

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO ROBERTO
BARROSO**

ED/ADI 3481

Requerente: Procuradoria Geral da República

Requerido: Conselho Federal de Psicologia

Julgamento Virtual: ADI-ED. Incluído na Lista 501-2021.AM

Agendado para: 20/05/2022 a 27/05/2022

MEMORIAIS

Ementa

- I. Decisão Inconstitucionalidade – Embargos de Declaração p. 02
- II. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade p. 03
- III. Autorregulação profissional, capacidade institucional, razoabilidade e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos: equacionamento das consequências práticas negativas geradas pela decisão na ADI nº 3.481. p. 05
- IV. Modulação *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003: tutela da segurança jurídica e proteção do interesse social. p. 10
- ANEXO** – Parecer – Resolução CFP nº 02/2003, ADI nº 3.481 e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos. Professor Daniel Sarmento..... p. 15

Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Roberto Barroso,

I. Decisão Inconstitucionalidade – Embargos de Declaração – Destino dos Gabaritos – Modulação dos Efeitos *Pro Futuro*

Tratam os presentes memoriais de Embargos de Declaração (peça sequencial nº 40) interpostos ante decisão proferida pelo C. Plenário dessa Corte na ADI 3481, que, por maioria de 7x4 conduzida pelo E. Relator Ministro Alexandre de Moraes, concluiu pela **declaração de inconstitucionalidade material do inciso III, *caput*, e §§ 1º e 2º do art. 18, da Resolução CFP nº 02/2003.**

Como se observa do texto normativo impugnado, a **matéria objeto da declaração de inconstitucionalidade** diz respeito, precisamente, à **restrição de comercialização dos testes psicológicos**, e aos procedimentos de controle de vendas por parte de editoras.

Referida decisão produzirá **impacto direto e imediato sobre um sem número de processos judiciais e administrativos em curso**, além de **concursos públicos, requerimentos de porte de arma, habilitação para dirigir veículos automotores, habilitação para pilotar e tripular aeronaves, avaliação no âmbito de corporações policiais**, procedimentos cirúrgicos e seleção em ambiente organizacional e empresarial, dentre outros, conforme manifestação de diferentes entidades especializadas em cada uma destas áreas, além de instituições de segurança pública e forças armadas, e empresas do mercado editorial especializado, conforme documentação anexa aos Embargos de Declaração. (peças sequenciais nº 41 a 53)

Diante disso, os Embargos de Declaração suscitaram **omissão** do julgamento no que se refere ao **destino a ser conferido aos gabaritos dos testes psicológicos em um cenário de sua ampla e irrestrita comercialização.** Trata-se de **consequência prática essencial** para a garantia da integridade e confiabilidade dos seus resultados, considerados desde o ponto de vista da segurança jurídica e relevante interesse social. Isso se deve ao **impacto direto sobre diferentes processos administrativos e judiciais** que tem na **avaliação psicológica etapa, critério ou requisito imposto por determinação legal.**

Sob o fundamento de que a **comercialização irrestrita dos gabaritos** iria desestruturar o próprio sistema de avaliação psicológica no Brasil, argui-se, alternativamente, nos Embargos de Declaração a necessidade de fixação de **um período de transição**, a fim de permitir a **reestruturação normativa, científica, operacional, editorial e de treinamento profissional**, justificando, assim, na medida da **segurança jurídica e relevante interesse social**, a **modulação *pro futuro* dos efeitos** da decisão, dado que tal discussão não fora objeto de deliberação pelo Plenário por ocasião da decisão.

Eis os pedidos deduzidos nos declaratórios, *in verbis*:

“a) Sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração, a fim de reconhecer a omissão indireta no que tange à destinação a ser conferida aos gabaritos dos testes psicológicos, nos termos do item III desta petição, em face da declaração de inconstitucionalidade material do inciso III, §§ 1º e 2º, do art. 18 da Resolução CFP nº 02/2003;

b) Alternativamente, sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração, a fim de reconhecer a omissão no que diz respeito à modulação dos efeitos da decisão, a fim de suspender a sua vigência pelo período de 12 meses a contar do trânsito em julgado, de modo a constituir tempo hábil e necessário para que sejam empreendidas medidas de transição normativa, instrumental, técnica, institucional e de capacitação profissional tendentes a evitar o autodiagnóstico e garantir a confiabilidade dos resultados da avaliação psicológica em seus diferentes campos de aplicação, como medida de urgência necessária à garantia de segurança jurídica dos processos judiciais, administrativos, terapêuticos e organizacionais em todo o país, realçando o caráter de excepcional interesse social da matéria.” (grifos acrescentados)

II. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade

Como elucidado pelo Professor Daniel Sarmento em parecer ofertado por ocasião da apresentação destes memoriais (anexo), **os embargos de declaração ganham contornos e amplitude de garantia constitucional quando manejados em sede de jurisdição constitucional, sobretudo à luz da sua**

singularidade como meio processual de debate, completude e aprimoramento da decisão proferida no ambiente do controle concentrado de constitucionalidade. Em suas próprias palavras:

*“Sendo assim, em hipóteses dessa natureza, os embargos de declaração exercem função ainda mais importante do que garantir a coerência interna do julgado. Eles também se prestam para aperfeiçoar o exercício do papel do STF de guardião da Constituição (art. 102, caput, CF/88), evitando que aspectos importantes da questão constitucional deixem de ser abordados pela Corte, ou que o equacionamento desses temas se dê de forma contraditória ou obscura. [...] Desse modo, **o manejo do único recurso cabível nessas ações deve ser visto com maior generosidade, para evitar lesão irreparáveis a valores constitucionais**”.* (Parecer anexo, p. 7-8, grifos acrescentados)

De fato, essa é a sólida compreensão desta E. Corte, como se extrai dos **precedentes**: ADI nº 3.601-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 15/12/2010; ADI nº 2.797-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, Red. p/ ac. Min. Ayres Britto, DJe 28/02/2012.

Como aponta o parecer anexo, “também não se pode ignorar que, nos últimos anos, teve crescente influência no Direito brasileiro a compreensão de que o Poder Público não pode deixar de **considerar os impactos e as repercussões reais da sua atuação sobre a realidade**. Trata-se de imprimir, respeitados os limites da legalidade e da deontologia constitucional, um viés pragmático às decisões estatais. Tal orientação foi expressamente contemplada nas mais recentes alterações normativas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que passou a prever, em seu art. 20, caput: ‘Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão**’ (grifos acrescentados).

No caso [dos autos], **a declaração de inconstitucionalidade** do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003, nos termos em que proferida – **alcançando também os gabaritos dos testes psicológicos** –, gera **consequências práticas negativas para a confiabilidade dos testes psicológicos**. Essas questões não

foram consideradas pelo STF quando do julgamento da ADI nº 3.481, o que justifica a oposição dos embargos de declaração.

Do mesmo modo, o recurso em questão é cabível para provocar o Supremo Tribunal Federal a **modular os efeitos temporais** da referida decisão e, assim, **proteger a segurança jurídica e o interesse social**". (Parecer anexo, p. 9)

No que tange ao cabimento de modulação em sede de embargos, são os **precedentes** desta Corte: ADI nº 2.797-ED, Tribunal Pleno, Red. p/ ac. Min. Ayres Britto, DJe 28/02/2013 – *leading case*; ADI nº 3.150-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 20/05/2020.

III. Autorregulação profissional, capacidade institucional, razoabilidade e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos: equacionamento das consequências práticas negativas geradas pela decisão proferida na ADI nº 3.481

Como se lê do parecer anexo, “é importante registrar que, muito embora os **conselhos de fiscalização profissional** tenham raízes bastante remotas, que remetem às antigas corporações de ofício da Idade Média, as suas **competências e prerrogativas** estão em perfeita harmonia com o Direito Público contemporâneo, muito permeável a ideias como a do **pluralismo e do respeito às capacidades institucionais**.

Aliás, a **importância atribuída à capacidade institucional pelo Direito Público contemporâneo** justifica, em regra, a autocontenção de órgãos generalistas, como juízes e tribunais, no controle de atos com conteúdo técnico, editados por entidades especializadas, no exercício de atribuições relativas ao seu próprio campo de atuação. Em última análise, a **postura de deferência** a ser adotada pelas instâncias de controle deriva da compreensão de que **órgãos com maior expertise – como é o caso dos conselhos de fiscalização profissional – têm melhores condições técnicas e institucionais para avaliar o cenário empírico** sobre o qual incidem as normas por eles editadas, bem como para **calibrar os interesses conflitantes** que subjazem à regulação do tema.

O argumento da **deferência às capacidades institucionais** no controle de atos regulatórios tem encontrado **guardida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**". (Anexo, p. 12-13)

Neste sentido, são os **precedentes** desta Corte: ADI nº 4.923, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/04/2018; ADC nº 17, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ ac. Min. Roberto Barroso, DJe 29/07/2020.

Desse modo, vale ressaltar que a **restrição de acesso aos testes psicológicos ou partes integrantes do seu kit de comercialização**, como os gabaritos, é **prática regulatória orientada pela *International Test Commission – ITC***, e corrente em diferentes países, como **África do Sul, Austrália, Canadá, Inglaterra e Portugal**, v.g.

“Com efeito, sabe-se que esses **testes são comercializados em kits**, compostos por três diferentes elementos: (i) os seus fundamentos teóricos; (ii) as evidências empíricas de validade e precisão; e (iii) **o gabarito**. O art. 6º da Resolução CFP nº 09/2018 é bastante didático ao descrever cada um desses componentes:

“Art. 6º – Os testes psicológicos, para serem reconhecidos para uso profissional de psicólogas e psicólogos, devem possuir consistência técnico-científica e atender os requisitos mínimos obrigatórios, listados a seguir:

I - apresentação de fundamentação teórica, com especial ênfase na definição do(s) construto(s), descrevendo seus aspectos constitutivo e operacional;

II - definição dos objetivos do teste e contexto de aplicação, detalhando a população-alvo;

III - pertinência teórica e qualidade técnica dos estímulos utilizados nos testes;

IV - apresentação de evidências empíricas sobre as características técnicas dos itens do teste, exceto para os métodos projetivos/expressivos;

V - apresentação de evidências empíricas de validade e estimativas de precisão das interpretações para os resultados do teste, caracterizando os procedimentos e os critérios adotados na investigação;

VI - apresentação do sistema de correção e interpretação dos escores, explicitando a lógica que fundamenta o procedimento, em função do sistema de interpretação adotado, que pode ser:

a) *Referenciada à norma, devendo, nesse caso, relatar as características da amostra de normatização de maneira explícita e exaustiva, preferencialmente comparando com estimativas nacionais, possibilitando o julgamento do nível de representatividade do grupo de referência usado para a transformação dos escores.*

b) *Diferente da interpretação referenciada à norma, devendo, nesse caso, explicar o embasamento teórico e justificar a lógica do procedimento de interpretação utilizado; e*

VII - apresentação explícita da aplicação e correção para que haja a garantia da uniformidade dos procedimentos seja somente para psicólogos para evitar a invalidade do instrumento.” (grifo acrescentado)

Antes da decisão do STF na ADI nº 3.481, todos os elementos dos testes psicológicos estavam sujeitos à **comercialização restrita**. Agora, até mesmo o **gabarito** desses exames – descrito nos incisos VI e VII do dispositivo acima transcrito – **pode ser conhecido pelo público em geral**. As repercussões negativas disso são claras: a restrição de acesso ao caderno de respostas e de correção dos testes é condição *sine qua non* para o bom funcionamento dessas técnicas de avaliação psicológica, na medida em que **não há teste eficaz cujo gabarito possa ser conhecido**, de antemão, por quem se sujeitará a ele.

Além de viabilizar o autodiagnóstico por leigos, que agora podem saber os métodos de correção e interpretação de resultados, **a decisão proferida pela Suprema Corte permite o prévio treinamento dos pacientes com base nos parâmetros de resposta**, o que ameaça a própria integridade dos testes psicológicos”. (Anexo, p. 20-21)

Vale ressaltar, outrossim, que “em seu voto condutor, o relator da ADI nº 3.481, Min. Alexandre de Moraes, vale-se de analogia para fundamentar o seu entendimento contrário à comercialização restrita dos testes psicológicos: “Mal comparando, seria como **restringir a aquisição de manuais e livros jurídicos apenas a profissionais habilitados junto à Ordem dos Advogados do Brasil**, supondo que a disseminação do conhecimento jurídico favoreceria o exercício irregular da profissão”.

Contudo, quanto ao **ponto específico dos gabaritos, a comparação mais adequada seria não com livros didáticos, mas com o próprio exame da OAB**. Embora seja usual a comercialização de livros com as respostas de

antigos testes da Ordem dos Advogados do Brasil, **é evidentemente vedado aos candidatos o acesso ao gabarito do exame que lhes será efetivamente aplicado.** E não poderia ser diferente, já que, assim como o conhecimento prévio das respostas dos testes psicológicos retira sua confiabilidade e eficácia, os exames da OAB cairiam em absoluto descrédito, e deixariam de atender aos fins a que se destinam, se fosse dado aos bacharéis em Direito a possibilidade de conhecer previamente o seu gabarito.

Sobre o ponto, afirmam, respectivamente, a Associação Brasileira de Neuropsicologia, o Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Comportamento, e a Associação Brasileira de Psicologia Organizacional e do Trabalho, em manifestações juntadas à ADI nº 3.481:

*‘Salientamos que a **experiência prévia com o material do teste** leva, por consequência, a **mudanças nos resultados** no caso em que o indivíduo seja submetido a uma aplicação posterior de cunho diagnóstico. Há um **‘ganho’ na produtividade comumente denominado de ‘efeito da prática’**. Tal efeito tem sido exaustivamente estudado e demonstrado na literatura científica. Permitir à população em geral ter acesso a este material técnico implicaria os necessários ajustes a este efeito de prática, de modo a não inviabilizar sua aplicação.’*

*‘[...] Uma vez que **manuals, gabaritos, tabelas normativas e treinamentos prévios com os testes psicológicos forem acessíveis a população em geral**, diagnósticos neuropsicológicos embasados em resultados de tais testes para emitir **laudos clínicos, jurídicos ou de perícia** estarão **comprometidos seriamente**, pois não expressarão necessariamente as reais condições neuropsicológicas dos avaliados que acessaram tais testes previamente. A consequência do **acesso irrestrito aos testes psicológicos** potencialmente os **inutiliza como instrumentos essenciais para avaliações psicológicas e neuropsicológicas**.’*

*‘[...] Os testes são **construídos por meio da identificação de regularidades ou padrões de respostas em situações determinadas**. Então, a **aprendizagem de respostas, prévias aos procedimentos de investigação, poderia comprometer o uso de critérios de validação de informações relevantes ao processo de avaliação psicológica, úteis em diferentes campos do exercício profissional em Psicologia** [...].’*

Tal **circunstância se revela ainda mais grave** na medida em que os **testes psicológicos são empregados** em vários setores altamente delicados da vida social, tais como **processos de adoção e disputa de guarda, controle de aquisição de armas de fogo, concursos públicos** etc. É importante, assim, resguardar a confiabilidade

de tais exames, na medida em que o **acesso ao gabarito desses testes** gerará **danos** ao bom funcionamento dos referidos setores, **lesando interesses públicos e direitos fundamentais que eles envolvem**. O tópico foi devidamente abordado pelo Min. Edson Fachin, no voto-vista proferido quando do julgamento da ADI nº 3.481. [...]

Não à toa, as **próprias editoras dos testes psicológicos** – que, em tese, lucrariam com o aumento do mercado consumidor, decorrente da suspensão das restrições à comercialização desses exames – mostram-se **contrárias ao acesso do público em geral a todo o seu conteúdo**, incluindo os cadernos de resposta e correção.” (Anexo, p. 21-24)

Nesta linha de raciocínio, como se lê do parecer em anexo (p. 25), “em última análise, **permitir o acesso aos gabaritos dos testes psicológicos traduz violação direta ao princípio da razoabilidade**, que, no Brasil, é extraível do art. 5º, inciso LIV, CF/88”, mais precisamente à compreensão da **razoabilidade como congruência, equidade, equivalência, coerência, razões públicas**.

É o que se observa dos seguintes **precedentes** desta Corte: ADI nº 1158-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/05/1995; ADI nº 2019, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/06/2002; ADI nº 3.783, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/06/2011.

“Essa dimensão do princípio da razoabilidade é pertinente ao caso [dos autos]. Afinal, **é absolutamente contraditório exigir legalmente testes psicológicos para uma série de questões sensíveis, mas adotar medida que lhes retira toda eficácia e credibilidade**. Há, sem dúvida, **inegável descompasso** entre, **de um lado, o interesse público subjacente às leis que obrigam a realização de testes psicológicos e, do outro lado, a suspensão das restrições de acesso aos seus gabaritos**, que permite o condicionamento prévio aos padrões de resposta, tornando os testes praticamente inúteis. [...]

Logo, resta claro que o **julgamento dos embargos de declaração** deve levar à **reforma da decisão** proferida na ADI nº 3.481 quanto à possibilidade de **livre acesso da população aos gabaritos** dos testes psicológicos.” (Anexo, p. 26)

IV. Modulação *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003: tutela da segurança jurídica e proteção do interesse social

Como se observa da jurisdição constitucional, as **decisões declaratórias de inconstitucionalidade** no Brasil são revestidas, via de regra, de **efeito *ex tunc***, o que, no entanto, **não constitui um dogma de caráter absoluto**, na medida em que, em situações especiais, a fim de proteger a segurança jurídica e excepcional interesse social é conferido a esta Corte o **poder de modulação temporal dos efeitos** da decisão, notadamente em **situações** nas quais a atribuição de **efeitos retroativos ou imediatos** a “pode se afigurar até **mais danosa a princípios e valores tutelados pela Constituição**, do que a manutenção de efeitos passados e mesmo futuros de um ato normativo inconstitucional”. (Anexo, p. 28)

“Dentre outras **técnicas decisórias disponíveis**, também é possível a manutenção provisória dos efeitos dos atos normativos questionados – a chamada **eficácia *pro futuro***. Essa possibilidade foi expressamente contemplada pelo legislador, que, no já citado art. 27 da Lei nº 9.868/1999, estabeleceu que o STF poderá determinar que a decisão de inconstitucionalidade “*só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. (grifos acrescentados – anexo p. 29).

É o que se observa dos seguintes **precedentes** desta Corte: ADI 2.240, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/08/2007; ADI nº 875, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010; ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Red. para o ac. Min. Gilmar Mendes, julg. 06/03/2013; ADI 4.029, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27/06/2012.

“Uma das hipóteses de decisão com eficácia *pro futuro* é conhecida como a das “**lacunas perigosas**”. É o caso em que a **falta de norma** tratando de determinado assunto – **gerada pela declaração de inconstitucionalidade** – pode provocar **dano ainda maior do que a preservação temporária da eficácia da norma invalidada**. Com a fixação do **prazo de eficácia ulterior** da norma declarada inconstitucional, concede-se uma **margem para que** o próprio legislador – ou para o

órgão competente para edição da norma – **supra a lacuna**, equacionando a questão que carece de regulação, só que dessa vez **de acordo com as prescrições constitucionais** tal como definidas pelo STF. Nesse ínterim, **preservam-se os efeitos da norma invalidada**, já que tal **solução se afigura melhor**, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos, do **que a ausência de regulação do tema**.

Pois bem. No caso da **ADI nº 3.481**, o STF também deve modular os efeitos da decisão proferida, atribuindo-lhe **efeitos *pro futuro***, uma vez que há **razões de segurança jurídica e de interesse social** suficientes para justificar o uso dessa técnica.

De fato, **todo o sistema de avaliação psicológica brasileiro está estruturado sobre o pressuposto técnico-científico da restrição de acesso aos testes** – sobretudo aos gabaritos – como garantia da sua **confiabilidade**. Os próprios **procedimentos judiciais e administrativos** que dependem da **realização obrigatória dos referidos exames** partem da **premissa** de que **ninguém**, a não ser os psicólogos envolvidos nesses processos, **terá conhecimento das respostas dos exames**. Dessa maneira, a **produção imediata dos efeitos** da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003 **prejudicaria** não apenas a **elaboração adequada dos testes**, como também a sua **aplicação no âmbito judicial e administrativo**, em detrimento do **interesse público e da segurança jurídica**.

A mera atribuição de **efeitos *ex nunc*** à referida decisão **não bastaria** para preservar adequadamente os valores constitucionais previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. É que, como a **lógica do acesso restrito** aos testes psicológicos **vigora há cerca de vinte anos** no Brasil, será **necessário um período de transição** para adaptar a realidade técnica, institucional e profissional à nova decisão do STF, com vistas a **evitar o autodiagnóstico** e, especialmente, os efeitos negativos oriundos do **treinamento prévio**. Tal **processo de revisão** – que certamente lidará com as dificuldades logísticas adicionais causadas pela pandemia do novo coronavírus – envolverá não apenas os **Conselhos Federal e Regionais de Psicologia**, como também as **editoras** que publicam esses testes, além dos **órgãos judiciais e administrativos** que devem aplicá-los em seus procedimentos. Dessa maneira, soa adequado o prazo de doze meses proposto nos embargos de declaração.

Nesse sentido, são **unânicos** [nos autos] as **opiniões tanto das editoras** envolvidas na publicação dos testes psicológicos, **quanto de entidades** que lidam com a **avaliação psicológica** no seu dia a dia. É o que se pode depreender, e.g., das seguintes **manifestações juntadas aos autos da ADI nº 3.481**, de lavra da **Vetor Editora**, da **Editora Hogrefe**, da **Associação Brasileira de Psicologia** a, respectivamente:

*“[...] caso a decisão do STF seja mantida, entendemos que se torna fundamental fazer uma **readequação dos materiais** com a finalidade de minimizar as **consequências que a divulgação dos testes psicológicos** possa trazer em seus resultados e, conseqüentemente, nas avaliações psicológicas. Para que isso seja possível, é **necessário um tempo hábil**, uma vez que atualmente **dispomos de 61 testes psicológicos de uso restrito a psicólogos** que estão disponíveis no mercado.[...]”*

*“[...] entendemos que é **urgente adaptarmos nossos conteúdos para que o público que acesse as nossas obras, não tenham a possibilidade de utilizá-las com o intuito de treinar para exames ou realizar avaliações psicológicas.***

Para isso, nos colocamos a disposição para dialogar e achamos necessário que diante deste novo cenário, novas diretrizes para adaptar e publicar testes psicológicos sejam elaboradas.

*Temos também **preocupação com os materiais já publicados.** A adequação dos conteúdos demanda tempo e por termos muitos materiais já impressos, estimamos de um prazo mínimo de pelo menos 5 anos para esgotar e adaptar todas as edições de testes psicológicos publicados antes desta determinação.*

Consideramos válido propormos que as publicações produzidas antes da data da decisão do STF, ainda tenham suas vendas e acesso restrito aos profissionais psicólogos e que trabalhem juntos para que tenhamos novas diretrizes que protejam nossa sociedade do uso indevido de nossos instrumentos e técnicas.”

*“Diante disto, a **liberação generalizada dos testes de forma imediata impactará diretamente na qualidade** e nas condições existentes para a realização da **perícia psicológica técnica e eficaz na prevenção de acidentes.** A avaliação psicológica para o trânsito representa uma parcela significativa de profissionais que utilizam os referidos testes psicológicos.*

*Considerando os mais de **75 milhões de habilitados, os milhares de psicólogas e psicólogos atuantes, as gestões governamentais da esfera federal e das estaduais** que são responsáveis pelo **credenciamento e disponibilização destes exames periciais, além dos testes psicológicos que embasam tais perícias e que foram elaborados para serem aplicados e analisados dentro de uma modalidade existente até a***

presente data, o impacto da decisão da ADI 3481 é significativo. Uma adaptação de tal natureza requer um tempo para planejamento de ações e elaborações de técnicas, procedimentos e qualificações atualizadas para a manutenção da qualidade pericial.”

Resta claro, portanto, que, **caso a decisão proferida na ADI nº 3.481 seja mantida em sua integralidade, será necessário proceder à modulação pro futuro dos seus efeitos.”** (Anexo, p. 30-33)

--

De um modo geral, portanto:

1. A restrição de comercialização até aqui se justificava pelo fato de que, no **atual modelo**, os testes psicológicos são **comercializados juntamente com o seu gabarito**.

2. Desse modo, com a abertura imediata da comercialização à população, as **pessoas que serão submetidas aos testes terão acesso** não apenas ao seu construto científico – o que, de resto, é amplamente discutido em revistas científicas da área – mas sobretudo **aos gabaritos de respostas que devem ser fornecidas** para alcançar o escore necessário para o objetivo avaliado no **concurso público, porte de arma, licença para dirigir, imputabilidade penal**, dentre outros.

3. Eis que a **razoabilidade** se expressa no caso dos autos mediante:

3.1 A congruência, de um lado, entre disposições legais de aplicação dos testes psicológicos em processo administrativos e judiciais, e a restrição de comercialização dos gabaritos que garantem a sua eficácia e confiabilidade.

3.2 A necessidade, em caráter alternativo, da modulação *pro futuro* dos efeitos da decisão, de modo a proporcionar um período de transição para que sejam realizadas adaptações no modelo de edição, normatização, treinamento e aplicação dos testes psicológicos no Brasil.

Brasília, 6 de maio de 2022



João Diego Rocha Firmiano
OAB/DF 55.507



Camila Gomes de Lima
OAB/DF 35.185

ANEXO:

Parecer – Professor **Daniel Sarmiento**

Resolução CFP nº 02/2003, ADI nº 3.481 e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade. Autorregulação profissional, capacidade institucional e razoabilidade. Possibilidade subsidiária de modulação temporal com efeitos *pro futuro*

PARECER

Resolução CFP n° 02/2003, ADI n° 3.481 e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade. Autorregulação profissional, capacidade institucional e razoabilidade. Possibilidade subsidiária de modulação temporal com efeitos *pro futuro*

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade. 3. Autorregulação profissional, capacidade institucional, razoabilidade e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos: equacionamento das consequências práticas negativas geradas pela decisão proferida na ADI n° 3.481. 4. Modulação pro futuro dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1° e 3°, da Resolução CFP n° 02/2003: tutela da segurança jurídica e proteção do interesse social. 5. Respostas aos quesitos

1. A Consulta

Consulta-me o Conselho Federal de Psicologia – CFP, por intermédio de sua ilustre presidente, Ana Sandra Fernandes Arcoverde Nóbrega, a respeito das questões jurídico-constitucionais suscitadas nos Embargos de Declaração opostos no âmbito da ADI n° 3.481, que trata da constitucionalidade das restrições à comercialização de testes psicológicos previstas na Resolução CFP n° 02/2003.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Narra o Consulente que são produzidos no Brasil testes de utilização privativa dos profissionais da psicologia, com a finalidade de apoio diagnóstico. Esses testes são geralmente comercializados em formato de *kit*, que contém a sua fundamentação teórica, a apresentação de evidências empíricas da sua validade e das estimativas de precisão das interpretações dos resultados, e, por fim, o próprio gabarito, com os cadernos de aplicação, tarefas e problemas, as folhas e os crivos de resposta, bem como as formas de correção e interpretação dos dados. Informa também que os testes psicológicos são exigidos em vários campos sensíveis, compreendendo desde os processos de adoção e de investigação de alienação parental, passando pelos concursos para ingresso em cargos públicos com atribuições importantes e delicadas, e alcançando até os exames de habilitação para dirigir ou para aquisição de arma de fogo.

De acordo com o Consulente, a comercialização dos referidos testes foi limitada aos psicólogos regularmente inscritos no respectivo Conselho Regional de Psicologia, devendo as editoras manter procedimento de controle da aquisição do material, nos termos do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da antiga Resolução CFP nº 02/2003, abaixo transcritos:

“Art. 18 - Todos os testes psicológicos estão sujeitos ao disposto nesta Resolução e deverão:

[...]

III - ter sua comercialização e seu uso restrito a psicólogos regularmente inscritos em Conselho Regional de Psicologia.

§ 1º - Os manuais de testes psicológicos devem conter a informação, com destaque, que sua comercialização e seu uso são restritos a psicólogos regularmente inscritos em Conselho Regional de Psicologia, citando como fundamento jurídico o § 1º do Art. 13 da Lei nº 4.119/62 e esta Resolução.

§ 2º - Na comercialização de testes psicológicos, as editoras, por meio de seus responsáveis técnicos, manterão procedimento de controle onde conste o nome do psicólogo que os adquiriu, o seu número de inscrição no CRP e o(s) número(s) de série dos testes adquiridos.”

Afirma o Consulente que tais dispositivos foram objeto de impugnação do Procurador-Geral da República (PGR) mediante o ajuizamento da ADI nº 3.481. Para o PGR, os preceitos violariam os arts. 5º, incisos IV, IX e XIV, 215 e 220, da

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Constituição de 1988. Em suas palavras, “*o Estado brasileiro [...] tem o dever de coibir qualquer restrição à comunicação e cooperação entre os indivíduos, a qual só é plenamente realizada a partir do momento em que há uma troca plena da criação intelectual. Inadmissível, portanto, restrição de qualquer espécie ao acesso a obras de cunho científico-filosófico, como são os manuais de testes psicológicos*”.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos a quatro, julgou procedente a ADI nº 3.481, declarando a inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003. Confira-se, a propósito, a ementa do respectivo acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. RESTRIÇÃO AO COMÉRCIO E USO DE TESTES PSICOLÓGICOS. CABIMENTO. LIMITAÇÃO DESPROPORCIONAL À LIBERDADE DE ACESSO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV, CF) E À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, CRIAÇÃO, EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO (ART. 220, CAPUT, CF).

1. A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL admite o uso da ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos infralegais que inovem originariamente no ordenamento, em confronto direto com o texto constitucional.

2. A competência dos Conselhos Profissionais para regulamentar o exercício das respectivas profissões não permite a limitação ao comércio e uso de livros, revistas, apostilas ou qualquer meio editorial pelo qual se veiculem conteúdos relacionados ao exercício profissional.

3. A regulamentação deve recair sobre as situações concretas em que se realiza diagnóstico, orientação ou tratamento, mas não sobre a mera aquisição e leitura de material bibliográfico destinado a subsidiar materialmente a prática de atos privativos de profissional habilitado.

4. A restrição da aquisição de testes psicológicos apenas a psicólogos habilitados, uma vez que não proporciona útil e necessária tutela à saúde pública e ao exercício regular de profissão relacionada à saúde humana, é restrição desproporcional à liberdade de acesso à informação e à livre comunicação social.

5. Ação direta julgada procedente.”

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Todavia, segundo o Consulente, o entendimento adotado pelo STF no âmbito da ADI nº 3.481 suscita dificuldades práticas que foram ignoradas pela Corte e que, portanto, devem ser adequadamente solucionadas.

Por um lado, a decisão do Tribunal conduz à ampla comercialização não apenas dos fundamentos teóricos e da descrição empírica da validação dos testes psicológicos, mas de todos os componentes desses *kits*, **o que inclui os seus gabaritos**. Ocorre que o acesso irrestrito de leigos aos cadernos de resposta dos testes possibilitará, além do autodiagnóstico, o treinamento prévio da execução das atividades propostas. Com isso, será gravemente abalada a confiabilidade das avaliações psicológicas, em detrimento de interesses públicos relevantes em diversas áreas, tais como a regulação do trânsito, os processos de adoção, o controle do acesso a armas de fogo e a realização de concursos para acesso a cargos públicos.

Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003, com efeitos imediatos, não permitiria a adoção, pelo Consulente, de providências necessárias para reduzir danos à confiabilidade dos testes. Dessa maneira, caso seja mantida a decisão do STF em todos os seus termos, é necessário ao menos assegurar um período de doze meses de transição técnico-normativa, para que seja possível ao CFP adequar a regulação da avaliação psicológica à nova orientação da Corte. Isso, no âmbito do controle de constitucionalidade, é efetivado por meio da modulação *pro futuro* da eficácia da decisão. Somente assim, segundo o Consulente, será possível garantir a segurança jurídica e proteger relevantes interesses sociais envolvidos na regulamentação dos testes psicológicos.

Nessa linha, informa o Consulente que opôs embargos de declaração ao acórdão relativo ao julgamento da ADI nº 3.481, requerendo:

“a) Sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração, a fim de reconhecer a omissão indireta no que tange à destinação a ser conferida aos gabaritos dos testes psicológicos, nos termos do item III desta petição, em face da declaração de inconstitucionalidade material do inciso III, §§ 1º e 2º, do art. 18 da Resolução CFP nº 02/2003;

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

b) Alternativamente, sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração, a fim de reconhecer a omissão no que diz respeito à modulação dos efeitos da decisão, a fim de suspender a sua vigência pelo período de 12 meses a contar do trânsito em julgado, de modo a constituir tempo hábil e necessário para que sejam empreendidas medidas de transição normativa, instrumental, técnica, institucional e de capacitação profissional tendentes a evitar o autodiagnóstico e garantir a confiabilidade dos resultados da avaliação psicológica em seus diferentes campos de aplicação, como medida de urgência necessária à garantia de segurança jurídica dos processos judiciais, administrativos, terapêuticos e organizacionais em todo o país, realçando o caráter de excepcional interesse social da matéria.” (grifos acrescentados)

Para o Consulente, os embargos de declaração configuram mecanismo processual idôneo ao enfrentamento dessas importantes questões. Afinal, trata-se do único recurso cabível em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que, por isso, deve ser mobilizado quando se verificar que o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou acerca dos problemas concretos oriundos de suas próprias decisões, como ocorreu no julgamento da ADI n° 3.481.

Diante desse contexto, visando a confirmar ou não o seu entendimento, formula o Consulente os seguintes quesitos:

a) Cabem embargos de declaração para o enfrentamento das questões suscitadas pelo Consulente?

b) Considerando-se a capacidade institucional do Consulente e a necessidade de equacionamento das consequências práticas negativas do julgamento da ADI n° 3.481 para a confiabilidade dos resultados dos testes psicológicos, há fundamento para a imposição de restrições de acesso aos gabaritos desses exames?

c) Caso seja mantida, em todos os seus termos, a decisão proferida pelo STF na ADI n° 3.481, tem procedência a proposta de modulação *pro futuro* dos seus efeitos?

Antes de responder aos questionamentos da Consulente, é relevante definir os pressupostos do parecer, o que se passa a fazer. De antemão, cumpre ressaltar que a

presente Consulta se limita à análise dos aspectos jurídico-constitucionais relativos aos Embargos de Declaração opostos em face da decisão proferida no âmbito da ADI nº 3.481, que, como visto, restringem-se a questões ainda não examinadas pelo STF, como o equacionamento das dificuldades geradas pela liberação do acesso aos gabaritos dos testes psicológicos e, alternativamente, a necessidade de modulação *pro futuro* dos efeitos da referida decisão. Em outros termos, este parecer não visa a rediscutir o cerne da matéria de fundo da ADI nº 3.481, sobre a qual o STF já se pronunciou.

3. Ampla extensão dos embargos de declaração no controle concentrado de constitucionalidade

Disciplinados pelos arts. 1.022 a 1.026 do CPC/15, os embargos de declaração se voltam ao esclarecimento de obscuridades, à eliminação de contradições, ao enfrentamento de omissões e à correção de erros materiais em qualquer decisão judicial. Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, trata-se de recurso que visa à observância do art. 93, inciso IX, CF/88, segundo o qual *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”*. Isso porque, como pontuam os autores, *“[a] omissão, a contradição, a obscuridade e o erro material são vícios que subtraem da decisão a devida fundamentação. Para que a decisão esteja devidamente fundamentada, é preciso que não incorra em omissão, em contradição, em obscuridade ou em erro material”*.¹

Diante das hipóteses de cabimento previstas legalmente, costuma-se dizer que, em regra, os embargos de declaração não geram efeitos modificativos da decisão. Há, contudo, casos em que o julgamento desse recurso leva, sim, a uma efetiva alteração do pronunciamento judicial, como antecipam os arts. 1.023, § 2º, e 1.024, §§ 4º e 5º,

¹ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 286.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NCPC.² Nessas situações, é o próprio enfrentamento da obscuridade, da contradição, da omissão e do erro material que conduz à modificação do julgado. Afinal, nas palavras de Leonardo Greco, os embargos de declaração devolvem ao juiz o poder de esclarecer, complementar ou corrigir a decisão, “*podendo, entretanto, alterá-la, anulá-la ou reformá-la se indispensável para corrigir um dos defeitos em que se fundamentam os embargos*”.³

Por outro lado, há casos em que os vícios da decisão embargada decorrem de omissões relativas a aspectos relevantes não só para o resultado do julgamento, mas para a própria realidade fática e para os interesses concretos subjacentes ao processo. Tais vícios também podem ser equacionados por meio dos embargos de declaração, sobretudo se presentes em acórdão proferido em sede de jurisdição constitucional concentrada. Nesse campo, o recurso em questão ganha contornos mais amplos, porque tem aptidão para a tutela de valores jurídicos de inegável importância para todo o ordenamento. Suas decisões atingem toda a sociedade e são vinculantes.

Sendo assim, em hipóteses dessa natureza, os embargos de declaração exercem função ainda mais importante do que garantir a coerência interna do julgado. Eles também se prestam para aperfeiçoar o exercício do papel do STF de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88), evitando que aspectos importantes da questão constitucional deixem de ser abordados pela Corte, ou que o equacionamento desses temas se dê de forma contraditória ou obscura.

² Com efeito, preveem os dispositivos, respectivamente: “*O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada*”; “*Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração*”; e “*Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação*” (grifos acrescentados).

³ Leonardo Greco. *Instituição de Processo Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 208 (grifos acrescentados). Em sentido semelhante, cf. Cassio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 656-657; e Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 314.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ademais, os acórdãos de mérito proferidos pelo Plenário do STF em ações constitucionais são irrecorríveis, ressalvada justamente a possibilidade de oposição de embargos de declaração (art. 26 da Lei n° 9.868/1999 e art. 11 da Lei n° 9.882/1999). Desse modo, o manejo do único recurso cabível nessas ações deve ser visto com maior generosidade, para evitar lesão irreparáveis a valores constitucionais

Vejam-se, nessa linha, os seguintes trechos de julgados do STF, proferidos em sede de embargos de declaração:

“Se a matéria não foi suscitada pelas partes e o Tribunal não apreciou tais questões [de segurança jurídica e excepcional interesse social], não se pode, simplesmente, fechar as portas desta Corte em definitivo – já que não é cabível nenhum outro recurso –, mesmo estando presentes relevantes princípios constitucionais.

Tal posicionamento, a meu ver, é, inclusive, consentâneo com a natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, não sendo razoável permitir-se, por um descuido dos participantes do processo, ou mesmo por seu receio de enfraquecer sua tese, que haja consequências adversas ao princípio da segurança jurídica ou a excepcional interesse social.

Como afirma Clèmerson Mérlin Clève, ‘A vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias’, devendo esta Suprema Corte estar atenta às consequências práticas de suas decisões, de modo que a comunicação entre norma e fato constitua condição da própria interpretação constitucional.”⁴

“[...] é de se ter em mente que os embargos de declaração integram o julgado e consistem em meio de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Se compete a esta nossa Instância Judicante, mesmo não havendo pedido das partes, modular os efeitos da decisão se presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a omissão em suscitar o debate sobre o cumprimento dessas razões é também nossa. E os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. É

⁴ STF. ADI n° 3.601-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 15/12/2010.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

dizer, panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. Passando o sistema constitucional a experimentar desequilíbrio entre o que se perde e o que se ganha com a declaração mesma de inconstitucionalidade.”⁵

Também não se pode ignorar que, nos últimos anos, teve crescente influência no Direito brasileiro a compreensão de que o Poder Público não pode deixar de considerar os impactos e as repercussões reais da sua atuação sobre a realidade. Trata-se de imprimir, respeitados os limites da legalidade e da deontologia constitucional, um viés pragmático às decisões estatais.⁶ Tal orientação foi expressamente contemplada nas mais recentes alterações normativas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que passou a prever, em seu art. 20, *caput*: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão***” (grifos acrescentados).

No caso deste parecer, a declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003, nos termos em que proferida – alcançando também os gabaritos dos testes psicológicos –, gera consequências práticas negativas para a confiabilidade dos testes psicológicos, como se verá adiante. Essas questões não foram consideradas pelo STF quando do julgamento da ADI nº 3.481, o que justifica a oposição dos embargos de declaração.

Do mesmo modo, o recurso em questão é cabível para provocar o Supremo Tribunal Federal a modular os efeitos temporais da referida decisão e, assim, proteger a segurança jurídica e o interesse social.

De acordo com o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, “[a]o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, **e tendo em vista razões de segurança ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração [...]” (grifos

⁵ STF. ADI nº 2.797-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, Red. p/ ac. Min. Ayres Britto, DJe 28/02/2012.

⁶ Cf. Gustavo Binenbojm, *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

acrescentados). Já se pacificou a jurisprudência do STF no sentido de que a modulação temporal, quando não tenha sido examinada no próprio julgamento da ação abstrata, pode ser apreciada em sede de embargos de declaração. Afinal, nessa hipótese existe realmente omissão sobre ponto relevante para o equacionamento da controvérsia, o que enseja o manejo dos embargos declaratórios.

No *leading case* acerca da matéria, a Suprema Corte assentou:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIS E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA OCUPANTES E EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS ATÉ 15 DE SETEMBRO DE 2005.

1. A proposição nuclear, em sede de fiscalização de constitucionalidade, é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público, eventualmente contrários à normatividade constitucional. Todavia, situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica.

2. Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração Supremo Tribunal Federal (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição.

3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas

caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta.”⁷

E essa orientação vem se mantendo desde então, como destacou o Min. Luís Roberto Barroso em recente julgado: *“No mérito, ressalto que a jurisprudência desta Corte tem admitido a utilização dos embargos de declaração com a finalidade de modulação temporal dos efeitos da decisão”*.⁸

Bem vistas as razões de cabimento dos embargos de declaração em relação aos dois pedidos formulados pela Consulente, passa-se à análise dos motivos pelos quais eles devem ser acolhidos.

3. Autorregulação profissional, capacidade institucional, razoabilidade e restrição de acesso aos gabaritos de testes psicológicos: equacionamento das consequências práticas negativas geradas pela decisão proferida na ADI nº 3.481

Os conselhos de fiscalização profissional são entidades criadas por lei, que, em benefício de interesses públicos relevantes, exercem atribuições típicas de Estado,⁹ notadamente a regulação e a supervisão técnica e ética de algumas profissões.¹⁰ Nessa mesma linha, afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as funções desempenhadas por esses órgãos vão além da proteção dos profissionais a eles vinculados, abarcando também *“poderes de regulamentação, de execução, de sanção e de disciplina [...] É o poder de polícia conferido a estes organismos pelo Estado”*.¹¹

⁷ STF. ADI nº 2.797-ED, Tribunal Pleno, Red. p/ ac. Min. Ayres Britto, DJe 28/02/2013.

⁸ STF. ADI nº 3.150-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 20/05/2020.

⁹ Cf. Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

¹⁰ Cf. Beatriz Rezende Marques Costa e Manoel Adam Lacayo Valente. “Responsabilidade Social dos Conselhos Profissionais”. Brasília, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2008, p. 08.

¹¹ STF. RE nº 938.837, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, DJe 25/09/2017.

Na linguagem jurídica, tal fenômeno é conhecido como *autorregulação*, na medida em que, diferentemente da heterorregulação realizada diretamente pelo Estado, é promovida por entidades constituídas e dirigidas pelos próprios membros das profissões regulamentadas.¹²

A autorregulação profissional, com o reconhecimento de poderes normativos aos conselhos, prestigia o pluralismo jurídico e a capacidade institucional. Isso porque se fundamenta na premissa segundo a qual, no cenário de hipercomplexidade em que se desenvolve a vida na sociedade contemporânea, o legislador não pode mais ser concebido como detentor do monopólio da edição de normas jurídicas sobre o exercício de profissões.¹³ Ao contrário, outras entidades, compostas por integrantes dos próprios ofícios regulamentados, também podem – e devem – contribuir com seus conhecimentos e vivências para a regulação.

A propósito, não se pode perder de vista a existência de uma assimetria informacional entre o Estado e as categorias profissionais a serem reguladas. A cada profissão correspondem saberes específicos, que devem ser do pleno domínio daquele que a regula e fiscaliza, para que possa desempenhar essas atividades de forma adequada e eficiente. Daí a vantagem da autorregulação, já que exercida por pessoas que, por serem necessariamente da área, detêm presumidamente esses conhecimentos e experiências. Há, pois, ganhos significativos na eficiência regulatória, oriundos da maior *expertise* do ente regulador.

É importante registrar que, muito embora os conselhos de fiscalização profissional tenham raízes bastante remotas, que remetem às antigas corporações de ofício da Idade Média,¹⁴ as suas competências e prerrogativas estão em perfeita

¹² Cf. Vital Moreira. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

¹³ Cf. Antônio Carlos Wolkmer. *Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001; Gunther Teubner (dd.). *Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*. Dartmouth: Hants, 1997; Boaventura de Souza Santos. *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. London/New York: Routledge, 1995; e José Eduardo Faria (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. Rio de Janeiro: Malheiros: 1988.

¹⁴ Cf. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. “Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional”. In: Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Conselhos de Fiscalização Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-28.

harmonia com o Direito Público contemporâneo, muito permeável a ideias como a do pluralismo e do respeito às capacidades institucionais.

Aliás, a importância atribuída à capacidade institucional pelo Direito Público contemporâneo justifica, em regra, a autocontenção de órgãos generalistas, como juízes e tribunais, no controle de atos com conteúdo técnico, editados por entidades especializadas, no exercício de atribuições relativas ao seu próprio campo de atuação. Em última análise, a postura de deferência a ser adotada pelas instâncias de controle deriva da compreensão de que órgãos com maior *expertise* – como é o caso dos conselhos de fiscalização profissional – têm melhores condições técnicas e institucionais para avaliar o cenário empírico sobre o qual incidem as normas por eles editadas, bem como para calibrar os interesses conflitantes que subjazem à regulação do tema.¹⁵

O argumento da deferência às capacidades institucionais no controle de atos regulatórios tem encontrado guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a esse respeito, o seguinte trecho do voto condutor proferido pelo Min. Luiz Fux no julgamento da ADI nº 4.679, que tratou da regulação do setor de televisão por assinatura:

“[...] prudente é reconhecer que a jurisdição constitucional, embora possa muito, não pode tudo. De um lado, a Constituição não deve ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Definitivamente não há um modelo de Estado único imposto pela Constituição. É o que exige a democracia enquanto projeto coletivo de autogoverno. De outro lado, não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas – ainda que inegavelmente bem intencionadas – sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo; repercussões essas

¹⁵ Sobre a necessidade de consideração das capacidades institucionais na interpretação jurídica, cf. Cass Sunstein e Adrian Vermeule. “Interpretation and Institutions”. *John M. Olin Law & Economics Paper*, nº 156, 2002.

imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação.¹⁶

Em outra ação, que tratava da constitucionalidade da data de corte fixada pelo Ministério da Educação para ingresso no ensino fundamental, o STF reafirmou a necessidade da adoção de uma postura de forte deferência em relação às decisões tomadas pelos órgãos de regulação, precisamente em razão da sua maior capacidade institucional para decidir questões complexas, que exigem alta especialização técnica. Veja-se trecho do voto condutor do Min. Luís Roberto Barroso:

“26. [...] Em primeiro lugar, entendo que se está diante de típico caso em que o Poder Executivo – no caso representado pelo Ministério da Educação – é o órgão dotado de capacidade institucional adequada para produzir a melhor decisão a respeito da matéria, o que recomenda postura de autocontenção judicial e deferência com relação ao órgão técnico.

27. Conforme se extrai dos autos da presente ação, a definição da data de corte como dia 31 de março, que coincide aproximadamente com o momento de início das aulas, não foi realizada de maneira aleatória. Ela é fruto de debates contínuos realizados por órgãos técnicos responsáveis por subsidiar o Ministério da Educação com informações de cunho pedagógico e de psicologia educacional. [...]

28. Não se está diante de uma questão meramente semântica ou normativa, a respeito da correta interpretação da lei vis a vis da Constituição. A data de corte para ingresso no Ensino Fundamental requer conhecimentos técnicos específicos a respeito de pedagogia e psicologia infantil. Com efeito, foi justamente por conta de sua capacidade institucional e especialização na matéria que o art. 9º, §1º, da LDB, atribuiu ao Conselho Nacional de Educação a competência normativa para disciplinar questões do gênero.

29. Sendo assim, não se estando diante de caso de inconstitucionalidade flagrante, mas de regulamentação que fixou data de corte dentro de uma margem de razoabilidade, e mais, que foi devidamente justificada com subsídios técnicos pelo órgão do Poder Executivo que possui competência normativa específica para esse tipo

¹⁶ STF. ADI nº 4.923, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/04/2018 (grifos acrescentados).

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

de matéria, creio que se deva adotar postura de deferência com relação à regulamentação do MEC.”¹⁷

Pois bem. Assim como os demais conselhos de fiscalização profissional, o Consulente foi dotado de poderes de autorregulação. A Lei nº 5.766/1971, que o instituiu, prevê que o referido conselho tem por missão institucional “orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo e zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe” (art. 1º). Tais funções foram reafirmadas pelo Decreto nº 79.822/1977, que regulamentou a Lei nº 5.766/71. Com efeito, o decreto é inequívoco quando atribui ao Consulente, em seu art. 6º, a competência para “orientar, disciplinar e supervisionar o exercício da profissão de Psicólogo em todo o território nacional” (inciso IV) e para “exercer função normativa e baixar atos necessários à execução da legislação reguladora do exercício da profissão” (inciso V).

É justamente nessa moldura normativa que se insere a regulamentação dos testes psicológicos pelo Consulente. Isso porque, ao disciplinar os cursos de formação em psicologia e regulamentar a profissão de psicólogo, a Lei nº 4.119/1962 prevê, nos termos expressos do seu art. 13, § 1º, que “[c]onstitui função **privativa** do Psicólogo e utilização de **métodos e técnicas psicológicas** com os seguintes objetivos: a) diagnóstico psicológico; b) orientação e seleção profissional; c) orientação psicopedagógica; d) solução de problemas de ajustamento” (grifos acrescentados). Vale ressaltar que, embora o então presidente da República tenha vetado a expressão “privativa” constante do dispositivo, o Poder Legislativo derrubou o veto,¹⁸ deixando ainda mais claro que o exercício da profissão de psicólogo abarca o uso de métodos e técnicas de diagnóstico psicológico e que, portanto, cuida-se de matéria sujeita ao poder normativo do Consulente, dotado de inegável *expertise* no tema.

¹⁷ STF. ADC nº 17, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ ac. Min. Roberto Barroso, DJe 29/07/2020.

¹⁸ No próprio site oficial do Planalto, consta que o termo “privativa” constitui “[p]arte vetada pelo Presidente da República e mantida pelo Congresso Nacional, do Projeto que se transformou na Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962 (que dispõe sobre os cursos de formação em Psicologia e regulamenta a profissão de Psicologista)” (grifos acrescentados).

O início da regulamentação dos testes psicológicos pelo Consulete se deu em um cenário de reorganização da avaliação psicológica no Brasil, tendo como objetivos a busca por maior acurácia científica nos exames aplicados, em benefício dos próprios pacientes, e a valorização da imagem desses métodos junto ao público, que deve se sentir confiante em relação aos resultados que lhe são apresentados.¹⁹ É que, antes da edição de atos normativos sobre o tema, foram identificados vários problemas, que deveriam ser devidamente endereçados pelo ente regulador. Confira-se, a propósito, os seguintes trechos extraídos de documento aprovado quando da realização do I Fórum Nacional de Avaliação Psicológica:

“[Quanto à **normatização**, identificou-se o seguinte problema:]

Falta de definição legal para uso de instrumentos psicológicos, bem como de listagem oficial destes. Proliferação de testes por computador; existência de testes sem fundamentação científica, editados em periódicos e/ou mídia, sem esclarecimentos adequados ao usuário. Desatualização e ausência de padronização e validação de grande parte dos instrumentos psicológicos para a realidade brasileira;

*Falta de familiaridade dos psicólogos com a elaboração de laudos, pareceres, relatórios ou atestados, ocasionando formulações inadequadas. **Comercialização de testes sem o controle adequado, facilitando a aquisição por leigos.***

[Quanto às **relações com a sociedade**, identificou-se o seguinte problema:]

Falta de clareza das instituições acerca do papel do psicólogo, gerando demanda equivocada de avaliações psicológicas e estereótipos que dificultam a valorização e o reconhecimento do exercício profissional. Falta de respaldo técnico de psicólogos para corrigir os equívocos e para defesa nas contestações judiciais de laudos e pareceres;

Acesso, por parte dos advogados, de laudos de avaliação que se encontram nos autos. Os advogados têm reproduzido esses laudos, oferecendo cópia ao avaliado, que passa a constranger e ameaçar os psicólogos que os produziram;

*Edição de testes e livros por editoras que não contam com psicólogos responsáveis. **Comercialização de testes psicológicos sem critérios, facilitando o acesso a pessoas não habilitadas que podem reproduzi-los e***

¹⁹ Ana Paula Porto Noronha. “Os Problemas Mais Graves e Mais Frequentes no Uso dos Testes Psicológicos”. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol. 15, nº 01, 2002, p. 135-142.

*divulgá-los. Existência de empresas que atuam na área sem registro nos Conselhos Regionais de Psicologia;
Os exames psicológicos não têm sido solicitados na renovação da CNH em muitas situações em que se fazem necessários;”*

[Quanto à **ética**, identificou-se o seguinte problema:]

Realização de Avaliação Psicológica de forma inadequada por falta de competência técnica e/ou teórica. Negligência na guarda dos materiais utilizados em avaliações psicológicas. Uso indevido da Avaliação Psicológica, reforçando a interpretação das situações de exclusão social como próprias do sujeito;

Existência de estágios que possibilitam o desrespeito às técnicas e à ética e que desqualificam a profissão. Inadequação parcial do Código de Ética Profissional e excesso de condutas anti-éticas e desconhecimento do código.”²⁰

Para solucionar tais problemas, já se apontava a necessidade de restrição do acesso aos testes psicológicos.²¹ Quanto a esse aspecto, como destacou Marcelo Tavares, “a atividade [do Consulente] não é apenas burocrática. É uma atividade absolutamente necessária para a sustentação da avaliação psicológica e, até mesmo, do exercício da profissão de psicólogo, considerando que a avaliação é um de seus pilares mais importantes”.²² Sendo assim, foi editada a Resolução CPF n° 25/2001, que, em seu art. 11, contemplava dispositivos muito semelhantes àqueles que foram declarados inconstitucionais pelo STF na ADI n° 3.481. Posteriormente, o tema passou a ser regulamentado pela referida Resolução CFP n° 02/2003, e hoje é disciplinado pela Resolução CFP n° 09/2018, que, apesar de ter revogado o diploma normativo anterior,

²⁰ Cf. <<https://silo.tips/download/i-forum-nacional-de-avaliacao-psicologica>>.

²¹ O próprio documento estabelece (i) como proposta de encaminhamento para os problemas de normatização, “[e]sclarecer e fiscalizar as editoras e livrarias que vendem materiais exclusivos dos psicólogos (testes, livros, manuais e outros) editados por editores que não tem responsável técnico, que os mesmos devem ser vendidos somente a psicólogos”; (ii) como proposta de encaminhamento para os problemas de relação com a sociedade, “Conselho Federal de Psicologia deve utilizar suas prerrogativas legais para coibir a publicação de materiais que divulgam o conteúdo dos testes e que interferem no exercício da profissão”; e (iii) como proposta de encaminhamento para os problemas de ética, “[o] CFP e os CRP’s devem estabelecer estratégias e normas que assegurem a fiscalização da edição e comercialização dos testes psicológicos visando o aprimoramento ético nos serviços”.

²² Marcelo Tavares. “Da ordem social da regulamentação da avaliação psicológica e do uso dos testes”. In: *Avaliação psicológica: diretrizes na regulamentação da profissão*. Brasília: CFP, 2010, p. 37.

repetiu, em seu art. 16, o mesmo tratamento restritivo à comercialização dos testes psicológicos.

É fundamental esclarecer que a regulamentação desses testes, com a imposição de limites ao seu acesso, não é singularidade brasileira. Pelo contrário, muitos outros países seguem orientações semelhantes, com vistas à consecução de importantes interesses públicos, como a garantia da integridade técnica e ética do uso desses métodos. Afinal, conforme afirma a própria *International Test Commission – ITC* em suas diretrizes gerais sobre o tema, “[u]m usuário de teste competente o utilizará **de maneira adequada, profissional e ética**, prestando a devida atenção às necessidades e aos direitos das pessoas envolvidas no processo, às razões para a realização do teste e ao contexto mais amplo em que o teste ocorre. **Isso só será alcançado caso se assegure que o usuário de teste tenha as competências necessárias para realizá-lo, bem como o conhecimento e a compreensão do teste e do seu uso**”.²³

Na África do Sul, por exemplo, o Regulamento nº 993 à Lei das Profissões de Saúde prevê, em seu item 2, que compete apenas aos psicólogos o desenvolvimento, o uso, a interpretação e o controle dos testes psicológicos. Nessa mesma linha, consigna, em seu item 5, “*qualquer pessoa que deseje realizar um dos atos elencados no item 2 deverá solicitar ao conselho, da maneira prescrita, o registro como psicólogo e apresentar prova de ter cumprido os requisitos prescritos para tal registro*”.²⁴

De modo semelhante, na Austrália, testes psicológicos só podem ser aplicados e interpretados por pessoas com formação e treinamento na área, ou sob a supervisão direta desses profissionais, que, por sua vez, não podem conceder acesso aos exames a leigos. De acordo com o item B.13.6 do Código de Ética da Sociedade Australiana de Psicologia, “*os psicólogos não podem comprometer o uso eficaz de métodos ou técnicas de avaliação psicológica, nem podem ensejar o seu uso indevido, **publicando ou***

²³ International Test Commission. *ITC Guidelines on Test Use*, 2013, p. 06 (tradução livre e grifos acrescentados). Disponível em: <https://www.intestcom.org/files/guideline_test_use.pdf>.

²⁴ Cf. <https://www.hpcs.co.za/Uploads/PSB_2019/Rules%20and%20Regulations/regulations_gnr993_2008.pdf>

divulgando seus conteúdos a pessoas não autorizadas ou não qualificadas para receber tais informações” (grifos acrescentados).²⁵

No Canadá, também existem limites ao acesso de leigos ao conteúdo dos testes psicológicos, conforme categorias pré-definidas pela Associação Canadense de Psicologia – APC.²⁶ Confira-se, a propósito dos danos da comercialização irrestrita exames testes, o seguinte trecho de documento publicado pelo referido órgão e sugestivamente intitulado *“O uso inapropriado dos testes psicológicos: uma preocupação com a segurança do público”*:

*“É comumente aceito que a avaliação e o diagnóstico de saúde são complexos e requerem salvaguardas. A avaliação psicológica da saúde não é menos complexa, mas as salvaguardas em torno do acesso a dispositivos de teste e seu uso têm se desenvolvido mais lentamente. A APC adota o princípio de que deve haver um processo para estabelecer salvaguardas para o acesso e uso de testes psicológicos complexos. A APC também defende a posição de que os testes psicológicos devem ter sua disponibilidade restrita a compradores que estejam licenciados em sua jurisdição para exercer a profissão de psicologia e possuam o título de psicólogo. Por último, a APC considera que os fornecedores comerciais e distribuidores de testes psicológicos devem estar sujeitos a regulamentos que controlem a venda e distribuição apenas a utilizadores qualificados. Solicita-se aos órgãos legislativos e regulatórios federais que examinem mais detalhadamente essa questão, a fim de avaliar mecanismos adicionais para garantir a saúde e a segurança do público.”*²⁷ (grifos acrescentados)

Na Inglaterra, a comercialização de testes psicológicos é igualmente restrita. De acordo com o manual da Sociedade Britânica de Psicologia – SBP sobre o tema,²⁸ apenas pessoas registradas junto a uma editora especializada na área podem adquirir tais exames. As editoras, por sua vez, só podem efetivar o registro daqueles que completam,

²⁵ Cf. <<https://www.psychology.org.au/getmedia/d873e0db-7490-46de-bb57-c31bb1553025/18APS-Code-of-Ethics.pdf>>

²⁶ Cf. <<https://www.pearsonclinical.ca/fr/ordering/qualifications-for-test-purchase.html>>.

²⁷ Cf. <https://cpa.ca/docs/File/Position/PositionPaper_PsychologicalTestSafety_BoardApproved_May2019.pdf>

²⁸ Cf. <https://ptc.bps.org.uk/sites/ptc.bps.org.uk/files/guidance_documents/ptc02_test_users_guide_2017_web.pdf>

de forma bem-sucedida, os seus próprios cursos de qualificação e que possuem as certificações emitidas pela SBP, bem como inscrição válida no Registro de Qualificações para o Uso de Testes.

Já em Portugal, o Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos Portugueses prevê expressamente que “[o]s *materiais e protocolos de avaliação, incluindo manuais, itens, e sistemas de cotação e interpretação, não são disponibilizados aos clientes ou a outros profissionais não qualificados. Os/as psicólogos/as asseguram a protecção e segurança dos materiais de avaliação, prevenindo a sua divulgação para o domínio público*” (grifos acrescentados).²⁹ O objetivo, como se pode perceber, também é a manutenção da integridade da avaliação psicológica.

Essa preocupação com a comercialização é especialmente grave em relação aos **gabaritos dos testes psicológicos**.

Com efeito, sabe-se que esses testes são comercializados em *kits*, compostos por três diferentes elementos: (i) os seus fundamentos teóricos; (ii) as evidências empíricas de validade e precisão; e (iii) o gabarito. O art. 6º da Resolução CFP nº 09/2018 é bastante didático ao descrever cada um desses componentes:

“Art. 6º – Os testes psicológicos, para serem reconhecidos para uso profissional de psicólogas e psicólogos, devem possuir consistência técnico-científica e atender os requisitos mínimos obrigatórios, listados a seguir:

I - apresentação de fundamentação teórica, com especial ênfase na definição do(s) construto(s), descrevendo seus aspectos constitutivo e operacional;

II - definição dos objetivos do teste e contexto de aplicação, detalhando a população-alvo;

III - pertinência teórica e qualidade técnica dos estímulos utilizados nos testes;

IV - apresentação de evidências empíricas sobre as características técnicas dos itens do teste, exceto para os métodos projetivos/expressivos;

V - apresentação de evidências empíricas de validade e estimativas de precisão das interpretações para os resultados do teste,

²⁹ Cf. <https://www.ordemdospsicologos.pt/pt/cod_deontologico>.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

caracterizando os procedimentos e os critérios adotados na investigação;

VI - apresentação do sistema de correção e interpretação dos escores, explicitando a lógica que fundamenta o procedimento, em função do sistema de interpretação adotado, que pode ser:

a) Referenciada à norma, devendo, nesse caso, relatar as características da amostra de normatização de maneira explícita e exaustiva, preferencialmente comparando com estimativas nacionais, possibilitando o julgamento do nível de representatividade do grupo de referência usado para a transformação dos escores.

b) Diferente da interpretação referenciada à norma, devendo, nesse caso, explicar o embasamento teórico e justificar a lógica do procedimento de interpretação utilizado; e

VII - apresentação explícita da aplicação e correção para que haja a garantia da uniformidade dos procedimentos seja somente para psicólogos para evitar a invalidade do instrumento.”

Antes da decisão do STF na ADI nº 3.481, todos os elementos dos testes psicológicos estavam sujeitos à comercialização restrita. Agora, até mesmo o gabarito desses exames – descrito nos incisos VI e VII do dispositivo acima transcrito – pode ser conhecido pelo público em geral. As repercussões negativas disso são claras: a restrição de acesso ao caderno de respostas e de correção dos testes é condição *sine qua non* para o bom funcionamento dessas técnicas de avaliação psicológica, na medida em que não há teste eficaz cujo gabarito possa ser conhecido, de antemão, por quem se sujeitará a ele.

Além de viabilizar o autodiagnóstico por leigos, que agora podem saber os métodos de correção e interpretação de resultados, a decisão proferida pela Suprema Corte permite o **prévio treinamento** dos pacientes com base nos parâmetros de resposta, o que ameaça a própria integridade dos testes psicológicos.

Em seu voto condutor, o relator da ADI nº 3.481, Min. Alexandre de Moraes, vale-se de analogia para fundamentar o seu entendimento contrário à comercialização restrita dos testes psicológicos: *“Mal comparando, seria como restringir a aquisição de manuais e livros jurídicos apenas a profissionais habilitados junto à Ordem dos Advogados do Brasil, supondo que a disseminação do conhecimento jurídico*

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

favoreceria o exercício irregular da profissão”. Contudo, quanto ao ponto específico dos gabaritos, a comparação mais adequada seria não com livros didáticos, mas com o próprio exame da OAB. Embora seja usual a comercialização de livros com as respostas de antigos testes da Ordem dos Advogados do Brasil, é evidentemente vedado aos candidatos o acesso ao gabarito do exame que lhes será efetivamente aplicado. E não poderia ser diferente, já que, assim como o conhecimento prévio das respostas dos testes psicológicos retira sua confiabilidade e eficácia, os exames da OAB cairiam em absoluto descrédito, e deixariam de atender aos fins a que se destinam, se fosse dado aos bacharéis em Direito a possibilidade de conhecer previamente o seu gabarito.

Sobre o ponto, afirmam, respectivamente, a Associação Brasileira de Neuropsicologia, o Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Comportamento, e a Associação Brasileira de Psicologia Organizacional e do Trabalho, em manifestações juntadas à ADI nº 3.481:

“Salientamos que a experiência prévia com o material do teste leva, por consequência, a mudanças nos resultados no caso em que o indivíduo seja submetido a uma aplicação posterior de cunho diagnóstico. Há um ‘ganho’ na produtividade comumente denominado de ‘efeito da prática’. Tal efeito tem sido exaustivamente estudado e demonstrado na literatura científica. Permitir à população em geral ter acesso a este material técnico implicaria os necessários ajustes a este efeito de prática, de modo a não inviabilizar sua aplicação.”

“Ao considerar que os testes psicológicos são instrumentos de avaliação psicológica utilizados em atividades exclusivas de psicólogos, o IBNeC - Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Comportamento expressa preocupação quanto a sua comercialização livre e irrestrita pela seguinte razão:

Uma vez que manuais, gabaritos, tabelas normativas e treinamentos prévios com os testes psicológicos forem acessíveis a população em geral, diagnósticos neuropsicológicos embasados em resultados de tais testes para emitir laudos clínicos, jurídicos ou de perícia estarão comprometidos seriamente, pois não expressarão necessariamente as reais condições neuropsicológicas dos avaliados que acessaram tais testes previamente. A consequência do acesso irrestrito aos testes

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

psicológicos potencialmente os inutiliza como instrumentos essenciais para avaliações psicológicas e neuropsicológicas.”

“Do ponto de vista da eficácia, diferentemente de estratégias e instrumentos de diagnóstico utilizados em outras profissões, os testes para avaliação psicológica, com raras exceções, envolvem possibilidade de aprendizagem e de elaboração de respostas consoantes com a expectativa da pessoa, por exemplo, de conseguir um emprego, de ter porte de armas, etc. Os testes são construídos por meio da identificação de regularidades ou padrões de respostas em situações determinadas. Então, a aprendizagem de respostas, prévias aos procedimentos de investigação, poderia comprometer o uso de critérios de validação de informações relevantes ao processo de avaliação psicológica, úteis em diferentes campos do exercício profissional em Psicologia [...].”

Tal circunstância se revela ainda mais grave na medida em que os testes psicológicos são empregados em vários setores altamente delicados da vida social, tais como processos de adoção e disputa de guarda, controle de aquisição de armas de fogo, concursos públicos etc. É importante, assim, resguardar a confiabilidade de tais exames, na medida em que o acesso ao gabarito desses testes gerará danos ao bom funcionamento dos referidos setores, lesando interesses públicos e direitos fundamentais que eles envolvem. O tópico foi devidamente abordado pelo Min. Edson Fachin, no voto-vista proferido quando do julgamento da ADI nº 3.481:

“Os testes psicológicos são previstos pela legislação brasileira para uma série de avaliações. Eles são empregados, por exemplo, para elaboração do estudo psicossocial da criança em processo de adoção (art. 197-B da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990); no exame criminológico, quando o juiz entender necessário (art. 8º da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984); no exame da aptidão mental para a habilitação para dirigir (art. 147, § 2º, da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997); na aptidão psicológica para a aquisição de arma de fogo (art. 4º, III, da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003); e nos concursos para a magistratura (art. 60 da Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça).
[...]

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Assim, para os efeitos da presente ação direta, tão relevante quanto a prevenção de diagnósticos infundados é a preservação da integridade dos testes. É por essa razão que associações profissionais de psicólogos efetivamente recomendam a restrição de acesso.”

Não à toa, as próprias editoras dos testes psicológicos – que, em tese, lucrariam com o aumento do mercado consumidor, decorrente da suspensão das restrições à comercialização desses exames – mostram-se contrárias ao acesso do público em geral a todo o seu conteúdo, incluindo os cadernos de resposta e correção. É ver-se, nesse sentido, o pronunciamento da Vetor Editora sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 3.481, acostado ao processo:

“A Vetor Editora compartilha das preocupações sobre os efeitos prejudiciais que a divulgação das informações dos testes psicológicos ao público geral, operacionalizada pela livre comercialização dos materiais, pode causar para a validade dos testes e para a prática profissional do psicólogo que utiliza a avaliação psicológica como recurso de suas atividades diárias, em especial nos contextos de avaliações compulsórias, como a obtenção e/ou mudança de categoria da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, o manuseio de arma de fogo, concursos públicos, avaliações psicossociais, avaliações neuropsicológicas, entre outras, uma vez que estes efeitos podem trazer consequências para a sociedade como um todo.

A divulgação das informações contidas nos manuais dos testes psicológicos para todas as pessoas pode trazer impactos negativos severos nas avaliações psicológicas na medida em que o acesso à forma de correção/interpretação dos testes poderá prejudicar a validade do que se pretende avaliar, comprometendo especialmente seus resultados objetivos e padronizados, o que conseqüentemente poderá tornar o processo de avaliação mais limitado tecnicamente, por não ter como saber se os resultados advindos de testes são confiáveis ou estão sendo manipulados ou controlados pelo conhecimento anterior e não correspondendo fielmente às características, ao potencial e às capacidades da pessoa avaliada, ou mesmo da finalidade da avaliação. Soma-se a isso o fato de que é necessário ter um conhecimento técnico específico da Psicologia para a adequada utilização e compreender os resultados dos testes. Ao ter acesso à compra dos materiais, distintas pessoas poderiam compreender o conteúdo, seja do manual, seja de algum resultado,

de maneira equivocada, o que pode trazer consequências para o indivíduo que está sendo avaliado.” (grifos acrescentados)

Em última análise, permitir o acesso aos gabaritos dos testes psicológicos traduz violação direta ao princípio da razoabilidade, que, no Brasil, é extraível do art. 5º, inciso LIV, CF/88.³⁰

Como se sabe, dentre as diversas dimensões atribuídas à razoabilidade – equidade, equivalência, coerência, razões públicas, dentre outras³¹ – tem-se a ideia de *razoabilidade como congruência*. Na dicção de Humberto Ávila, a razoabilidade envolve “*um dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache)*”.³² Medidas que contrariem a realidade empírica subjacente, ou que se afastem da lógica inerente a certos institutos, ofendem essa faceta da razoabilidade.

A ideia de razoabilidade como congruência está subjacente a diversas decisões do STF. Assim, por exemplo, o julgado que invalidou a concessão de adicional de férias para servidores aposentados, pelo fato de que funcionários inativos não gozam férias;³³ a decisão que invalidou lei que concedera pensão vitalícia às crianças geradas em razão de estupro, sem levar em conta qualquer critério de necessidade dos beneficiários;³⁴ e o julgado que impediu o pagamento de auxílio-moradia para membros do Ministério Público na inatividade, já que tal vantagem se destina a indenizar os que trabalham em local diferente daquele em que possuem residência própria, o que não se aplica aos que já se jubilaram.³⁵

³⁰ Veja-se, a propósito, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³¹ Cf., e.g., Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-162; Thomas Bustamante. “A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea”. In: *Teoria do Direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e Wilson Antônio Steinmetz. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 183-194.

³² Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. *Op. cit.*, p. 158. Na mesma linha, José Adércio Leite Sampaio aduz que A razoabilidade como congruência se liga à ideia de que a medida estatal deve observar “*um requisito de correspondência normativa com os fatos, com a realidade, com a natureza das coisas*” (*Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 458).

³³ STF. ADI nº 1158-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/05/1995.

³⁴ STF. ADI nº 2019, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/06/2002.

³⁵ STF. ADI nº 3.783, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/06/2011.

Essa dimensão do princípio da razoabilidade é pertinente ao caso deste parecer. Afinal, é absolutamente contraditório exigir legalmente testes psicológicos para uma série de questões sensíveis, mas adotar medida que lhes retira toda eficácia e credibilidade. Há, sem dúvida, inegável descompasso entre, de um lado, o interesse público subjacente às leis que obrigam a realização de testes psicológicos e, do outro lado, a suspensão das restrições de acesso aos seus gabaritos, que permite o condicionamento prévio aos padrões de resposta, tornando os testes praticamente inúteis.

E não se diga que essa preocupação seria supostamente injustificável, em tempos de proliferação de informações na internet.³⁶

É que o Consulente também regula as hipóteses de aplicação de testes psicológicos de maneira informatizada e/ou remota, nos termos da Resolução CFP nº 11/2018. Segundo o referido diploma normativo, é necessário que o material tenha “*parecer favorável do Sistema Avaliação de Instrumentos Psicológicos (SATEPSI), com padronização e normatização específica para tal finalidade*” (art. 2º, inciso III), assim como a sua utilização “*está condicionada à realização de um cadastro prévio junto ao Conselho Regional de Psicologia e sua autorização*” (art. 3º, caput). Nesse sentido, também se destaca a Nota Técnica nº 07/2019/GTEC/CG que, ao orientar os psicólogos acerca dessas modalidades de uso dos testes psicológicos, consigna:

“1. Conforme o Art. 2 da Resolução CFP nº 11/2018, são autorizadas a prestação de serviços psicológicos realizados por meios tecnológicos da informação e comunicação, desde que não firam as disposições do Código de Ética Profissional da psicóloga e do psicólogo e a esta Resolução. Ainda neste mesmo artigo, de acordo com o inciso III, é possível a utilização de instrumentos psicológicos devidamente regulamentados por resolução pertinente. Contudo, o inciso enfatiza que os testes psicológicos devem ter parecer favorável do Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos (Satepsi), com padronização e normatização específica para tal finalidade.”

³⁶ O argumento foi levantado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto-vista: “*Não se descure que, hodiernamente, há várias formas de proliferação, pela internet, da disponibilização desse material de aplicação de testes psicológicos, de sorte que impedir tal prática deve ser o foco da busca incessante do Conselho Profissional de Psicologia e não limitar o acesso à correta informação em livros publicados, com extremo rigor técnico.*”

[...]

4. Cabe à(ao) psicóloga(o) a análise e estudo do manual do teste psicológico aprovado no Satepsi para identificar a forma de aplicação recomendada para o mesmo.

5. Ao utilizar testes aprovados no Satepsi para aplicação informatizada (mediado por computador) ou de forma remota (on line), cabe à(ao) psicóloga(o) a responsabilidade de todo processo de avaliação psicológica e a garantia das condições adequadas da aplicação e respostas colhidas no processo de avaliação psicológica e acordo com a Resolução 09/2018 e Código de Ética Profissional.”
(grifos acrescentados)

Em outros termos, os testes psicológicos não devem circular irrestritamente pela internet. Até o julgamento da ADI nº 3.481, quando isso ocorria, era de forma ilícita e indevida, à revelia do Consulente, que, inclusive, vinha promovendo há anos ações contra a divulgação ilegal desse material.³⁷

Logo, resta claro que o julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Consulente deve levar à reforma da decisão proferida na ADI nº 3.481 quanto à possibilidade de livre acesso da população aos gabaritos dos testes psicológicos.

4. Modulação *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003: tutela da segurança jurídica e proteção do interesse social

Como se sabe, na jurisdição constitucional, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal têm, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), já que pertence à tradição do Direito Constitucional brasileiro a ideia de que lei inconstitucional é lei nula desde o seu nascedouro.³⁸ Contudo, o

³⁷ Cf. CRP-3. “CFP articula ações contra divulgação indevida de Testes Psicológicos pela internet”, 24/11/2016. Disponível eletronicamente em: <<https://www.crp03.org.br/cfp-articula-aco-es-contra-divulgacao-indevida-de-testes-psicologicos-pela-internet/>>.

³⁸ No final do século XIX, Ruy Barbosa já afirmava que “*toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula*” (Ruy Barbosa. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensora, 1893, p. 47), entendimento que continua plasmado na doutrina e na jurisprudência nacionais. O paradigma contrário tem como principal

princípio da retroatividade não configura dogma absoluto, nem no Brasil, nem na maior parte dos sistemas constitucionais,³⁹ uma vez que, em determinadas hipóteses, a atribuição de efeitos *ex tunc* ao julgado pode lesar intensamente bens jurídicos tutelados pela Constituição. Nesses casos, portanto, abre-se margem para a utilização da técnica da modulação temporal de efeitos, prevista, como visto, no art. 27 da Lei n° 9.868/1999.

Na modulação temporal, o que ocorre não é a relativização da supremacia da Constituição. Afinal, não se admite que lei alguma se sobreponha à própria Carta Maior, ainda que durante algum lapso de tempo. Pelo contrário, cuida-se de buscar, em cenário de complexidade, a solução judicial que melhor atenda à própria Constituição, considerando todas as normas e valores constitucionais implicados na questão. Isso porque existem hipóteses nas quais a atribuição de efeitos retroativos à decisão do STF pode se afigurar até mais danosa a princípios e valores tutelados pela Constituição, do que a manutenção de efeitos passados e mesmo futuros de um ato normativo inconstitucional.

Assim, realiza-se nesses casos uma ponderação entre os interesses constitucionais contrapostos. O que se pondera é o princípio de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, e não o postulado maior da supremacia constitucional.⁴⁰ Quando o resultado da ponderação for favorável à modulação, esta se torna obrigatória, e não uma mera faculdade judicial. Trata-se de tutelar princípios constitucionais extremamente relevantes – como a proteção da segurança jurídica e do interesse social –, cuja garantia não pode ficar à mercê de juízos discricionários dos órgãos julgadores.⁴¹

referência a obra de Hans Kelsen, que defendia a mera anulabilidade das leis inconstitucionais, e, conseqüentemente, o caráter desconstitutivo e não retroativo da decisão que afirma a inconstitucionalidade de ato normativo. Veja-se, a propósito, Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 300.

³⁹ Veja-se, a propósito, Daniel Sarmento. “A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade”. In: Daniel Sarmento (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 101-138.

⁴⁰ Veja-se, a propósito, Ana Paula Ávila. *A Modulação dos Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 63-67.

⁴¹ Cf. Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 572 (grifos acrescentados).

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Na ordem jurídica brasileira, a modulação temporal não se limita à atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade. Dentre outras técnicas decisórias disponíveis, também é possível a manutenção provisória dos efeitos dos atos normativos questionados – a chamada eficácia *pro futuro*. Essa possibilidade foi expressamente contemplada pelo legislador, que, no já citado art. 27 da Lei nº 9.868/1999, estabeleceu que o STF poderá determinar que a decisão de inconstitucionalidade “*só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*” (grifos acrescentados).

O STF tem se valido dessa possibilidade em diversas decisões. Na ADI nº 2.240, a Corte julgou inconstitucional a lei estadual que instituía o Município de Luís Eduardo Magalhães, sem a observância dos requisitos constitucionais para a criação de novos entes municipais. Porém, considerando que o Município fora efetivamente criado e estava em funcionamento há mais de seis anos, o STF absteve-se de pronunciar a nulidade do ato normativo pelo prazo de 24 meses – tempo concedido para que fossem adotadas as medidas normativas necessárias à eventual convalidação da criação do referido ente federativo.⁴²

No julgamento conjunto das ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243, ocorrido em 2010, o STF, considerou que havia inconstitucionalidade nas regras que tratavam do rateio do Fundo de Participação dos Estados nos tributos federais. Porém, o Tribunal determinou a continuidade da aplicação das normas vigentes por mais quase três anos, em nome da proteção à segurança jurídica. No voto condutor do Min. Gilmar Mendes, proferido nesse caso, registrou-se: “[...] *ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação de nova lei.*”⁴³

Na ADI 1.842, o STF declarou a inconstitucionalidade de normas que tinham atribuído ao Estado do Rio de Janeiro a titularidade do poder concedente para a

⁴² Cf. STF. ADI 2.240, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/08/2007.

⁴³ STF. ADI nº 875, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

prestação de serviços públicos de saneamento básico em região metropolitana.⁴⁴ A Corte firmou a orientação de que a titularidade de tal serviço, em regiões metropolitanas, cabe a um órgão colegiado, com participação dos municípios envolvidos e do Estado. O Tribunal, porém, determinou a vigência excepcional das normas invalidadas pelo prazo de 24 meses, a contar do fim do julgamento.

Já na ADI nº 4.029, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade formal da lei resultante da conversão da medida provisória que instituía o Instituto Chico Mendes. Contudo, como o mesmo vício contaminava inúmeras outras leis, o STF manteve a vigência e eficácia do ato normativo em questão, bem como de todas os demais que apresentassem o mesmo defeito formal, proibindo, porém, o Congresso Nacional de manter aquele rito procedimental contrário à Constituição na tramitação das medidas provisórias futuras.⁴⁵

Esses são apenas alguns exemplos de decisões de modulação que vão além da eficácia *ex nunc*, dentre inúmeros outros existentes na jurisprudência do STF. Nesses julgamentos, a Corte, em nome da segurança jurídica e de relevantes interesses sociais, afastou-se da regra geral da pronúncia de nulidade dos atos inconstitucionais, indo além da atribuição de eficácia prospectiva às suas decisões. Ela preservou efeitos futuros das normas ou atos administrativos questionados, por reconhecer que a tutela de outros valores constitucionais o justificava. Essa, portanto, é uma possibilidade da jurisdição constitucional brasileira, que tem sido empregada pelo STF.

O seu uso, mais do que possível, afigura-se muitas vezes indispensável para a promoção da solução constitucional adequada para problemas complexos, considerando todas as suas variáveis e os múltiplos valores e princípios envolvidos. Como consignou Gilmar Ferreira Mendes, “*em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional*”.⁴⁶

Uma das hipóteses de decisão com eficácia *pro futuro* é conhecida como a das “lacunas perigosas”. É o caso em que a falta de norma tratando de determinado assunto

⁴⁴ STF, ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Red. para o ac. Min. Gilmar Mendes, julg. 06/03/2013.

⁴⁵ Cf. STF. ADI 4.029, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27/06/2012.

⁴⁶ Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 297.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

– gerada pela declaração de inconstitucionalidade – pode provocar dano ainda maior do que a preservação temporária da eficácia da norma invalidada. Com a fixação do prazo de eficácia ulterior da norma declarada inconstitucional, concede-se uma margem para que o próprio legislador – ou para o órgão competente para edição da norma – supra a lacuna, equacionando a questão que carece de regulação, só que dessa vez de acordo com as prescrições constitucionais tal como definidas pelo STF. Nesse ínterim, preservam-se os efeitos da norma invalidada, já que tal solução se afigura melhor, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos, do que a ausência de regulação do tema.

Pois bem. No caso da ADI nº 3.481, o STF também deve modular os efeitos da decisão proferida, atribuindo-lhe efeitos *pro futuro*, uma vez que há razões de segurança jurídica e de interesse social suficientes para justificar o uso dessa técnica.

De fato, todo o sistema de avaliação psicológica brasileiro está estruturado sobre o pressuposto técnico-científico da restrição de acesso aos testes – sobretudo aos gabaritos – como garantia da sua confiabilidade. Os próprios procedimentos judiciais e administrativos que dependem da realização obrigatória dos referidos exames partem da premissa de que ninguém, a não ser os psicólogos envolvidos nesses processos, terá conhecimento das respostas dos exames. Dessa maneira, a produção imediata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 18, inciso III, e §§ 1º e 3º, da Resolução CFP nº 02/2003 prejudicaria não apenas a elaboração adequada dos testes, como também a sua aplicação no âmbito judicial e administrativo, em detrimento do interesse público e da segurança jurídica.

A mera atribuição de efeitos *ex nunc* à referida decisão não bastaria para preservar adequadamente os valores constitucionais previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. É que, como a lógica do acesso restrito aos testes psicológicos vigora há cerca de vinte anos no Brasil, será necessário um período de transição para adaptar a realidade técnica, institucional e profissional à nova decisão do STF, com vistas a evitar o autodiagnóstico e, especialmente, os efeitos negativos oriundos do treinamento prévio. Tal processo de revisão – que certamente lidará com as dificuldades logísticas adicionais causadas pela pandemia do novo coronavírus – envolverá não apenas os Conselhos Nacional e Regionais de Psicologia, como também as editoras que publicam

esses testes, além dos órgãos judiciais e administrativos que devem aplicá-los em seus procedimentos. Dessa maneira, soa adequado o prazo de doze meses proposto pelo Consulente nos embargos de declaração.

Nesse sentido, são unânimes as opiniões tanto das editoras envolvidas na publicação dos testes psicológicos, quanto de entidades que lidam com a avaliação psicológica no seu dia a dia. É o que se pode depreender, e.g., das seguintes manifestações juntadas aos autos da ADI nº 3.481, de lavra da Vetor Editora, da Editora Hogrefe, da Associação Brasileira de Psicologia, respectivamente:

“[...] caso a decisão do STF seja mantida, entendemos que se torna fundamental fazer uma readequação dos materiais com a finalidade de minimizar as consequências que a divulgação dos testes psicológicos possa trazer em seus resultados e, conseqüentemente, nas avaliações psicológicas. Para que isso seja possível, é necessário um tempo hábil, uma vez que atualmente dispomos de 61 testes psicológicos de uso restrito a psicólogos que estão disponíveis no mercado. Dessa forma, considerando que estas ações envolvem não somente a editora, mas toda nossa rede de Distribuição localizada em todos os estados do Brasil, estimamos que seja necessário o período de 12 meses para a realização das atividades de adequação dos materiais. Reforçamos ainda que, diante das dificuldades de restrições impostas pela pandemia da COVID-19, o tempo para a readequação faz-se mais do que necessário.”

“[...] entendemos que é urgente adaptarmos nossos conteúdos para que o público que acesse as nossas obras, não tenham a possibilidade de utilizá-las com o intuito de treinar para exames ou realizar avaliações psicológicas.

Para isso, nos colocamos a disposição para dialogar e achamos necessário que diante deste novo cenário, novas diretrizes para adaptar e publicar testes psicológicos sejam elaboradas.

Temos também preocupação com os materiais já publicados. A adequação dos conteúdos demanda tempo e por termos muitos materiais já impressos, estimamos de um prazo mínimo de pelo menos 5 anos para esgotar e adaptar todas as edições de testes psicológicos publicados antes desta determinação.

Consideramos válido propormos que as publicações produzidas antes da data da decisão do STF, ainda tenham suas vendas e acesso

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

restrito aos profissionais psicólogos e que trabalhem juntos para que tenhamos novas diretrizes que protejam nossa sociedade do uso indevido de nossos instrumentos e técnicas.”

“Diante disto, a liberação generalizada dos testes de forma imediata impactará diretamente na qualidade e nas condições existentes para a realização da perícia psicológica técnica e eficaz na prevenção de acidentes. A avaliação psicológica para o trânsito representa uma parcela significativa de profissionais que utilizam os referidos testes psicológicos.

Considerando os mais de 75 milhões de habilitados, os milhares de psicólogas e psicólogos atuantes, as gestões governamentais da esfera federal e das estaduais que são responsáveis pelo credenciamento e disponibilização destes exames periciais, além dos testes psicológicos que embasam tais perícias e que foram elaborados para serem aplicados e analisados dentro de uma modalidade existente até a presente data, o impacto da decisão da ADI 3481 é significativo. Uma adaptação de tal natureza requer um tempo para planejamento de ações e elaborações de técnicas, procedimentos e qualificações atualizadas para a manutenção da qualidade pericial.”

Resta claro, portanto, que, caso a decisão proferida na ADI nº 3.481 seja mantida em sua integralidade, será necessário proceder à modulação *pro futuro* dos seus efeitos.

5. Respostas aos quesitos

Diante de todo o exposto, passo a responder, de forma sintética, aos quesitos formulados pelo Consulente:

a) Cabem embargos de declaração para o enfrentamento das questões suscitadas pelo Consulente?

Sim. Na jurisdição constitucional exercida pelo STF, os embargos de declaração devem ser compreendidos com maior amplitude, operando como mecanismo

de tutela não apenas da coerência interna dos julgados, como também de integração entre a Lei Maior e a realidade fática, em prol da segurança jurídica, do interesse público e da própria supremacia da Constituição. Até porque os acórdãos de mérito proferidos pelo Plenário do STF em ações constitucionais são irrecorríveis, ressalvada justamente a possibilidade de oposição de embargos de declaração. Dessa maneira, caso não se admita o manejo do único recurso cabível para equacionar eventuais consequências práticas negativas geradas pela atuação da Corte, a prestação jurisdicional não será constitucionalmente adequada, em detrimento da garantia da supremacia constitucional.

Não por outro motivo, quando instado a se manifestar sobre eventuais consequências práticas indesejáveis oriundas das decisões tomadas em ações de controle de constitucionalidade, o STF firmou jurisprudência pacífica no sentido do cabimento de embargos de declaração para modular os efeitos temporais dos seus pronunciamentos.

b) Considerando-se a capacidade institucional do Consulente e a necessidade de equacionamento das consequências práticas negativas do julgamento da ADI nº 3.481 para a confiabilidade dos resultados dos testes psicológicos, há fundamento para a imposição de restrições de acesso aos gabaritos desses exames?

Sim. O Consulente é dotado de competência legal e de inegável *expertise* para proceder à autorregulação profissional da psicologia, o que envolve, nos termos das normas legais aplicáveis ao setor, regulamentar o uso de métodos e técnicas com vistas ao diagnóstico psicológico. Essa autorregulação prestigia a capacidade institucional da entidade que, por deter mais conhecimentos e experiências sobre a área em que atua, é capaz de normatizá-la com maior eficiência. Sob tal perspectiva, assim como ocorre em inúmeros outros países do mundo – a exemplo da Inglaterra, de Portugal, do Canadá e da Austrália – há justificativa suficiente para a imposição, pelo Consulente, de restrições ao acesso do público em geral aos testes psicológicos, sobretudo aos seus gabaritos.

Os gabaritos dos testes psicológicos contêm os critérios de correção e de interpretação dos resultados da avaliação, bem como os parâmetros de resposta. Desse

modo, permitir o livre acesso do público ao seu conteúdo comprometerá a eficácia dos testes, que deixarão de avaliar adequadamente as condições e qualidades psicológicas dos examinados. Afinal, com o acesso aos gabaritos, as pessoas terão como realizar treinamentos para as avaliações, e falsear suas respostas, no afã de obter melhores resultados. Com isso, os exames deixarão de cumprir suas funções, o que tende a prejudicar inúmeras áreas sensíveis em que ocorre a sua realização, tais como o controle de aquisição de armas de fogo, os processos judiciais sobre adoção e alienação parental, o ingresso em alguns cargos públicos etc.

Portanto, é fundamental que tais consequências sejam devidamente equacionadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de embargos de declaração.

Não bastasse, há inegável descompasso entre, de um lado, exigir legalmente testes psicológicos em uma série de hipóteses, e, do outro, adotar medida que lhes retira toda eficácia e credibilidade. Tal contradição viola frontalmente o princípio da razoabilidade (art. 5º, inciso LIV, CF/88), que, dentre outras finalidades, impõe um dever de congruência entre as decisões estatais e a lógica inerente a certos institutos.

c) Caso seja mantida, em todos os seus termos, a decisão proferida pelo STF na ADI nº 3.481, tem procedência a proposta de modulação pro futuro dos seus efeitos?

Sim. Tanto o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 quanto a jurisprudência do STF reconhecem que a modulação não se restringe à possibilidade de atribuição de eficácia *ex nunc* às declarações de inconstitucionalidade. É também possível a modulação *pro futuro*, caso tal providência seja necessária à tutela da segurança jurídica ou de excepcionais interesses sociais em jogo no processo constitucional.

No caso da decisão proferida no âmbito da ADI nº 3.481, se ela for mantida em sua integralidade – inclusive quanto à divulgação dos gabaritos dos testes psicológicos – haverá motivos suficientes para se proceder à modulação dos seus efeitos, com atribuição de eficácia *pro futuro* à decisão. Afinal, como todo o sistema de avaliação psicológica brasileiro funciona há cerca de vinte anos com base no pressuposto técnico-científico da restrição de acesso aos testes, a suspensão imediata dessa restrição

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

prejudicará, de um lado, a elaboração adequada dos testes, e, de outro lado, a sua aplicação por órgãos judiciais e administrativos. Portanto, é necessário garantir, por meio do recurso à modulação *pro futuro*, um prazo mínimo de doze meses para se operar a transição técnico-normativa do desenvolvimento e da administração desses exames, com vistas à garantia da sua confiabilidade científica.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 2021.



DANIEL SARMENTO
Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting Scholar na Yale Law School