busca é um laudo pericial racional e um juiz que não aceite como absoluta todas as conclusões do perito, para só assim objetivar uma tutela jurisdicional justa, racional e efetiva.

Palavras-chaves: prova pericial; racionalidade; controle judicial.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the rationality of expert evidence in judicial decisions for the granting of cancer drugs. To do so, an analysis of the Daubert trilogy will be made, analyzing the evolution of US jurisprudence in the face of judicial control of expert evidence. It is a qualitative research in which three expert reports were analyzed and having as theoretical framework the North American jurisprudential evolution (Daubert trilogy). The choice of the object of research was due to the author's practice with processes of this nature, which aroused interest in the study of the rationality of expert evidence. In addition will be approached the medical perspective, as well as the legal analysis of expert medical reports. We criticize, in this work, the absence of a medical conceptual terminological rigor in the expert reports, as well as the lack of jurisdictional control in the face of the expert. What is sought is a rational expert report and a judge who does not accept as absolute all the expert's conclusions, only to objectify a just, rational and effective judicial protection.

Key words: expert evidence; rationality; judicial control.

1 – INTRODUÇÃO

O uso de noções técnico-científicas no processo judicial não é algo novo. Pelo contrário: há muito tempo a prova pericial tem sido utilizada para auxiliar o juiz em face de conhecimentos especializados, em relação aos quais não dispõe - ou não necessita dispor - de entendimento em virtude de sua formação não ser especializada naquela área.

Nesse sentido, de integração e interdependência entre o direito e a ciência, que surge a prova pericial discutida neste trabalho. A prova científica ainda não é algo pacífico, havendo inúmeras problemáticas.

O maior expoente da discussão sobre a prova científica é o direito norte-americano. Nos Estados Unidos, os primeiros grandes questionamentos sobre a admissibilidade de técnicas científicas como meio de auxiliar o processo surgem na década de 1930. Desde então, o problema não foi pacificado, tendo evoluído com o passar dos anos, atingindo seu ápice na década de 1990 com o julgamento dos casos da trilogia *Daubert* pela Suprema Corte Norte-Americana, em que foram estabelecidos os critérios de admissibilidade da prova pericial. Atualmente, depois de tantos anos desde o julgamento do último caso da trilogia *Daubert*, a questão da admissibilidade da prova científica ainda é polêmica, sendo alvo de ampla discussão no meio jurídico norte-americano.

Este trabalho está inserido na busca de uma melhor compreensão da prova pericial, objetivando, através da análise dos aspectos centrais do instituto, analisar a racionalidade dos laudos periciais das decisões judiciais de concessão de medicamentos para o câncer na Comarca de Juiz de Fora. Tendo em mente tal objetivo, o texto foi organizado da seguinte forma: inicialmente foi feita uma breve análise sobre o conceito de prova; após, foi abordada a evolução jurisprudencial norte-americana sobre admissibilidade e valoração da prova pericial; feito tal estudo, partiu-se para a análise prática de três laudos periciais sobre os processos judiciais de concessão de medicamentos para câncer, apresentando uma perspectiva da racionalidade jurídica da prova pericial e uma abordagem médica, como o outro lado da moeda; por fim, foi feita uma análise crítica da racionalidade da prova pericial no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando alguns pontos controvertidos sobre o instituto da prova pericial.

Como será demonstrado, a prova pericial e as problemáticas da sua admissibilidade e valoração mostram-se atuais e relevantes no contexto do direito processual civil brasileiro. E a tendência é a de evolução da interação entre o processo e a ciência, tendo em conta que quanto aos avanços da última não se vislumbram sinais de desaceleração e o direito deve acompanhá-los de forma racional e justa.

A hipótese apresentada neste trabalho consiste na ausência de racionalidade dos laudos periciais, com ênfase na ausência de rigor terminológico conceitual utilizado pelos profissionais médicos nas periciais judiciais para concessão de medicamentos, o que pode gerar a transferência do poder jurisdicional do juiz para o perito.

Através desta hipótese, serão analisados três laudos periciais escolhidos em que ambos possuem o mesmo objeto. Questiona-se se há uma metodologia científica na perícia e, se sim, se é exposta para o jurisdicionado e o juiz, bem como se os termos utilizados na perícia são explicados pelo perito, garantindo o rigor terminológico conceitual e um possível controle judicial desta perícia.

2 – PREMISSAS BÁSICAS A RESPEITO DO CONCEITO DE PROVA:

Uma das grandes ilusões da modernidade é acreditar que todo aquele que teve um direito material lesado irá obter uma tutela jurisdicional efetiva e justa, capaz de lhe assegurar o pleno gozo de seus direitos.¹

O direito nasce dos fatos, e não há, até o presente momento, um método científico capaz de remontar os fatos como ocorreram, de forma absolutamente segura e aceita por todos. Não é aceito pelo jurisdicionado qualquer reconstrução dos fatos, mas sim, aquela que é considerada como autêntica pela coletividade.²

Alessandro Giuliani afirma que toda ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova.³

Guzmán⁴ afirma que a prova possui uma função cognitiva, no sentido de que, através dela, a verdade de uma determinada hipótese pode ser determinada. Neste sentido, afirma que a prova possui uma função demonstrativa, apontando que o termo "demonstração" não é matemático, isto é, em ciências formais, mas atribuindo um sentido mais vago que atribui o senso comum, onde demonstrar significa mostrar que existem elementos ou motivos suficientes para assumir uma afirmação como fundada. É apenas esse sentido que se pode dizer que a prova assume uma função demonstrativa.

A prova também funciona como um elemento de justificação, servindo para justificar racionalmente o julgamento dos fatos, isto é, a concatenação e a combinação das inferências em função das quais a asserção dos fatos é assumida como verdadeira.

¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92

² GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92

³ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè, reedição inalterada, 1971. P. 23.

⁴ GUSMÁN, Nicolás. *La verdade em el processo penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 99

Afirma, Guzmán⁵, ainda, que a racionalidade das decisões depende da sua justificativa, que não se baseia em outras coisas além das provas, a partir das quais as inferências lógicas são realizadas e levam à aceitação de uma hipótese como verdadeira.

Guzmán, diz que não parece viável reduzir a justificação legal a mera persuasão, uma vez que a aceitabilidade de uma hipótese como verdadeira não dependerá do fato de que o juiz tenha sido persuadido disso, mas sim, da coerência entre o material probatório e a hipótese que é confirmada e, por outro lado, a sua maior capacidade explicativa em relação a verdade que pode ser usada em um processo cognitivo, isto é, as únicas condições contra as quais podemos aceitar a pregação da verdade em relação a uma certa hipótese, que, por sua vez, permite um controle racional da motivação contida na sentença.

A partir do momento que se concebe a função demonstrativa da prova, admite-se a possibilidade de uma fixação dos fatos mais próximos à verdade fenomênica e essa fixação será tanto mais próxima da realidade fática quanto maior for a importância conferida pelo sistema de busca pela verdade.

Em outro sentido, a percepção de uma função persuasiva da prova permite concluir que a finalidade desta não é apenas investigar e alcançar a verdade, mas também atribuir credibilidade e legitimidade à conclusão alcançada pelo juiz (e também das partes) acerca dos fatos. A função persuasiva tem um objetivo fundamental para a solução do litígio por outras vias que não o julgamento pelo Estado-juiz (como por exemplo a autocomposição), uma vez que confere às partes uma visão mais clara sobre as chances de êxito ou insucesso no processo.

É inadmissível que se tenham julgamentos sem a demonstração mais fiel possível do mundo dos fatos, sob pena de configurar autoritarismo judicial.

Noutro giro, em virtude do sistema de provas legais, adotado na Idade Média, os magistrados se libertaram da preocupação de reconstruir a realidade da vida, ainda que por mecanismos religiosos, dialéticos ou retóricos, e passaram a seguir critérios legais, como se a verdade a ser buscada no processo fosse uma verdade própria, diferentemente daquela ocorrida no mundo dos fatos.

É com o advento das provas legais que os juízes se emanciparam das ordálias germânicas e, ao mesmo tempo, o direito probatório se submeteu à autoridade da Igreja e à do

⁵ GUSMÁN, Nicolás. *La verdade em el processo penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 100.

Soberano. Neste sentido, o Direito passa, então, a ter suas próprias regras quanto à admissão e avaliação das provas, de acordo com Greco.⁶

A busca da verdade pelo juiz se desprende das outras ciências, da filosofia e da lógica, e a verdade do processo passou a ser uma verdade artificial, rigidamente disciplinada pelo peso que o sistema das provas legais atribuía a cada prova.

A partir do século XVIII, expandiu-se a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, e o sistema de apreciação da provas passou a ser o da livre-convicção motivada ou da persuasão racional, segundo os quais o juiz deve julgar a causa em conformidade com os fatos e circunstâncias constantes nos autos, expondo na sua decisão as razões da formação do seu convencimento.

Greco⁷ afirma que o sistema normativo da livre-convicção motivada não abandonou todas as regras que direcionavam a apreciação das provas no sistema anterior, das provas legais. Este autor leciona, ainda, que uma concepção puramente positivista do sistema normativo do livre convencimento motivado artificializaria a investigação dos fatos, distanciando-a dos métodos e regras de outras áreas de conhecimento ou de experiência, e, desse modo, dificultando a busca da verdade e favorecendo decisões arbitrárias.

Sendo assim, Greco⁸ finaliza seu entendimento, afirmando que um moderno sistema probatório há de ser um sistema aberto ao intercâmbio com todas as áreas do conhecimento humano, em que as limitações probatórias sejam apenas aquelas impostas por imperativos éticos ou humanitários, e em que o livre-convencimento se desenvolva através de critérios objetivos e racionais, capazes de assegurar a confiabilidade do resultado como o mais próximo possível da verdade.

Com efeito, a prova é algo que o Direito partilha com a realidade da vida, com o cotidiano humano. Logo, é um método de investigação partilhado por diversas áreas do conhecimento humano que busca apreender a realidade da vida e do mundo que nos cerca.⁹

É neste contexto que se insere a prova pericial, que diante de hipóteses fáticas que seja necessário especiais conhecimentos, o juiz diante de suas limitações cognitivas faz-se necessário o auxílio de uma pessoa que detenha de conhecimentos especializados. Tudo isso em virtude de se tentar alcançar de forma mais fiel tudo aquilo que ocorreu no mundo dos fatos para que se possa prolatar uma decisão judicial minimamente justa.

⁶ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Campos, 2005, p. 370.

⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

⁹ SPINELLI, Michele. *Las Pruebas Civiles. Traducción de Tomás A. Banzhaf*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 34-35.

3 - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA NO TOCANTE À RACIONALIDADE E APRECIÇÃO DA PROVA CIENTÍFICA NO *COMMON LAW* ESTADUNIDENSE

O sistema de *common law*, desde a antiguidade, já dispunha de formas para trazer ao processo os conhecimentos técnicos de determinadas pessoas, qualificadas na área do saber humano pretendido, para auxiliar o Estado na formação de decisões. Tais formas consistiam basicamente em dois métodos: os *special juries*, nos quais os próprios jurados eram dotados de conhecimentos específicos que pudessem auxiliar na obtenção de uma decisão justa, e as *expert witnesses*, que eram pessoas de elevado conhecimento chamadas pelo juiz para exercer a função de peritas, a fim de auxiliar o juiz ou o júri na compreensão de certos aspectos.¹⁰

Ao cabo, nos *special juries*, os *experts* não auxiliavam o júri na compreensão dos detalhes técnico-científicos necessários à solução do litígio, como ocorre atualmente, uma vez que tais júris já eram compostos por *experts*.¹¹

Ao longo do tempo, os *special juries* foram perdendo espaço, dando lugar a um júri composto por pessoas leigas aos fatos específicos da demanda. Prevaleceu, portanto, o modelo no qual pessoas dotadas de conhecimentos elevados eram convocadas para cooperar na solução do litígio, na forma de *expert witness*.¹²

Até o final do século XVIII, testemunhas dotadas de conhecimentos especializados eram convocadas pelo juiz para apresentar suas opiniões e conclusões ao júri. Com o passar do tempo, os procedimentos legais do *common law* estadunidense tornaram-se cada vez mais adversariais, no que tange o protagonismo das partes de modo que, a partir da segunda metade do século XVIII, as partes começaram a convocar suas próprias testemunhas especializadas. Ainda que trazidas ao processo pelas partes, estas primeiras testemunhas especializadas não se apresentavam de forma totalmente parcial àqueles que as convocavam a comparecer em juízo.

¹⁰ TARUFFO, Michele. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano L, n. 1, março de 1996. Itália: Milano, p. 233.

¹¹ A respeito dos *special juries*, Jennifer L. Mnookin traz alguns exemplos da sua aplicação no *common law* inglês. Um caso de 1351, no qual o réu foi acusado de vender alimentos podres, o júri foi composto de cozinheiros e vendedores de peixe, de boa reputação e experientes em suas respectivas profissões, com conhecimentos suficientes para avaliar o mérito da demanda. Cita autora também o julgamento de cidadãos estrangeiros, que poderiam ser julgados por um “júri misto”, composto em parte por estrangeiros e em parte por nacionais. Outro caso seria o da verificação do estado gravídico de uma mulher, que deveria ser analisado por um júri composto unicamente feminino, um “*jury of matrons*” (MNOOKIN, Jennifer L. *Idealizing Science and Demonizing Experts; An Intellectual History of Expert Evidence*. *UCLA School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Vol. 52, 2007, p. 105).

¹² MNOOKIN, Jennifer L. *Idealizing Science and Demonizing Experts; An Intellectual History of Expert Evidence*. *UCLA School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Vol. 52, 2007, p. 105.

Os juízes regularmente rejeitavam sua participação no processo, quando não se mostrassem imparciais. Em outras palavras, quando as testemunhas especializadas eram vistas como patronas, fosse da absolvição ou da condenação, eram alvo de um ataque impiedoso. Era considerado normal que os advogados fossem parciais, mas considerava-se inadmissível e perigoso que as testemunhas especializadas assumissem essa parcialidade.¹³

A partir da segunda metade do século XIX, foi desaparecendo a figura da testemunha especializada, dotada de imparcialidade, que resistia em manifestar o seu entendimento, em se posicionar. O que foi se mostrando ao longo do tempo foi a apresentação de testemunhas especializadas ao processo, e estas testemunhas começaram a se revelar mais e mais parciais e partidárias da parte que as convocara. Dessa forma, nasceu a “batalha entre os experts” e o modelo moderno de *expert witness*.¹⁴

3.1 – *FRYE X UNITES STATES*

O caso *Frye x USA*¹⁵ ocorreu em 1923 e tratava da admissão do teste de pressão sanguínea (*systolic blood pressure*) como um detector de mentiras.

O réu, acusado de assassinato, seria submetido ao teste sistólico da pressão sanguínea, com a finalidade de aferir se estava mentindo ou não. Flávio Mirza Maduro afirma que se tratava de um “tosco” precursor do detector de mentiras, como prova científica a ser admitida na causa.¹⁶

A justificativa do método utilizado seria de que a pressão sanguínea seria influenciada pelas mudanças nas emoções das testemunhas e/ou do réu.

O réu foi condenado por homicídio qualificado e, no curso do processo, seu procurador pleiteou o testemunho de um perito para que este depusesse sobre o resultado do teste feito. A alegação consistia na tese de que variações na pressão sanguínea poderiam ser causadas por mudanças emocionais oriundas de impulsos nervosos enviados pelo sistema nervoso, algo não controlável.

Defendia, ainda, com base em experimentos científicos, que sentimentos como o medo e a raiva alterariam a pressão sanguínea. Ou seja, aquela testemunha que estivesse sob

13 MNOOKIN, Jennifer L. Idealizing Science and Demonizing Experts; An Intellectual History of Expert Evidence. UCLA School of Law. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Vol. 52, 2007, p. 106.

14 Sobre a evolução histórica do uso da prova científica no direito norte-americano, ver SHELTON, Donald E. *Forensic Science in Court: Challenges in the twenty-first century*. United Kingdom: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011.

15 *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013, No. 3968, Court of Appeals of District of Columbia.

16 MIRZA, Flávio. *Prova Pericial: em busca de um novo paradigma*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, defesa em 09 de maio de 2007, p. 205.

fortes emoções também teria sua pressão sanguínea alterada. Em suma, o resultado poderia não corresponder aos objetivos almejados, de apurar se as informações fornecidas eram verdadeiras.

Contudo, a tese de defesa foi rejeitada. O advogado pediu que o teste fosse feito em juízo numa testemunha presente, o que também foi negado.

O que se pretendia era uma discussão maior sobre a metodologia aplicável e sobre o método escolhido e não uma mera submissão a algo tido como científico. Buscavam-se justificativas confiáveis para a submissão do referido teste.

Para a corte Frye:

Apenas quando um princípio científico ou descoberta cruza a linha entre o estágio experimental e demonstrável é difícil definir. Em algum lugar nesta zona do crepúsculo, deve ser reconhecido o doratório evidencial do princípio e, embora os tribunais percorrerão um longo caminho na admissão de testemunhos de especialistas deduzidos de um princípio ou descoberta científica bem reconhecido, a coisa a partir da qual a dedução é feita deve estar suficientemente estabelecida para ganhar aceitação geral no campo particular em que pertence.¹⁷

De acordo com o caso Frye, a prova científica só poderia ser admitida quando fosse reconhecida e obtivesse aceitação geral (*generally accepted*) da comunidade científica relevante daquela área do saber humano. Em suma, o critério da aceitação geral foi adotado neste caso, tendo em vista que o judiciário decidiu que se a metodologia empregada fosse tida como aceita de forma majoritária pela comunidade científica, deveria ser aceita pelo Direito. Contudo, tal critério não seria suficiente, como ainda será analisado neste trabalho.

Esse caso foi delimitador da admissibilidade das provas científicas no processo; o critério da aceitação geral do conhecimento científico foi se espalhando pelas Cortes norte-americanas.

Este critério, fixado no caso Frye, foi utilizado quase que exclusivamente em litígios criminais durante o século XX, perdurando esse critério por aproximadamente setenta anos. A regra estabelecida nesse caso tornou-se ponto de uma enorme controvérsia judicial, de modo que passou a ser utilizada também como critério de admissibilidade das provas científicas não só no processo penal como também no processo civil.

¹⁷ Tradução livre de: *Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stage is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.* Disponível em <http://article.corporate.findlaw.com>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

O método utilizado era extremamente criticado. Charles McCormick¹⁸ criticava fortemente o modelo Frye de admissibilidade da prova científica, afirmando que a “*generally accepted*” tratava-se não de um critério para admissibilidade da prova científica, mas uma forma pela qual as Cortes levavam ao processo determinados fatos científicos, defendendo a adoção de outro critério de admissibilidade da prova científica, com base na relevância desta para o processo, colocando que qualquer conclusão relevante que fosse firmada nos conhecimentos de uma testemunha-pericial qualificada deveriam ser levados em conta a não ser que existissem razões para a sua exclusão. Ou seja, a simples aceitação majoritária da comunidade científica não seria suficiente, devendo analisar a pertinência daquela prova para aquele processo, devendo ser levada em consideração a opinião de outro especialista, mesmo que não consonante com a aceitação geral, a qual não deve ser tida como absoluta.

Uma das mais fortes críticas feitas ao Frye *test* refutava a ideia de que a novidade de uma teoria ou método científico significasse necessariamente uma falta de confiabilidade, defendendo, assim, que o Frye *test* postergava, ou até mesmo impedia, a admissão de uma nova técnica ou método como meio de prova, em razão de a comunidade científica ainda não ter se manifestado por sua aceitação ou rejeição.¹⁹

3.2 – THE FEDERAL RULES OF EVIDENCE DE 1975:

Nos idos de 1975, as *Federal Rules of Evidence* passaram a tratar, no artigo VII, dos depoimentos das testemunhas peritas (*rule 702-706*), afirmando serem estes essenciais para a prova científica.

Inicialmente, previam as regras que para a testemunha ser qualificada como perito seria necessário que possuísse conhecimento técnico em área que fosse estranha ao julgador da causa. Ademais, permitia-se que o Tribunal pudesse designar perito de sua própria confiança para auxiliar o juiz no deslinde da causa, quando o julgador não possuir conhecimento técnico suficiente para dirimir o litígio.

As regras federais da prova seriam aplicadas aos procedimentos perante os tribunais federais, servindo de modelo para os códigos dos trinta e dois estados, o que não era suficiente para que alguns estados continuassem a adotar as regras provenientes do *Frye case*.

¹⁸ MCCORMICK, Charles T. apud BERNSTEIN, David E.. *Handbook of the Law of Evidence*. 1954, p. 363.

¹⁹ CHENG, Edward K. and YONN, Albert. Does Frye or Daubert Matter: A Study of Scientific Admissibility Standards. *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper* N. 22. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=609581>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

O artigo 702 afirmava que qualquer expert, que possuísse “[...] conhecimentos técnicos, científicos ou especializados” para assistir “o julgador a compreender a prova ou a determinar algum fato da demanda [...]” poderia, portanto, testemunhar.²⁰

Esta regra elencou como requisitos: o testemunho ser baseado em fatos ou dados suficientes; ser produto de princípios e métodos seguros e a testemunha aplicar estes princípios e métodos de forma confiável aos fatos analisados.

Cumprido salientar que em 2002 a regra de número 702 acrescentou o requisito da confiabilidade na aplicação, pelo *expert*, dos princípios e métodos utilizados aos fatos do caso. Tais modificações são oriundas do julgado do caso *Daubert*, que foi de suma importância para evolução da racionalidade da prova pericial e que será tratado em breve neste trabalho.

A discussão sobre qual seria o melhor método de admissibilidade da prova científica permaneceu até o final da década de 1980 e início da década de 1990 quando o julgamento do caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* mudou os critérios de admissibilidade das provas científicas.

3.3 – O CASO DAUBERT x MERREL DOW PHARMACEUTICALS

O *Daubert case*²¹ ocorreu em junho de 1993 nos EUA e, assim como o *Frye case*, foi um marco no que tange o controle da prova pericial no processo judicial.

Trata-se de um litígio judicial, tendo no polo ativo as crianças Jason Daubert e Eric Schüller, que nasceram com problemas congênitos alegadamente causados pelo medicamento *Bendectin*, ingerido pela mãe das crianças durante a gestação.

Em sua defesa, a empresa ré apresentou o testemunho escrito (*affidavit*) de um *expert*, o médico e epidemiologista Dr. Steven H. Lamm, que apresentou revisão de literatura com mais de trinta estudos publicados, envolvendo mais de trinta mil pacientes, cujos resultados confirmavam que o medicamento não seria capaz de gerar malformação nos fetos.

²⁰ Tradução livre de: “If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.” Federal Rules of Evidence, Rule 702. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule702>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

²¹ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/509/579.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2017

A parte autora não contestou a existência de estudos científicos favoráveis à tese da ré, mas apresentou o depoimento de oito peritos, devidamente credenciados, para narrarem a experiência do fármaco com animais. Essas experiências com animais *in vitro* e *in vivo* detectaram uma conexão entre o medicamento e as malformações. Além disso, foram analisados estudos farmacológicos da estrutura do Bendectin destinados a demonstrar similaridades entre a estrutura química da droga e aquela de outras substâncias já conhecidas por causar defeitos congênitos. Os *experts* também basearam suas conclusões na “reanálise” de estudos epidemiológicos (estatísticas humanas) precedentemente publicados. Assim, os profissionais técnicos concluíram haviam grandes possibilidades do uso do Bendectin causar problemas congênitos.

Ocorre que a corte distrital, utilizando do *Frye case* como precedente, entendeu que as provas carreadas pela parte autora não tinham sido submetidas ao critério da aceitação geral, firmado no caso *Frye*.

Diante de inúmeras críticas, a Suprema Corte, após setenta anos, reinterpretou as *Federal Rules of Evidence* e passou a inserir outros critérios para garantir um maior controle sobre a prova pericial. Para tanto, utilizou-se das regras contidas nos artigos 401 e 402 conjugadas com o artigo 702.

O que passou a ocorrer não foi a exclusão do critério da aceitação geral, mas sim o acréscimo de mais critérios para a admissão e o controle da racionalidade na prova pericial.

O *Daubert case* estabeleceu um rol não exaustivo para os tribunais de primeira instância utilizarem na avaliação da confiabilidade do testemunho de peritos. Os critérios passaram a ser os seguintes: (1) se a técnica ou teoria do perito pode ser ou já foi testada - ou seja, se a teoria do especialista pode ser desafiada em algum sentido objetivo ou se é simplesmente uma análise subjetiva; (2) se o método usado é ensinado nas universidades ou discutido em congressos; (3) a taxa de erro conhecida; (4) existência e manutenção de padrões e controles; e (5) se houve aceitação geral da comunidade científica.

Sobre o *Daubert case*, Margaret Berger afirma o seguinte:

O primeiro, e talvez o mais consequente, como o novo papel que ele impôs ao juiz distrital como o "gatekeeper" que deve exibir a experiência oferecida para determinar se ele atendeu a relevância e os pontos de confiança. [...] Em segundo lugar, os juízes não podiam notar - goste ou não - eles deveriam lidar com a ciência.²²

²² Tradução livre de: “*The first, and perhaps the most consequential, as the new role it thrust upon the district judge as the “gatekeeper” who must screen proffered expertise to determine whether it satisfied the relevancy and reliability prongs. [...] Second, judges were put to notice – like it or not – they were going to have to deal with science.*” BERGER, Margaret A. Upsetting the balance between adverse interests: the impact of the

Outros julgados reconheceram que nem todos os fatores específicos do *Daubert* podem ser aplicados para todos os tipos de testemunhos de especialistas.

Com base no caso *Daubert*, podemos começar a verificar que a prova pericial precisa de critérios aferíveis e que o perito não é um ser divino capaz de dar a resposta correta para qualquer indagação técnica. Tais critérios serão analisados, na prática, mais a frente quando for exposto os laudos analisados

3.4 – *GENERAL ELETRIC CO. VS. JOINER*

Trata-se de um caso julgado em 1997 em que Robert Joiner trabalhava como eletricista na *Walter & Light Departamento f Thomasville*. Durante seu trabalho, lidava com transformadores elétricos que usavam um fluido contendo componentes químicos minerais.

Após dez anos de trabalho, descobriu-se que o fluido de alguns transformadores estavam contaminados com PCB's, uma substância tóxica prejudicial à saúde.

O juízo de primeiro grau, aplicando os critérios estabelecidos no caso *Daubert*, declarou como inadmissíveis as provas científicas produzidas pelo perito do autor, e acolheu o pedido de julgamento sumário²³ do réu.²⁴ Em sede de apelação, o Tribunal reverteu a decisão inicial, afirmando que “considerando que a *Federal Rules of Evidence*, ao regulamentar a prova científica, demonstra uma clara preferência pela sua admissibilidade, aplicamos um critério de revisão (standard of review²⁵) particularmente rigoroso à exclusão da prova científica pelo juízo de primeira instância”.²⁶

supreme court's trilogy on the expert testimony in toxic tort litigation. Artigo publicado em *Law and Contemporary Problems*, volume 64 spring/summer 2001, numbers 2&3, Durham, North Carolina.

²³ Julgamento Sumário (tradução livre de summary judgment) é o mecanismo processual utilizado no processo civil para resolução imediata do caso sem a submissão deste a um júri, restando a decisão unicamente nas mãos do Juiz. O artigo 56 das Federal Rules of Civil Procedure dispõe que a corte poderá julgar sumariamente a causa e extinguirá o processo antes do julgamento quando inexistir qualquer questão de direito, bem como quando inexistir qualquer suporte fático. Quando os autores de uma ação não puderem produzir provas materiais dos fatos alegados em razão de seus experts não terem sido admitidos, inexistirá qualquer questão controversa para ser resolvida pelo júri. É, em outras palavras, o mecanismo utilizado pelo Juiz quando inexistir discussão acerca dos fatos da demanda ou quando, pela simples aplicação da lei for possível solucionar o caso, sem levá-lo ao júri, conferindo a vitória a uma das partes.

²⁴ *Joiner v. General Electric Co.*, 864, F. Supp. 1310 (N.D. Ga. 1994), apud *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997). Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/522/136.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

²⁵ *Standards of Review* são limites de liberdade de reforma dados a um Tribunal no reexame de uma decisão de um tribunal ou juízo de primeira instância no bojo de um recurso de apelação. Um *standard of review* mais rigoroso, mais amplo ou de menor deferência a decisão de primeiro grau, significa que a decisão em análise será reformada ou revogada se o juízo *ad quem*, por considerar que existe um erro em tudo na decisão do tribunal inferior. Um *standard of review* mais brando, mais restrito ou de maior deferência a decisão de primeiro grau, significa que a decisão não será reformada apenas porque os julgadores do recurso decidiram a questão de

Em decisão unânime, a Suprema Corte dos EUA reformou a decisão de segundo grau e afirmou que as cortes de apelação não gozam de plena liberdade para revisão do reexame das decisões de primeiro grau que determinem a admissão ou inadmissão de provas no processo, somente podendo modificá-las nos casos em que a decisão do juiz de primeiro grau violar a lei, a lógica, ou mostrar-se contrária às provas, adotando como critério de revisão o chamado *abuse of discretion*.²⁷

Ao decidir que o juízo de primeiro grau atuou dentro dos limites da sua liberdade de apreciação da prova, ao entender que as alegações dos peritos do autor, quanto às causas da doença que o acometia, seriam apenas especulações, entendeu a Suprema Corte que a *court of appeals* havia errado ao reverter a decisão do juízo de primeiro grau que considerou que os estudos apresentados pelos peritos do autor não eram suficientes, tanto individualmente, quanto em conjunto, para servir de base para as conclusões de que a exposição de Joiner ao agente PCB contribuiu para que este desenvolvesse a doença.

Ao cabo, podemos concluir que a decisão da Suprema Corte no caso *General Electric Co. v. Joiner* supriu a lacuna deixada no *Daubert case*, quanto ao poder de revisão da segunda instância, acerca da decisão que admitia ou inadmitia a prova científica.

3.5 – KUMHO TIRE COMPANY, LTD. V. CARMICHAEL

No caso *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*, ocorrido em 1999 nos EUA, o pneu de um veículo conduzido por Patrick Carmichael explodiu ocasionando um acidente automobilístico. O ocorrido gerou a morte de um passageiro e os demais ficaram feridos. Os

maneira diferente, ou seja, ainda que não concordem com o teor da decisão, esta será modificada apenas se o órgão ad quem considerar que a decisão recorrida incorre em algum erro. Os *standards of review* são geralmente estabelecidos por precedentes judiciais, pela lei ou pelas regras internas das cortes. Disponível em: <http://topics.law.cornell.edu/find/wex/standard%20of%20review>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

²⁶ Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/522/136.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

²⁷ *Abuse of discretion* é uma forma não ofensiva de dizer que o juiz errou de forma grosseira (claramente contra as provas ou a razão ou contra a lei) ao proferir uma decisão durante um julgamento ou em uma moção, que de tal forma, a parte não obteve um julgamento justo. A Corte revisora (juízo *ad quem*) ao verificar a existência de um *abuse of discretion* reverterá a decisão a quo. Exemplos de *abuse of discretion* ou erros de juízes incluem não permitir que uma importante testemunha preste depoimento, fazer qualquer tipo de comentário impróprio que possa influenciar a decisão do júri, mostrar-se parcial, ou determinar regras quanto a prova que termine por negar a uma das partes a chance de expor suas razões de fato. Tal não significa que o julgamento ou o juiz tenha que ser perfeito, mas significa que as ações do juiz estavam tão fora dos limites aceitáveis de liberdade do julgador que uma das partes não recebeu um julgamento imparcial, justo. Por vez as Cortes *ad quem* admitem que houve erro por parte do juiz, mas não ao ponto de influenciar no resultado do caso. Na justiça criminal o *abuse of discretion* pode incluir sentenças que são grosseiramente severas demais na aplicação da pena. Nas ações de divórcio inclui o estabelecimento de pensão alimentícia muito além das regras estabelecidas ou da capacidade real de pagar do cônjuge. A figura do *abuse of discretion* pode ser entendida, comparativamente como uma espécie de *error in judicando* ou de *error in procedendo*. Disponível em: http://topics.law.cornell.edu/wex/abuse_of_discretion Acesso em: 18 de outubro de 2017.

sobreviventes e o representante do falecido ingressaram com processo judicial em face do fabricante do pneu e seu distribuidor (*Kumho Tire*), alegando falha técnica do pneu.

A parte autora contratou um especialista técnico, Dennis Carlson, Jr., que pretendia testemunhar que, em sua opinião especializada, houve defeito de fabricação no pneu, o que gerou o acidente. Essa opinião baseou-se em uma inspeção visual e tátil do pneu, que o fez concluir que o pneu não resistiu e estourou.

Ocorre que a corte indeferiu o testemunho do perito sob o argumento de que não estaria de acordo com os critérios fixados no caso *Daubert*. A corte reafirmou que o modelo utilizado neste caso era apto a guiar o entendimento referente à prova pericial.

A metodologia utilizada pelo perito em sua inspeção visual foi submetida aos quatro critérios estabelecidos pelo caso *Daubert* pelo juízo de primeira instância, que concluiu que estes não foram cumpridos, o que levou ao indeferimento do testemunho de Carlson.²⁸

Em face do indeferimento, a parte autora requereu que fosse reapreciado o pedido de testemunho do perito, sob o argumento de que os critérios utilizados no caso *Daubert* eram inflexíveis, devendo se adequar com a realidade fática de cada caso. A Corte Revisora concordou em reconsiderar, reconhecendo ser um erro acolher de forma engessada os critérios utilizados no caso *Daubert*, devendo esses critérios ser utilizados de forma exemplificativa e flexivelmente.

[...] que o testemunho de Carlson não é científico... Carlson não faz nenhuma pretensão de basear sua opinião em qualquer teoria científica da física ou da química. Em vez disso, Carlson repousa sua opinião sobre sua experiência na análise de pneus falhados. Depois de anos de olhar para as carcaças mangadas de pneus queimados, Carlson afirma que ele pode identificar marcas reveladoras que revelam se um pneu falhou por causa de abuso ou defeito. Como um apicultor que afirma ter aprendido durante anos de observação que suas acusações sempre seguem para o vento, Carlson sustenta que suas experiências na análise de pneus ensinaram-lhe o que os "sulcos de grânulos" e a "deterioração da parede lateral" indicam a causa de uma falha do pneu. Assim, concluímos que o testemunho de Carlson está fora do escopo de *Daubert* e que o tribunal distrital incorreu em direito ao aplicar *Daubert* neste caso.²⁹

²⁸ BERGER, Margaret A. The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony. In: *Reference Manual on Scientific Evidence*. Second Edition. Federal Judicial Center 2000, p.16. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf). Acesso em: 18 de outubro de 2017.

²⁹ Tradução livre de: "that Carlson's testimony is non-scientific... Carlson makes no pretense of basing his opinion on any scientific theory of physics or chemistry. Instead, Carlson rests his opinion on his experience in analyzing failed tires. After years of looking at the mangled carcasses of blown-out tires, Carlson claims that he can identify telltale markings revealing whether a tire failed because of abuse or defect. Like a beekeeper who claims to have learned through years of observation that his charges always take flight into the wind, Carlson maintains that his experiences in analyzing tires have taught him what "bead grooves" and "sidewall deterioration" indicate as to the cause of a tire's failure... Thus, we conclude that Carlson's testimony falls outside the scope of *Daubert* and that the district court erred as a matter of law by applying *Daubert* in this case". *Carmichael v. Samyang Tire, Inc.* 131 F.3d 1436 (11th Cir, 1997), cert. granted sub nom. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 118 S. Ct. 2339 (1998).

O referido caso foi até a Suprema Corte NorteAmericana, a qual decidiu em unanimidade que a obrigação do juiz de funcionar como “gatekeeper” (porteiro) estende-se para todas as espécies de prova pericial, rejeitando a dicotomia entre peritos que se baseiam na aplicação de princípios científicos e peritos que testemunham com base em sua experiência ou habilidades.

Em suma, foi firmado o entendimento de que a *rule 702*, a qual elencou critérios para aferir a prova pericial, da *Federal Rules of Evidence* não faz distinção relevante entre conhecimento científico e conhecimento técnico ou outro especializado³⁰ e que os *standards* de confiabilidade do caso *Daubert* eram aplicáveis a todos os tipos de conhecimento.

A Suprema Corte manifestou, ainda, que “inexiste uma divisão clara entre os diversos tipos de conhecimento”³¹ e que “é inegável que um perito seja capaz de obter uma conclusão por meio da observação com base em sua extensa e especializada experiência”³².

Sendo assim, embora nada neste caso seja inconsistente com o que foi decidido no caso *Daubert*, a Suprema Corte estabeleceu neste último caso uma maior flexibilidade na admissibilidade da prova científica.

3.6 – CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE A UTILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA PARA ESTABELEECER CRITÉRIOS À ADMISSÃO E VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Como exposto acima, o *Daurbet case* foi de suma importância para fixar critérios para um maior controle judicial do laudo pericial, bem como controlar e compreender qual a metodologia utilizada pelo perito naquele laudo.

É preciso, antes de tudo, que o juiz tenha condições de: a) conhecer a matéria suficientemente a ponto de poder aferir a aptidão do perito para formular o laudo; b) conhecer o método utilizado pelo perito, a partir das informações e explicações técnicas necessárias à respectiva compreensão; c) compreender a linguagem do laudo pericial; d) acompanhar o raciocínio realizado pelo perito; e, e) somente depois, compreender plenamente as conclusões.

³⁰ Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/526/137.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

³¹ Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/526/137.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

³² Disponível em: <http://docs.justia.com/cases/supreme/526/137.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

A ciência revelada no processo deve ser tão confiável quanto a que é investigada nas universidades, nos laboratórios e centros de pesquisa, com a mesma credibilidade e confiabilidade.

Para tanto, Greco leciona que é preciso rever o sistema de produção da prova pericial para que: 1) a pessoa ou órgão (e a nossa lei somente prevê a perícia pessoal) que vá produzir a perícia revele a sua aptidão para revelar o conhecimento científico necessário para a decisão judicial; 2) ao juiz sejam oferecidas as informações necessárias a verificar se o método empregado na perícia é acatado pela ciência, se foi utilizado com rigor científico e, no caso de assunto cientificamente polêmico, quais são as alternativas científicas e o seu grau de confiabilidade; 3) as partes, por si ou por seus assistentes-técnicos, assim como terceiros que possam trazer contribuições desinteressadas para a revelação da verdade científica (*amicus curiae*), possam efetivamente participar na produção do conhecimento científico no processo e o juiz seja obrigado a utilizar meios e critérios reconhecidos pela ciência para resolver as dúvidas e divergências entre as opiniões apresentadas.³³

Através deste controle feito pelo magistrado, com um mínimo conhecimento da matéria a ser julgada e com laudos médicos claros e concisos, pode-se almejar um debate acerca da prova pericial a ponto de coloca-la à prova e não aceitá-la com absoluta pelo simples fato de não ter conhecimento específico sobre o assunto.

4 – UMA ANÁLISE DE CASOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUIZ DE FORA – MG NO QUE TANGE DECISÕES DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PARA CÂNCER

Serão exposto nos tópicos a seguir três casos da Justiça Federal da subseção judiciária de Juiz de Fora, que são meramente descritivos e narrativos de como foram feitos e respondidos os quesitos periciais. Para tanto, serão analisados os critérios quanto ao conhecimento da matéria, por parte do magistrado, a ponto de poder aferir a aptidão do perito para formular o laudo; se houve a exposição dos métodos utilizados pelo perito, a partir das informações e explicações técnicas necessárias à respectiva compreensão; a linguagem do laudo pericial, principalmente no que tange a terminologia aplicada; a demonstração do raciocínio realizado pelo perito; e tão somente depois, compreender plenamente as conclusões.

³³ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v 374, p. 183-199.

Sendo assim, os três próximos tópicos irão apenas expor narrativamente do que se trata os casos para somente depois expor as análises críticas dos laudos e aferir se estão de acordo com uma tutela jurisdicional racional e se foram aplicados os critérios formulados pela jurisprudencial Norte-americana para garantir um maior controle judicial da perícia.

Cumprido expor, neste tópico, algumas premissas a respeito da regra da vedação de opinião.

McCormick³⁴, em sua obra, a respeito da regra da vedação de opinião afirma que a origem é britânica, porém não tinha, no seu nascedouro, o sentido que o direito americano lhe empresta hoje. No Reino Unido, durante os anos de 1700, a palavra *opinion* estava relacionada com uma conclusão ou inferência por parte da testemunha sem que ela detivesse um suporte fático para tanto. No período anterior as *Federal Rules of Evidence*, nos EUA, onde a regra foi aplicada de maneira mais rígida, a expressão *opinion* era interpretada a se excluir qualquer conclusão ou inferência do depoimento testemunhal, sem fazer qualquer consideração sobre o suporte fático da dedução.

O planejado era de que o júri estaria mais satisfeito com fatos concretos, e não com conclusões subjetivas dos peritos. Conclusões e deduções eram tarefas deixadas a cargo exclusivamente dos jurados, como esperado. A função da testemunha era fornecer os elementos fáticos que deveriam servir de base para que os julgadores dos fatos tivessem condições reais de elaborarem seu raciocínio lógico, proibindo-se, portanto, qualquer tipo de opinião do depoente.

Tal regra é aplicável na maioria das vezes em face da prova testemunhal, contudo, não há qualquer prejuízo em ser aplicada perante a prova pericial, uma vez que sua vedação possui os mesmos fundamentos para que também seja vedado perante a prova pericial: garantir uma maior segurança para os jurados no momento de decidir.

Já prevendo a dificuldade em diferenciar “fatos” e “opiniões”, o legislador federal dos EUA não adotou uma posição absoluta e radical quanto à regra que exclui as opiniões. A *Rule 701*³⁵ adotou uma interpretação mais condizente com a realidade da vida. A princípio, como não poderia deixar de ser, ficou estabelecido que as *expert witnesses* poderiam depor com base em opiniões e conclusões. Porém, ficou determinado que as testemunhas leigas não poderiam se utilizar de opiniões, inferências e conclusões pessoais durante o seu depoimento.

³⁴ MCCORMICK, Charles T. apud BERNSTEIN, David E. *Handbook of the Law of Evidence*. 1954, p. 363.

³⁵ **Rule 701. Opinion Testimony by Lay Witness.** If the witness is not testifying as an expert, the witness' testimony in the form of opinions or inferences is limited to those opinions or inferences which are (a) rationally based on the perception of the witness and (b) helpful to a clear understanding of the witness' testimony or the determination of a fact in issue, and (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702.

O legislador não quis incorrer no mesmo erro da era anterior à “codificação” do direito probatório e, então, não criou um sistema rígido, inflexível.

Com efeito, o que esta regra criou foi uma preferência pelo testemunho detalhista e mais pormenorizado, que narre os fatos e acontecimentos de forma minuciosa e que não ofereça ao júri conclusões próprias, pautadas em opiniões subjetivas. Todavia, em muitos casos, a impossibilidade de ofertar opiniões e conclusões dificulta o próprio depoimento e a testemunha não consegue transmitir adequadamente aquilo que registrou durante o evento. Sendo assim, quando for útil à compreensão das informações transmitidas pela testemunha, as opiniões, conclusões e inferências, desde que fundadas em conhecimentos pessoais, serão aceitas no tribunal. A *Rule 701* apenas não permite que as opiniões subjetivas sejam baseadas em conhecimentos científicos, técnicos ou em qualquer outro especializado.

Na verdade, a vedação à opinião criou uma regra cujo impacto deve ser sentido não no conteúdo do depoimento em si, mas sim na forma de se elaborar as perguntas à testemunha. Os advogados devem dar preferência por perguntas cujas respostas sejam faticamente concretas.

O que se percebe em todos os três ludos periciais apresentados neste capítulo é exatamente o questionamento do magistrado e das partes em relação à opinião subjetiva do perito a respeito de questões técnicas e científicas.

O correto e mais racional seria se o magistrado e as partes requeressem que o perito descrevesse detalhadamente como é o efeito do fármaco, onde atua e porque haveria melhora, bem como os motivos que o levaram a concluir que aquela técnica não seria útil para o paciente, perpassando por toda metodologia aplicada.

O perito tem contato com todos os laudos médicos do paciente. O ideal seria que pudesse refutar as alegações do assistente técnico, demonstrando cabalmente os motivos que o faz discordar do outro profissional. Porém, o perito simplesmente ignora a presença de outros laudos e tem como único e soberano o seu laudo técnico. O mesmo ocorre com o magistrado que dificilmente concede uma tutela de urgência sem a perícia médica. Ou seja, o próprio magistrado ignora laudos de outro profissional que não seja o perito.

Diante de uma situação em que há um risco de perder o bem jurídico mais valioso para o nosso ordenamento, qual seja, a vida, o magistrado com base em inúmeros laudos médicos que são apresentados na petição inicial, bem como exames técnicos que comprovam a doença e a necessidade do fármaco, deveria conceder imediatamente o medicamento para somente depois questionar através de um perito de sua confiança se aquele fármaco possui a

eficácia esperada. Afinal, a tutela antecipada é precária e neste caso o valor vida deve sobrepor qualquer coisa.

O não acontecimento do que foi exposto acima tem como uma consequência, a morte daqueles que possuem um direito à saúde, devidamente positivado, contudo, não efetivado. A demora na prestação judicial é um grande problema sim, porém, o motivo desta demora não é justo. Esperar a análise de um perito, sendo que já há vários laudos de vários profissionais atestando a necessidade do fármaco é algo irracional.

Para tentar solucionar esta problemática da prova pericial houve uma proposta doutrinária de Michelle Taruffo em 1990 que visa facilitar a valoração da prova científica é aquela que propõe que os juízes se convertam em uma espécie de cientistas amadores por meio da especialização científica. Tal proposta tem como objetivo solucionar o paradoxo da valoração da prova científica por um leigo, que no caso seria o magistrado.

Taruffo leciona que é possível incrementar a cultura do juiz – que, na concepção do jurista italiano, já dispõe de uma preparação cultural superior a do cidadão comum – acrescentando os conhecimentos necessários ao uso e correta valoração da prova científica. Não seria o caso de transformar o juiz em cientista, mas sim de treiná-lo para utilizar de modo apropriado a prova científica, bem como saber valorá-la.³⁶

Francisco Verbic também se mostra a favor da promoção de treinamentos para que o juiz se habitue a manejar conceitos e noções de caráter científico, os quais terminam por se incorporar à experiência e ao patrimônio cultural do magistrado, de forma que este, ciente disso ou não, termina por se tornar uma espécie de cientista amador.³⁷

Apesar de ambas as posições de Verbic e Taruffo os dois autores concordam que o fato de o juiz ter participado desses treinamentos não significa, por si só, que este se encontra em melhores condições de avaliar laudos e trabalhos técnicos. Destacam que a incorporação das noções científicas da cultura dos especialistas à cultura média do juiz se faz com dificuldade, lentamente e por modos indiretos, muitas vezes sem clareza e não raramente através de vulgarizações e manipulações, o que pode se revelar problemático justamente pela falta de rigor terminológico conceitual e científico.

³⁶ TARUFFO, Michele. *Le prova scientifiche nella recente esperienza statunitense*, p. 247. “Il rimedio principale viene ravvisato nella specializzazione scientifica dei giudici. Poiche essi già dispongono di una preparazione culturale superiore a quella del cittadino medio, è possibile che essi incrementino la loro cultura acquisendo le conoscenze che occorrono per usare e valutare correttamente le prove scientifiche. Non si tratta di trasformare i giudici in scienziati, ma di far sì che esse siano capaci di usare in modo appropriato queste prove.”

³⁷ VERBIC, Francisco. *La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 87-88.*

De acordo com Denti³⁸, no que tange à valoração da prova científica, não se pode exigir do juiz nada além do que se poderia exigir da comunidade que ele representa. O juiz nada mais é que um homem comum, dotado de ideologias, preferências e toda carga axiológica que todo ser humano possui. Logo, não se pode exigir do magistrado conhecimento universal, pois não se pode esperar de um aplicador da lei entendimento aprofundado de todo e qualquer assunto com o qual se depare. Quebra-se, assim, o paradigma da quase divindade do magistrado.

Para o autor mencionado acima, são possíveis três frentes de controle do trabalho do perito por parte da opinião pública: a) a valoração da sua autoridade científica; b) a incorporação dos métodos empregados pelo perito ao patrimônio comum científico, ou seja, a aceitação geral, dentro do ramo da ciência em que o perito está inserido, das técnicas por ele utilizadas; e c) a coerência lógica da argumentação do perito, não somente quanto à logicidade e verossimilhança do procedimento técnico-científico, mas também ante aos aspectos de razoabilidade.

4.1 – PROCESSO NÚMERO 45574920164013801

Trata-se de assistido da Defensoria Pública da União – JF, que compareceu perante este órgão com o objetivo de obter assistência jurídica na busca por um medicamento necessário ao seu tratamento de câncer no fígado. Relata que o medicamento que utilizava na quimioterapia não fazia mais efeito, logo, seu médico receitou uma medicação mais forte, cujo fornecimento foi negado pela Secretaria de Saúde do Município de Santa Rita do Jacutinga – MG, onde reside.

O assistido narrou que há cerca de três anos, no final de 2013, passou por procedimento cirúrgico no intestino no Hospital Dr. João Penido, e na ocasião desta operação foi diagnosticado com o referido câncer no fígado. Uma vez terminado o pós-operatório iniciou o tratamento de quimioterapia na Ascomcer (Juiz de Fora – MG). Contudo, o medicamento utilizado em seu tratamento já não operava o efeito desejado, de forma que o médico que o acompanha receitou outra medicação. O medicamento pleiteado foi o Octreotidre lar de 30mg, cujo valor estava no importe de R\$ 10.126,32 em 11/06/2017 (data da petição inicial) e o assistido recebia o valor de R\$ 880,00 mensais, oriundo de sua

³⁸ DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, In *Rivista di Diritto Processuale*, n. 27, Padova, CEDAM, 1972. pp. 414-437.

aposentadoria. Tal medicamento tinha como objetivo a melhoria em sua qualidade de vida, diminuindo os efeitos da doença.

Cumprido expor que juntamente com a petição inicial foram apresentados todos os laudos e exames médicos que corroboraram os requerimentos da parte autora.

Em decisão de antecipação de tutela, foi decidido pelo magistrado o seguinte:

Delineadas tais premissas, passo ao exame do pedido de tutela antecipada.

Para que seja deferida a tutela de urgência é necessário o preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC. Impõe-se a existência da probabilidade do direito, que convença o juiz acerca da verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou risco do resultado útil do processo.

O perigo de dano está presente, uma vez que: a) a enfermidade é grave; b) o medicamento não é fornecido pelo SUS para o CID do autor e c) seu custo é elevado (fls.21). Porém, o requisito da probabilidade do direito alegado pelo autor não restou comprovado.

Embora o medicamento tenha sido prescrito por médico, fls.13, em estudo realizado pelo Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Concluiu-se que: "O medicamento está indicado no tumor neuroendócrino na tentativa de diminuir os sintomas de diarreia e rubor, indicação não descrita pelo relatório. Embora um estudo recente tenha sugerido que a medicação possa diminuir a taxa de progressão da doença em tumores pouco agressivos, não está comprovado que diminua a taxa de progressão da doença, além de não aumentar a sobrevida nem melhorar a qualidade de vida. Se for utilizado na tentativa de diminuir os sintomas, a paciente deverá ser reavaliada após o primeiro mês de tratamento, e o medicamento deve ser suspenso se não ocorrer melhora dos sintomas."

Diante do exposto, indefiro a tutela antecipada requerida.

Lado outro, por serem questionáveis judicialmente os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, determino, desde já, a realização de prova pericial, a fim de que se confirme o diagnóstico e o tratamento recomendado.

O magistrado, nesta mesma oportunidade formulou os seguintes quesitos para a perícia médica, os quais foram respondidos assim:

Deverá o perito, além de eventuais quesitos a serem formulados pelas partes, responder aos seguintes questionamentos do juízo:

a) Quais os tratamentos existentes para o caso do autor? Quais tratamentos já foram feitos pelo autor? R. Periciado portador de tumor maligno do intestino delgado denominado carcinoma neuroendócrino ileal. Operado. CID C 17. Atualmente cursando com metástase hepática.

Foi submetido aos tratamentos medicamentosos fornecidos pelo SUS. Porém, não logrou êxito de melhora.

Encontra-se sob uso de Octreotide Lar. Tendo realizado 07 ciclos. Não obteve melhora alguma.

Segundo informação do periciando os sinais e sintomas da doença que estavam presentes anteriores ao uso do Octreotide Lar permanecem. O que sob o ponto de vista pericial deve ser urgentemente descontinuado.

b) Na opinião do perito, qual o tipo de tratamento teria sido e ainda é o mais eficiente para o caso do autor? R: Cabe ao médico assistente suspender a medicação em uso (Octreotide) e propor terapias outras ainda cabíveis ao quadro clínico do mesmo.

c) Quais os danos decorrentes da demora no tratamento? R: O periciando necessita com urgência reavaliação do caso pelo médico assistente. Devendo avaliar terapias ainda cabíveis.

- d) O princípio ativo da medicação "OCTREOTIDE LAR" é encontrado em alguma outra medicação? R: Não
- e) Qual a perspectiva de cura/melhora do autor caso faça o tratamento com o produto mencionado? R: É caso para descontinuar essa terapia paliativa. Houve piora das lesões e sintomas do periciando. Medicação sem efeito terapêutico desejável.
- f) Existe tratamento/medicamento alternativo, com perspectiva de cura/melhora semelhante ao produto "OCTREOTIDE LAR", fornecido pelo SUS? R: Não
- g) Qual é a dose que deve ser fornecida? E de que forma? R: Não é o caso. O Octreotide Lar não se mostrou eficiente ao caso do periciando. Há necessidade de reavaliação pelo médico assistente.
- h) Das medicações fornecidas pelo SUS, existe alguma que seja indicada para o caso? R. SIM. Terapia quimioterápica sistêmica. Já utilizada, porém com efeitos de piora de doença.(sic)

Mesmo após o ocorrido, a parte autora requereu que o pedido de tutela antecipada fosse reapreciado, ocasião esta que o pedido de antecipação de tutela foi negado novamente.

O autor interpôs o recurso de agravo de instrumento em face da decisão que negou a antecipação da tutela. Após, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu a tutela antecipada recursal (0063682-02.2016.4.01.0000/MG) para “determinar à União que forneça ao agravante o medicamento requerido, pelo prazo de 6 (seis) meses, devendo, ainda, ser complementada a perícia judicial, com o fim de esclarecer se a medicação Octreotide Lar poderia permitir melhor controle dos sintomas da doença e proporcionar melhor qualidade de vida ao paciente.”.

Ademais, é interessante ressaltar que o acórdão supracitado expõe que “o fato de determinada medicação não possuir registro no ANVISA, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio.

Assim, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175 AgR/CE, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, quando “adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”, nos termos da Lei 9.782/99.”.

Neste caso, o assistido não veio à óbito. Contudo, o que se percebe na prática é que o tempo se torna um grande inimigo do requerente, nem sempre sobrevivendo até que se consiga uma tutela antecipada recursal. Houve laudo pericial complementar, conforme ordenado pelo TRF1, em que foi apontado que não existe outro tratamento/medicamento alternativo com perspectiva de cura/melhora semelhante ao referido medicamento; que por via judicial é possível terapia “com inibidores de TK1 (sunitinibe, por exemplo) e que o medicamento sub judice (Octreotide Lar) é considerado “*off label*”, no caso concreto.

Em petição de impugnação ao laudo complementar, a DPU-JF afirmou que “a diligência requisitada pelo relator do TRF-1 não foi (e não será) cumprida adequadamente pelo perito nomeado, tendo ele apenas reproduzido GENERICAMENTE seu laudo anterior.” Em suma, o perito insistiu em sua omissão.

4.2 – PROCESSO NÚMERO 10003002720174013801

A assistida procurou o núcleo da DPU – JF narrando ser portadora de Tumor Desmóide extra-abdominal (região de membro inferior direito - perna direita) - CID C49.2 e necessitava de fazer uso do fármaco IMATINIBE na dosagem de 400mg, tomando 1 comprimido de 12/12 horas por tempo indeterminado. O valor do fármaco na data de 27/07/2017 estava no importe de R\$ 5.276,67. Ademais, a assistida auferia o valor de R\$ 1.224,00 em virtude do benefício de auxílio-doença.

Cumprido expor que se trata de neoplasia rara, com comportamento local infiltrativo e potencialmente agressivo, cujo ritmo de progressão é incerto, gerando a mutilação do membro.

Entretanto, na data de 19/06/2015 a assistida recebeu resposta negativa da ouvidoria municipal de saúde, afirmando que o referido medicamento não faz parte de nenhuma listagem em nenhum programa específico de assistência farmacêutica dos entes federativos.

Na data de 27/07/2017 foi ajuizada demanda judicial requerendo a concessão do referido fármaco, bem como apresentando toda documentação médica.

Ao ser apreciado o pedido de tutela antecipada, o magistrado afirmou que:

A prova técnica produzida em juízo esclareceu que o tratamento com o fármaco pleiteado é de cunho experimental, uma vez que as pesquisas sobre a utilização do IMATINIBE na patologia da autora encontram-se ainda em fase II. Portanto, como dito pelo perito trata-se de uso *off label*, pois não há aprovação da ANVISA para o uso deste medicamento para tumor desmóide.

Assim, indefiro a tutela de urgência, uma vez que conforme entendimento jurisprudencial, não há obrigatoriedade do SUS custear tratamento considerado experimental pela técnica médica. Neste sentido, cita-se a passagem do voto do Min. Gilmar Mendes, que conduziu o *leading case* do STF sobre as demandas de saúde: ‘Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. (AGR 175)’.

Ressalte-se que “o tratamento "off label”, em relação ao qual há discordância importante dentro da própria comunidade médica, não pode ser custeado pelo erário, sendo inteiramente justificável e legítima a opção política de não custear tal modalidade de assistência à saúde.” (ARE 1037265, Relator(a): Min. DIAS

TOFFOLI, julgado em 17/04/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 05/05/2017 PUBLIC 08/05/2017).”

Foi designada perícia técnica, com quesitos formulados (pelo juiz e partes) e respondidos, nos seguintes termos:

A) Quais foram os tratamentos existentes para o caso do autor? Quais tratamentos já foram feitos pelo autor? R. Pericianda portadora de tumor partes moles região poplíteia membro inferior direito (tecido subcutâneo/musculaturas). Diagnosticado com tumor desmoide. Cujo coportamento tumoral o define como neoplasia de comportamento incerto (benigno ou maligno). Patologia considerada rara. Sendo a cirurgia como terapia curativa nesses casos.

Dados obtidos através atestado médico assistente. Exame anatomopatológico/Imunohistoquímico. Anexado dos autos. (folhas sem numeração). Foi indicado o medicamento imatinibe pela médica assistente. Atualmente apresentando-se como doença residual pós tratamento cirúrgico conservador.

B) Na opinião do perito, qual o tipo de tratamento teria sido e ainda é o mais eficiente para o caso do autor, em se tratando de tumor desmoide extra-abdominal. (Cid C 49.2?). R. Informo baseado em bula que o medicamento Imatinibe possui liberação na ANVISA para os tratamentos cujos diagnósticos são: 1) Leucemia mieloide crônica.

2) Sarcoma Stromal (GIST).

O uso de Imatinibe para o tumor desmoide é considerado no momento como OFF-LABEL (fora de bula). Documento de literatura anexados aos autos pela médica assistente mostram estudo fase II. O que caracteriza protocolo experimental.

C) Quais os danos decorrentes da demora no tratamento? R. Necessidade de reavaliação cirúrgica.

D) O princípio ativo da medicação “IMATINIBE”, é encontrado em algum(s) outro(s) medicamento(s)? R. NÃO.

E) Qual a perspectiva de cura/melhora d autor caso faça o tratamento com o produto mencionado? R. Vide quesito “b” do Juízo acima.

F) Existe tratamento/medicamento alternativo, com perspectiva de cura/melhora semelhante ao princípio ativo “IMATINIBE”, fornecido pelo SUS? R. Os estudos com Imatinibe nesse caso demonstram conotação experimental.

G) Qual é a dose que deve ser fornecida? E de que forma? R. O Medicamento prescrito necessita comprovação de eficácia em estudo fase III. Conotação experimental.

H) Das medicação fornecidas pelo SUS, existe alguma que seja indicada para o caso? R. O tratamento em oncologia prevendo possibilidade de cura encontra-se embasado para esse caso em terapia cirúrgica.

I) Quais os efeitos colaterais decorrentes da aplicação do medicamento “Imatinibe (Glivec)? R. É terapia com conotação experimental. Estudo fase II. Para esse caso.

J) Na opinião do perito é recomendável o uso da medicação “Imatinibe” (Glivec) no caso da autora? Justifique. R. Não possui liberação da ANVISA para esse caso. Não apresentando aprovação em bula. Estudos fase II. Conotação experimental.” (sic)

A parte autora ingressou com agravo de instrumento (1005720-67.2017.4.01.0000) e requereu a antecipação da tutela recursal, a qual foi indeferida nos seguintes termos:

“Indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal, pois os elementos que compõem o instrumento não permitem identificar, em um juízo de sumária cognição, próprio dos juízos liminares, a presença concomitante dos requisitos capazes de autorizar a adoção

da providência, em especial no que diz com a relevância dos fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, enfraquecida diante dos fundamentos mesmos que informam a r. decisão agravada, com base em prova pericial, no sentido de que “a prova técnica produzida em juízo esclareceu que o tratamento com o fármaco pleiteado é de cunho experimental”, uma vez que as pesquisas sobre a utilização do medicamento na patologia da agravante encontra-se ainda em fase de estudo, não havendo evidências de que o seu uso trará benefícios.” (sic)

4.3 – PROCESSO NÚMERO 43631520174013801

O assistido buscou auxílio da DPU – JF com o fito de obter judicialmente a concessão do medicamento SORAFENIBE 200mg (04 cápsulas ao dia, em caráter contínuo), uma vez que foi diagnosticado com hepatite C crônica em fase de cirrose hepática (CID 10 C-22.0).

O quadro de cirrose hepática existe há aproximadamente 06 meses, sendo que o diagnóstico definitivo foi feito apenas em 29/03/2017. O assistido encontrava-se, inclusive, em tratamento no Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus, através do SUS.

Em 16/05/2017 foi ajuizada ação para concessão do fármaco necessitado. Após, foi designada perícia com médico oncologista de confiança do juízo, sendo respondidos da seguinte forma os quesitos formulados:

Quesitos do Juízo

- a) Quais os tratamentos existentes para o caso do autor? Quais tratamentos já foram feitos pelo autor? R. Periciando portador de tumor maligno do fígado. Acamado. Condições clínicas desfavoráveis para qualquer terapia especializada no momento. Conforme prontuário documentos anexos aos autos. Mostra-se em fase clínica terminal. Com possibilidade de óbito a curto prazo. Cid C 22. Ec IV. Foram analisados, também, dados obtidos através atestado médico assistente. Anexado às fls. 17 às fls 21 dos autos. E os exames complementares elencados às fls 40141 dos autos.
- b) Na opinião do perito, qual o tipo de tratamento teria sido e ainda é o mais eficiente para o caso do autor, em se tratando de Cirrose hepática por álcool, hepatite C e carcinoma hepatocelular avançado(fl 17120)? R. Informo baseado na análise clínica e laboratorial que o periciando encontra-se com quadro de doença terminal. Portanto a indicação do medicamento Sorafenibe deverá descontinuado ou não prescrito.
- c) Quais os danos decorrentes da demora no tratamento? R. Periciando necessita terapia clínica de suporte.
- d) O princípio ativo da medicação " SORAFENIBE", é encontrado em algum(s) outro(s) medicamento(s)? R. Não.
- e) Qual a perspectiva de cura/melhora do autor caso faça o tratamento com o produto mencionado? R. Vide quesito "b' do Juízo acima-.
- f) Existe tratamento/medicamento alternativo, com perspectiva de cura/melhora semelhante ao princípio ativo" SORAFENIBE", fornecido pelo SUS? R. Sim. Porém descrito na literatura médica com menos eficácia.
- g) Qual é a dose que deve ser fornecida? E de que forma? R. A dose dia é de 800 mg. Por via oral. Subdividida em 02 tornadas. Das medicações fornecidas pelo SUS, existe alguma que seja indicada para o caso? R. Sim. Porém com eficácia menor. (sic)

QUESITOS DA UNIÃO:

- 1 — Qual a enfermidade que acomete o periciando, com o respectivo CID? R. Vide quesito "a" do Juízo.
- 2 — Existe algum tratamento\medicamento) disponibilizado pelo SUS para o quadro patológico apresentado pelo(a) paciente? R. Sim. Porém com eficácia menor. Vide quesito "H" do Juízo.
- 3 — O medicamento solicitado (SORAFENIBE) é adequado ao tratamento do quadro clínico apresentado pelo paciente? Justificar. R. Periciando com quadro clínico desfavorável para qualquer medicação antitumoral no momento. Não há benefício clínico o uso de Sorafenibe no momento.
- 4 — O medicamento solicitado pode ser substituído por outros alternativos? Caso a resposta seja negativa, favor justificar. Caso positiva, favor indicar substitutos. R. Vide quesito 3 acima.
- 5— Já foram tentados tratamentos com produtos\medicamentos alternativos? Quais? R. Não. Caso de doença avançada. Com situação desfavorável para qualquer terapia antineoplásica.
- 6 — Qual a perspectiva de cura ou melhora do periciando caso faça o tratamento com o medicamento pretendido? R. Não é o caso. Vide quesito 3 acima.
- 7 — Quais os efeitos adversos do medicamento solicitado? R. Não é o caso. Vide quesito 3 acima..
- 8— O medicamento solicitado aumenta o tempo de vida dos pacientes com a doença do autor? Favor justificar. R . Vide quesito "3" acima. Na literatura médica condizente há relatos de sobrevidas em torno de 03 meses.
- 9 — O medicamento solicitado é indispensável ao tratamento do autor? R. Não é o caso. Vide quesito 3 acima.
- 10 — Caso recomendado o uso do medicamento SORAFENIBE, qual a posologia adequada para o caso do autor? R. Não é o caso. Quadro clínico terminal. Necessita somente suporte clínico.” (sic)

QUESITOS DO MUNICÍPIO:

- 1 — Quais os tratamentos disponibilizados pelo SUS para o tratamento da moléstia que acomete o Autor? R. Periciando é portador de neoplasia maligna do fígado. Associado à Cirrose hepática . Vide quesito "a" do juízo.
- 2 — Há no histórico clínico do Autor referência a utilização de tratamentos fornecidos pelo SUS para o combate da moléstia? Em caso afirmativo, fineza informar, motivadamente, a ineficácia dos mesmos? R. Não. Estado de doença avançada. Condições clínicas desfavoráveis. Risco de óbito a curto prazo.
- 3 — O tratamento tradicional da doença mostrou-se ineficiente no caso do Autor? Em caso positivo, justifique. R. Não é o caso. Paciente fora de possibilidades terapêuticas, no momento. Comprometimento hepático difuso.
- 4 — A medicação prescrita é eficaz no tratamento da moléstia de que padece o paciente? R. Não é o caso. Vide quesito anterior.
- 5 — Existe outra medicação capaz de substituí-la? R. Não é o caso. Periciando fora de possibilidades terapêuticas. No momento.
- 6 — Pode o expert informar qual o ente federado (União, Estado de Minas Gerais ou Município de Juiz de Fora) é o responsável pelo custeio do tratamento do câncer? R. Periciando internado. Pelo SUS. Que engloba Município , Estado e Governo federal. (sic)

Após ter ocorrido a perícia judicial, o magistrado afirmou que de acordo com os exames dos autos, inexistente suporte probatório mínimo apto a comprovar a indicação do medicamento SORAFENIBE 200mg ao caso do autor, motivo este que indeferiu o pedido

de tutela antecipada do autor. Essa decisão foi prolatada em 20/07/2017. Contudo, em 02/06/2017 o autor já havia falecido.

4.4 – UMA ANÁLISE DOS LAUDOS PERICIAIS E DECISÕES JUDICIAIS APRESENTADAS NESTE CAPÍTULO

Inicialmente, um fato que se observou durante os quesitos formulados pelo juiz é a necessidade em saber a opinião do perito a respeito do caso. Não se questiona critérios objetivos, mas unicamente análises subjetivas do entendimento do profissional técnico. Em suma, o que de fato importa é a opinião do perito. Neste sentido, foi exposto no capítulo quatro algumas premissas sobre a regra da vedação de opinião.

Como se verifica, infelizmente os quesitos formulados pelo juízo são genéricos, não enfrentando as peculiaridades de cada caso. Tal fato pode ser corroborado através dos três laudos apresentados. Por serem similares, observa-se que o item “b” mostra diretamente o juiz questionando a opinião íntima do perito, indo contra tudo aquilo que já foi exposto referente a regra de vedação da opinião.

Os questionamentos são respondidos em forma de *opinions* (vide respostas aos quesitos “a”, “b” e “c”, do primeiro caso), em que o perito opina mesmo quando a pergunta não demanda qualquer parecer subjetivo (letra “a”) ou fornece opinião desprovida de argumentos técnicos (letra “b” refere-se laconicamente à necessidade de descontinuação do tratamento, e não chega sequer a responder se o medicamento é, em tese, indicado para o tratamento da doença, melhora na qualidade de vida e sintomas).

O quesito “c” também não é respondido (note-se que o perito nada diz sobre os danos provenientes da demora do tratamento). O perito ignora que o tempo pode gerar efeitos deletérios para o requerente, sendo tal quesito de suma importância.

Acreditamos que poderia ser incorporada outra forma de controle, que seria a análise do laudo pericial em consonância com todo o arcabouço probatório apresentado nos autos e não unicamente o laudo pericial. O que observamos nos casos narrados neste capítulo é exatamente a vinculação do magistrado ao laudo do perito, ignorando completamente todo material probatório que os autores juntaram nos autos, sejam os laudos dos outros médicos como os exames.

Na decisão de antecipação dos efeitos da tutela, do primeiro caso narrado, (0063682-02.2016.4.01.0000/MG) já mencionado neste trabalho o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconhece que o perito não analisou os laudos médicos apresentados pelo requerente,

afirmando que “há, por outro lado, atestado médico particular, lavrado em data posterior à perícia, indicando o “uso de Octreotide para tratamento da doença e controle de sintomas, após falha com linhas prévias de tratamento fornecidos pelo SUS”.

Com já exposto, também, houve laudo pericial complementar no processo que deu origem ao acórdão supramencionado que também não enfrentou tal dado novo, ficando o perito omissivo quanto a possíveis melhoras do paciente com este medicamento. Foi necessário recurso para o órgão revisor apreciar aquilo que o juiz de primeiro grau deveria ter aferido. Como se sabe, o tempo é um grande inimigo dos portadores de câncer e sabemos também que o judiciário é moroso. Logo, todo cuidado e atenção é pouco diante de processos desta natureza.

Utilizando os critérios oriundos do *Daubert case* verifica-se que sequer é analisado se a metodologia aplicada pelo perito possui uma margem de erro e qual seria esse percentual. Além da verdade, nenhum critério foi aplicado neste caso, por isso observamos claramente a vinculação do magistrado com o laudo pericial. O que foi verificado nos laudos periciais aqui apresentados foi a ausência de um rigor científico e técnico, sendo apresentados laudos de qualidade não satisfatória, com conclusões pautadas em opiniões dos peritos sem que fundamentem de forma cabal o que os levaram a tirar aquelas conclusões. Por exemplo, no processo número 10003002720174013801 o perito utiliza o termo “*off label*” sem sequer explicar do que se trata (mais a frente será analisado este termo).

Outro fato a se analisar é que não é apresentada a margem de erro, tampouco pesquisas que apontam em sentido contrário o entendimento do expert, demonstrando somente seu entendimento. Contudo, diante da vida de uma pessoa todo cuidado é pouco, colocar nas mãos de um único médico o destino daquela pessoa é algo muito sério. O juiz deve minimamente controlar a atividade deste profissional e no caso de dúvida e mediante laudos inconclusivos e com a qualidade não satisfatória, deverá o magistrado conceder o medicamento, pois o resultado do contrário é devastador e irreversível.

De fato, os laudos apresentados não são capazes de promover segurança jurídica, justiça e racionalidade para a decisão judicial.

Os laudos não rebatem os pareceres médicos, embora só estes últimos partam de uma avaliação do estado clínico (a partir de anamneses, exames físicos e acompanhamento próximo) do paciente. Quem conhece todo o quadro clínico do paciente é seu médico particular que forneceu o atestado médico afirmando que aquele paciente necessita daquele fármaco. Deve haver um diálogo entre os laudos médicos do requerente e a perícia. Caso

houvesse esse diálogo, a conclusão negativa de fornecimento do medicamento seria bem fundada, garantindo uma maior racionalidade e controle pelo magistrado.

Há quesitos que são respondidos com evasivas, como, por exemplo, se quando o juiz indaga qual seria o tratamento mais eficaz (letra “b”), o perito responde que “não houve melhora”, sem explicar para o juiz - e para as partes - o que isso significa, em se tratando de um paciente oncológico. Para um leigo, não “houve melhora” pode significar tão somente que a doença não regrediu, o que é muito diferente de se verificar um crescimento do tumor. Tenha-se presente, ainda, que, a depender da doença, o ritmo de crescimento do tumor pode indicar o grau de evolução da doença. Tudo isso deveria ser explicado pelo perito, em linguagem clara e acessível, sabendo-se que do julgador da causa não se devem esperar conhecimentos especializados na área.

Observe-se que, ao se referir à eficácia do tratamento indicado pelo SUS, o perito afirma que “houve piora” nas lesões e sintomas (letra “h”), ao se referir ao medicamento pleiteado, o perito ora afirma que os sintomas “permanecem”, ora afirma que houve piora. Ou seja, trata-se de um laudo contraditório.

Independentemente do acerto ou equívoco do laudo, o fato é que as lacunas motivaram a reforma da decisão que indeferiu a antecipação da tutela, a fim de que o medicamento fosse concedido e a perícia complementada para responder, objetivamente, se o medicamento poderia melhorar os sintomas e/ou tratar a doença referida nos autos.

O mesmo se diga quanto ao segundo caso (item “4.2”), de linguagem hermética, técnica e confusa. Não explica os termos utilizados (“*off label*”, “fase II”, “tratamento experimental”). O perito ainda firma sua conclusão na identificação dos termos “*off label*” e “tratamento experimental”, o que, ao menos em termos jurídicos, não é correto. Este profissional emite conclusões lacônicas, “jogando” esses termos como se fossem determinantes para a impossibilidade de custeamento pelo SUS gerando até mesmo a impressão de que a prescrição do medicamento pelo médico do SUS seja irregular.

Embora não diga expressamente, nos itens “b” e “c”, do segundo caso, o perito se refere ao caráter experimental do medicamento e, na sequência, diz que há “necessidade de reavaliação cirúrgica”. Ele não responde ao quesito sobre a eficácia do medicamento (nem pra dizer que não pode afirmá-la), mas deixa subentendido que este não poderia ser utilizado por ser experimental, sendo necessário reavaliar a possibilidade de cirurgia. Com isso, acaba emitindo uma *opinion* (não embasada em argumentos claros) sobre o tratamento do paciente, em lugar de limitar-se a responder objetivamente sobre a eficácia e indicação do medicamento requerido.

No processo de número 1000300272017401380 (item “4.2”) verifica-se que o perito indica uma cirurgia como curativa para esse caso. Contudo, trata-se de um procedimento extremamente invasivo, que consiste na mutilação da perna da requerente.

No que se refere a linguagem médica adotada, os medicamentos, em geral, considerados em fase experimental para fins de indeferimento do fornecimento pelo Poder Público, são medicamentos não registrados na ANVISA e cuja eficácia (*lato sensu*) não é comprovada pela comunidade científica. Ainda, o próprio STF menciona que os protocolos do SUS não podem ser o único parâmetro e, como nos casos da Trilogia *Daubert*, enfatiza que as ciências médicas evoluem.

Com base no *leading case* do STF (STA 175 AGR)³⁹, o medicamento Zavesca, objeto da controvérsia não constava dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso do Zavesca para o tratamento da doença de *Niemann-Pick* Tipo C, não comprovaram a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS. Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos. Ou seja, da mesma forma que o *Daubert* case evoluiu ao não aceitar somente a aceitação geral da comunidade científica, aqui o STF entendeu que os protocolos do SUS não pode ser o único parâmetro aferível.

Analisando o julgamento do pedido de antecipação de tutela apresentado no processo de número 10003002720174013801 (item “4.2”), verifica-se um equívoco na decisão, que confunde medicamento experimental com “*off label*”. A decisão afirma que “a prova técnica produzida em juízo esclareceu que o tratamento com o fármaco pleiteado é de cunho experimental, uma vez que as pesquisas sobre a utilização do IMATINIBE na patologia da autora encontram-se ainda em fase II. Portanto, como dito pelo perito trata-se de uso *off label*, pois não há aprovação da ANVISA para o uso”. Ocorre que o laudo foi tão confuso que o próprio magistrado não conseguiu distinguir tais conceitos médicos, apesar do perito ter falado que o medicamento pleiteado tanto era experimental como era “*off label*”.

Não obstante tal erro, o magistrado utilizou como argumento de autoridade o ARE 1037265 de relatoria do Min. Dias Toffoli. Ocorre que este acórdão utiliza o termo “*off label*” de acordo com o correto da literatura médica, ou seja, aquele que sua indicação de bula é para

³⁹ STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

finalidade diversa daquela que se pretende adotar. Nesta decisão, o Ministro afirma que “voltando os olhos para o caso concreto, verifico que objetiva-se tratamento que envolve a utilização de medicamento para finalidade diversa daquela que norteou a sua elaboração e para o qual é ele posto no mercado. O dito uso ‘*off label*’ de medicamento.”.

Ou seja, é inegável que a imprecisão dos termos técnicos usados pelos peritos comprometem a qualidade da decisão e quem acaba sendo o grande prejudicado é o jurisdicionado.

Ademais, é interessante ressaltar que o acórdão supracitado, de relatoria do Min. Dias Toffoli, expõe que “o fato de determinada medicação não possuir registro no ANVISA, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio.

Assim, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175 AgR/CE, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, quando “adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”, nos termos da Lei 9.782/99.”.

Outro ponto de suma importância abordado no acórdão nº 0063682-02.2016.4.01.0000/MG foi que, de fato, o laudo pericial foi controlado pelo magistrado a ponto de verificar e valorar não somente aquilo que o perito conclui, mas felizmente analisar, também, todo material probatório carreado nos autos pelo requerente. Neste sentido, foi exposto no referido julgado que “no caso concreto, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário, ressaltando também os seguintes motivos: a) o laudo pericial acostado aos autos às fls. 124/126 deixou lacuna, ou seja, não enfrentou a possibilidade de que a medicação Octreotide Lar poderia permitir melhor controle dos sintomas da doença e proporcionar melhor qualidade de vida ao paciente; b) há, por outro lado, atestado médico particular, lavrado em data posterior à perícia, indicando o ‘uso de Octreotide para tratamento da doença e controle de sintomas, após falha com linhas prévias de tratamento fornecidos pelo SUS’; e c) a questão sub judice deve ser interpretada em favor do agravante, parte hipossuficiente.”

Ora, o mínimo que se esperava do perito é a demonstração dos motivos que levaram a crer que aquele medicamento não seria apto a melhorar o quadro clínico do paciente. Não foi respondido pelo profissional se o medicamento poderia permitir um melhor controle da doença, tornando o laudo omisso.

Noutro giro, o *leading case* do STF (STA 175 AGR) coaduna com a trilogia *Daubert*, ao afirmar que “Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição

necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permitindo que dispense de 'registro' medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.”. Logo, a análise do caso concreto é de suma importância. Porém, o que o perito faz é simplesmente parar na verificação de que se não está na lista da ANVISA, e os demais quesitos tornam-se prejudicados.

Vale frisar, ainda, um trecho deste *leading case* que narra exatamente a questão da evolução médica que dificilmente acompanha a burocracia do judiciário. O Min. Gilmar Mendes afirma que “como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”.

O que se pode retirar de mais importante é o absurdo da padronização deste tipo de demanda. Não foi mencionado neste acórdão, mas os laudos também estão padronizados, bem como os quesitos formulados pelo magistrado, que na maioria das vezes é o mesmo para todo e qualquer caso.

4.5 – O OUTRO LADO DA MOEDA: UMA ANÁLISE DOS LAUDOS SOB A LUZ DA TERMINOLOGIA E LINGUAGEM TÉCNICO-CIENTÍFICAS

Seguindo a ordem dos laudos expostos, no processo de número 4557-49.2016.4.01.3801, o perito inicialmente descreve, de forma simples, qual a doença do autor e os tratamentos a que este já foi submetido.

Ocorre que, conforme o perito concluiu, com base nas informações prestadas pelo autor, que o uso do fármaco pleiteado não gerou nenhuma melhora em seu quadro clínico, afirmando que “segundo informação do periciando os sinais e sintomas da doença que estavam presentes anteriores ao uso do Octreotide Lar permanecem. O que sob o ponto de vista pericial deve ser urgentemente descontinuado”. Ademais, o perito afirma que “sob o ponto de vista pericial deve ser urgentemente descontinuado” o uso do fármaco.

Note-se que o laudo não se reporta aos exames precedentes do autor, tampouco aos exames mais recentes. Limita-se a basear sua conclusão pelas informações trazidas nos autos pelo autor, sem menção à realização de exame clínico neste. Talvez por isso conclua, contraditoriamente, que “cabe ao médico assistente suspender a medicação em uso (Octreotide) e propor terapias outras ainda cabíveis ao quadro clínico do mesmo”. Também contraditória, sob a perspectiva leiga, é a afirmação de que se trata de uma “terapia paliativa”.

O laudo ainda se reporta ao fato de o autor ter se submetido a “7 ciclos” do medicamento, sem esclarecer a que se refere esta terminologia.

Sob a orientação do Prof. Dr. José Antônio Chehuen Neto, professor titular da Faculdade de Medicina da UFJF, compreendemos que já teriam sido feitos 07 ciclos com o medicamento (no requerente) e não teria havido, na conclusão do perito, qualquer melhora. O ciclo se refere ao número de aplicações/uso do medicamento com o intervalo de tempo entre eles, algo que não está explicado no laudo pericial, e seria facilmente compreendido pelo juiz. Por exemplo, em alguns casos de câncer de pulmão, se fazem seis ciclos de tratamento, com dois medicamentos contra o câncer, a cada três semanas, ou seja, cada ciclo de quimioterapia é feito em intervalos de 21 dias, num total de seis vezes. Este intervalo é importante para que corpo se recupere dos efeitos colaterais do medicamento.

Para que o perito pudesse afirmar que o medicamento não provocou a melhora que se esperava em 07 ciclos, teria que saber quais as perspectivas de melhora previstas pelo

médico assistente (prognóstico), qual a situação do paciente quando iniciou o tratamento, de modo a afirmar, como fez, que o quadro não teria se alterado.

No que se refere aos itens “b” e “c” da perícia do processo analisado, o Prof. Chehuen coloca que não é função do perito indicar qual o melhor tratamento para o autor, uma vez que não conhece seu quadro clínico, tampouco as peculiaridades de seu organismo, sendo arriscado e desaconselhável que outro médico intervenha de tal forma. Sendo assim, justifica-se o fato do perito dizer que “cabe ao médico assistente suspender a medicação em uso e propor terapias outras ainda cabíveis ao quadro clínico do mesmo” e que o “periciando necessita com urgência de reavaliação do caso pelo médico assistente. Devendo avaliar terapias cabíveis”. De nossa parte, e a partir dos esclarecimentos prestados pelo Prof. Chehuen, profissional da área, pudemos perceber a incoerência do laudo ao afirmar, a partir das informações do autor, que o tratamento presente deve ser imediatamente descontinuado: a) sem que o paciente tenha sido sequer examinado; b) sem que tenha havido uma análise retrospectiva do quadro do paciente (ao menos que se possa extrair do conteúdo do laudo).

Com efeito, no item “e” o perito afirma que o medicamento não possui o efeito terapêutico desejável e que tal tratamento deve ser descontinuado. Tal conclusão deve, possivelmente, ter sido extraída do próprio laudo e da documentação médica entregue para o perito, uma vez que já teriam sido feitos 07 ciclos com o referido medicamento e o autor não teria obtido melhora em seu quadro clínico. Não se trata, contudo, do que revela o texto do laudo; ao contrário, o laudo parece ter se baseado nas afirmativas do autor e, embora contraponha as prescrições do médico assistente, não alude diretamente a elas nem as rebate devidamente, deixando um hiato entre as opiniões de dois profissionais da área, sendo o médico assistente mais próximo ao paciente que o perito. Ainda assim, verifica-se que o juiz da causa está mais propenso a acolher o laudo pericial

Em suma, o que se verifica deste laudo é que o tratamento pleiteado judicialmente não fornece o resultado que se espera, sendo uma “terapia paliativa”, nas palavras do perito. Há, ainda, outro tratamento para a doença do autor, que seria a terapia quimioterápica sistêmica, porém já foi utilizada e teria piorado a doença do autor.

O segundo caso trata-se do processo autuado sob o número 1000300-27.2017.4.01.3801. Inicialmente o perito narrou a doença da autora, afirmando ser uma doença rara e que a cirurgia é uma terapia curativa para este caso.

O item “b” faz-se necessário uma análise pormenorizada. Foi questionado sobre o tratamento mais eficiente para esta doença, sendo respondido que o medicamento

receitado pela médica da autora tem como foco de tratamento as seguintes doenças: Leucemia mieloide crônica e Sarcoma stromal (GIST).

O perito descreve o medicamento como “OFF-LABEL”, ou “fora de bula”.

Cada medicamento registrado no Brasil recebe aprovação da Anvisa para uma ou mais indicações, as quais passam a constar na sua bula, e que são as respaldadas pela Agência. O registro de medicamentos novos é concedido desde que sejam comprovadas a qualidade, a eficácia e a segurança do medicamento, sendo as duas últimas baseadas na avaliação de estudos clínicos realizados para testá-lo para essas indicações.

Quando um medicamento é aprovado para uma determinada indicação isso não implica que esta seja a única possível, e que o medicamento só possa ser usado para ela. Outras indicações podem estar sendo, ou vir a ser estudadas, as quais, submetidas à Anvisa quando terminados os estudos, poderão vir a ser aprovadas e passar a constar da bula. Estudos concluídos ou realizados após a aprovação inicial podem, por exemplo, ampliar o uso do medicamento para outra faixa etária, para uma fase diferente da mesma doença para a qual a indicação foi aprovada, ou para outra doença, assim como o uso pode se tornar mais restrito do que inicialmente se aprovou.

Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.

Quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o uso *off label* do medicamento, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula. O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora frequentemente

isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente.

A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos, entre os quais o de que o pedido de registro pode ser feito muito mais tarde aqui do que em outros países. Também pode ocorrer que o medicamento receba aprovação acelerada em outro país, baseada na apresentação de estudos preliminares ou incompletos, o que, via de regra, não é aceito pela Anvisa. Por fim, um uso autorizado no Brasil pode ser uso *off label* em outros países.

A classificação de uma indicação como *off label* pode, pois, variar temporalmente e de lugar para lugar. O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto.⁴⁰

Ademais, o perito afirma que o medicamento está em “fase II”, o que caracteriza protocolo experimental.

Os estudos dos medicamentos são inicialmente realizados em animais e em laboratórios (Fase Pré-Clínica), para que só depois de estabelecida a segurança do fármaco e obtidas evidências de que o mesmo é eficaz, para que só então sejam iniciados os estudos em humanos (Estudos Clínicos), evitando exposição de seres humanos a riscos desnecessários. A pesquisa Clínica é composta por quatro fases, de maneira resumida:

Fase I: realizada em um número reduzido de pessoas e visa avaliar a segurança preliminar em humanos; Fase II: também ocorre em um número limitado de pessoas (porém um número de pessoas maior que na Fase I e avalia além da segurança, a relação dose-resposta (em qual dosagem a resposta do paciente ao medicamento é maior, sem exposição do mesmo a riscos); Fase III: tem como característica o aprofundamento do conhecimento sobre a segurança e eficácia obtidos nas fases anteriores dos estudos, e para isso, estes estudos são realizados com um número maior de pacientes, por períodos mais longos; Fase IV: realizado após concessão do registro do medicamento e início de sua comercialização e caracteriza-se pela busca de novas reações adversas e novas estratégias de tratamento.

Ora, o medicamento receitado pela médica da autora ainda está na fase II de testes não sendo considerado medicamento, ainda, de acordo com a Anvisa. Logo, é razoavelmente compreensível a postura do perito em não recomendar o uso daquele fármaco, o qual não possui qualquer segurança ainda.

⁴⁰ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

Depois de o perito ter exposto que o fármaco é de “fase II” e ser “*off label*” todos os outros quesitos foram prejudicados. Como já dito anteriormente, cumpre expor que o medicamento experimental não se confunde com o “*off label*”, sendo este o medicamento utilizado para finalidade diversa daquela constante em bula e experimental seria aquele que não passou por todas as quatro fases da ANVISA.

O último caso, autuado sob o número 4363-15.2017.4.01.3801. Inicialmente o perito narrou a doença do autor mencionando que está em fase terminal com possibilidade de óbito a curto prazo.

O que se verifica neste caso é que o autor está em fase terminal, não havendo uma perspectiva de melhora em seu quadro. Neste sentido, a resposta ao item “3” apresentado pela União foi respondido de modo que o periciando possui quadro clínico desfavorável para qualquer medicação antitumoral naquele momento, afirmou, ainda, que “não há benefício clínico o uso de Sorafenibe no momento”.

Em suma, neste caso, na visão do perito, não havia terapia para o quadro clínico do autor, naquele momento e o uso do medicamento solicitado, com base na literatura médica, não iria gerar o resultado esperado.

O que se verifica na prática é uma pressão psicológica do paciente, do médico e dos familiares que aceitam qualquer ajuda e qualquer coisa que possivelmente pode melhorar seu quadro clínico.

Em relação ao médico, percebe-se uma dificuldade em aceitar que não há mais solução para o seu paciente a não ser esperar a morte ou um milagre, em alguns casos.

Ademais, percebe-se que caso o laudo pericial fosse fundamentado de tal forma que explicasse pormenorizadamente todos os termos utilizados e os motivos de não recomendação daquele medicamento, evitaria maiores impugnações dos laudos, bem como maiores recursos ao processo, proporcionando uma maior segurança e racionalidade dos laudos periciais.

O laudo bem fundamentado, explicando qual a metodologia usada, os motivos que fez o perito concluir de tal modo gera uma maior certeza e racionalidade na tutela cognitiva.

5 – UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL SOB A PERSPECTIVA DO PERITO-JUÍZ

Inicialmente, cabe analisar a função do juiz em relação a prova pericial, o qual, bem como as partes não participa da produção desta prova. O magistrado não possui qualquer conhecimento técnico em relação aquilo que se pretende provar.

Justamente pelo juiz não conhecer daquele ramo do saber, decorrem algumas consequências e a primeira delas é a dificuldade em entender precisamente os termos do laudo pericial. O perito utiliza de termos bem técnicos que faz com que o juiz continue sem entender aquilo, bastando para si a simples conclusão, o “sim” ou “não” daquele profissional.

Ocorre que a conclusão que buscamos é o resultado de todo o trabalho do perito, a resposta final que se chegou após todo seu trabalho científico. A conclusão é o fim de um raciocínio, o resultado de uma técnica ou método empregado, e sob tal contexto é que deve ser visto, para ser corretamente utilizada.⁴¹

O que se verifica na prática é a confusão entre conclusão e opinião por parte dos peritos. Concluir o laudo pericial é como dito acima, o fim de todo um raciocínio que levou aquele profissional a chegar numa resposta para o seu trabalho. Conclusão não é a opinião do perito sobre aquela matéria. O que se busca é a demonstração de toda metodologia utilizada por este profissional, demonstrando quais critérios foram utilizados e que se fundamente de forma cabal os motivos que levaram a concluir o laudo daquela maneira.

Pode acontecer que o perito tenha razão sim em afirmar que aquele medicamento não possui eficácia para o paciente, por exemplo. Porém, a forma como o laudo é exposto, não dá credibilidade ao processo. O que o jurisdicionado entende é que o perito, em seu íntimo, acredita que a utilização do fármaco pleiteado não irá ajudar o requerente, sem que tal decisão tenha qualquer respaldo científico.

O resultado é uma descrença daquele laudo e do próprio judiciário que compactua ao aceitar como absoluto o laudo pericial, sem impor um controle rígido em relação ao perito e suas conclusões. A parte, na maioria das vezes, é hipossuficiente, a defesa técnica pode falhar em não impugnar aquele laudo. Nessas situação, cremos que cabe sim uma postura supletiva do magistrado, ante a omissão das partes, sem que isso possa violar sua imparcialidade. Ademais, autores publicistas como Barbosa Moreira, afirmam que a omissão do magistrado pode interferir em sua imparcialidade tanto como sua atuação direta.⁴²

Principalmente no que tange o segundo item proposto por Leonardo Greco, no item “3.6”, verifica-se que na prática dificilmente são fornecidos os métodos utilizados pelo

⁴¹ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Prova Científica – Exame Pericial do DNA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

⁴² MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

perito para que possam ser refutados pelo magistrado ou pelas partes. Na verdade a ausência da metodologia aplicada não é sequer questionada ao longo do processo (na maioria das vezes), acatando como absoluto tudo aquilo que o perito conclui. De fato, a ausência de elementos concisos nos laudos impedem as partes de entender aquilo que foi posto pelo perito e por se tratar de especialista naquela área, faz com que ninguém refute o laudo.

Um dos problemas da prova pericial não chega a ser os erros procedimentais, mas a ausência de um controle crítico do juiz, o que pode ser justificado em virtude da própria ausência de conhecimento técnico naquela área. Tal problema pode ser sanado com laudos claros e didáticos, que sejam capazes de demonstrar todo percurso usado pelo perito até chegar naquele fim.

De fato, há uma distância entre o juiz e a ciência, o que faz com que o laudo pericial seja a antecipação de uma sentença. Verdade seja dita, o laudo pericial nada mais é do que a antecipação daquilo que o magistrado irá decidir. Não é o foco do presente trabalho abordar uma pesquisa quantitativa sobre a relação, em números, entre perícia e sentença. Contudo, basta um simples acesso aos processos judiciais para concessão de medicamentos (que é o foco deste estudo) para percebermos que as decisões judiciais são vinculadas ao laudo pericial sem que ocorra qualquer análise crítica do laudo ou que o magistrado discorde.

Para discordar é necessário que se tenha um conhecimento mais apurado sobre aquele conteúdo estudado e o juiz não possui formação para tanto. Porém, retornaremos ao que já foi dito, com um laudo bem explicado e claro, o juiz pode começar a fixar parâmetros de controle sobre o estudo feito pelo perito, mas enquanto houver respostas inconclusivas e obscuras e tal prática continuar passando pelo crivo do judiciário, a prova pericial nunca irá obter a racionalidade que deveria lhe ser imposta.

Já começamos a delimitar um segundo problema, que seria a delegação da função do juiz para o perito. Função esta que é indelegável.

Por mais que haja uma previsão para que o magistrado não fique adstrito ao laudo, dificilmente ocorre na prática. Perito decide de tal forma e o magistrado segue seu entendimento.

Além de uma reformulação do laudo, com mais clareza, cientificidade e concisão, talvez seria interessante que o juiz tivesse um mínimo de conhecimento sobre o assunto a ser julgado? Cremos que sim. Já foi exposto no capítulo anterior a posição de Michele Taruffo a respeito desta temática, no que se refere a uma maior especialização do juiz sobre aquilo que irá julgar.

Outro grande problema é a omissão de nosso ordenamento jurídico sobre normas de conduta, manutenção, produção e responsabilização da prova pericial. Em relação a essa última, utiliza-se do Código Civil, porém, havendo normas específicas, facilitaríamos os lesados nos processos judiciais, bem como teria um caráter pedagógico para a falta de preparo e racionalidade dos laudos periciais, que pode gerar efeitos devastadores na vida dos jurisdicionados.

6 – CONCLUSÕES

Mesmo não estando vinculado às conclusões periciais, cabe o julgador valorar os elementos de provas carreados pelo perito. É neste contexto que se encontra um dos maiores desafios que os magistrados têm enfrentado na atualidade – como pode o Juiz, típico homem médio, avaliar racionalmente elementos de prova, caracterizados por princípios, metodologias e conceitos próprios de estrita conotação científica, que em muito superam os limites de seu conhecimento?

O que se verificou ao longo deste trabalho foi a ausência de um rigor terminológico conceitual dos laudos periciais analisados. Os peritos com o reiterado costume de fornecer laudos simples e em sua maioria inconclusivos, os quais passam pelo crivo do judiciário que sequer é feito um controle sobre a metodologia aplicada (a qual não é exposta no laudo). O fato do magistrado não tem conhecimento sobre aquela área do saber humano e seu desinteresse em aprofundar seu conhecimento sobre aquilo que irá julgar gera um grande problema, que é a transferência das funções jurisdicionais do juiz para o perito.

Mas como solucionar a questão da transferência do ofício jurisdicional para o perito, principalmente em razão de não ser possível exigir do magistrado que este possua o mesmo nível de conhecimento técnico do *expert* nas complexas matérias científicas?

Faz-se necessário que se exija dos peritos laudos que possam ser refutados, apresentando um linguajar acessível, que possa ser compreendido pelo juiz e pelas partes, para só assim as partes poderem impugná-lo e o juiz controlá-lo, pois como se sabe, o magistrado não está vinculado ao laudo do perito.

A indelegabilidade das funções jurisdicionais do Magistrado é absoluta, não sendo possível aceitar qualquer forma de abandono, transferência ou deslocamento do dever jurisdicional. Aceitá-la desnaturaria a garantia constitucional do devido processo legal, de forma que não é possível acolher a ideia de subordinar o juiz ao parecer do perito.

Busca-se uma racionalidade da justiça, critérios racionais que permitam a valoração da prova pericial, evitando, assim, a perpetuação de injustiças no judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007

BERGER, Margaret A. The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony. In: Reference Manual on Scientific Evidence. Second Edition. Federal Judicial Center 2000. p.11. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf). Acesso em: 23 de outubro de 2017.

BERGER, Margaret A. What has a decade of Daubert Wrought? In: American Journal of Public Health, Supplement 1, 2005, Vol 95, No S1, p. S59-S65.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Prova Científica – Exame pericial do DNA. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

COURT OF APPEALS OF DISTRICT OF COLUMBIA. Frye v. United States, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013, No . 3968, Court of Appeals of District of Columbia. Disponível em: http://www.daubertontheweb.com/frye_opinion.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador. Disponível em: . Acesso em: 19 outubro de 2017.

DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 27. Padova: CEDAM, 1972.

GIULIANI, Alessandro. Il concetto di prova. Milano: Giuffrè, reedição inalterada, 1971.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Disponível em: < <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf> >. Acesso: 22 de outubro de 2017.

GUSMÁN, Nicolás. La verdade em el processo penal. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. A prova pericial civil. Editora Jus Podivm: Bahia, 2008.

TARUFFO, Michele . La prueba, artículos y conferencias. Série Monografías Jurídicas Universitas Chile, Editorial Metropolitana, 2008 TARUFFO, Michele. Compilation and presentation of evidence in civil litigation: cultural traditions and theoretical trends. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/31.pdf> Acesso em: 01 de outubro de 2017.

VERBIC, Francisco. La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.