

TESE APRESENTADA AOS II COLÓQUIOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA: DA NOMEAÇÃO DE PERITOS

SYDNEY SANCHES (*)

I — DIREITO COMPARADO

É grande a divergência entre as várias legislações conhecidas, quanto à escolha e número de peritos no processo civil.

Em linhas gerais, podem ser classificadas em cinco grupos ⁽¹⁾ ⁽²⁾:

1.º — o juiz escolhe livremente o perito (direito alemão, italiano e brasileiro, êste no texto original do C.P.C., já modificado);

2.º — as partes indicam o perito de comum acôrdo, mas, não o fazendo, cabe ao juiz a designação (direito francês);

3.º — as partes escolhem o perito de comum acôrdo, mas, entrando em divergência, faz-se o sorteio entre os nomes indicados, e só quando o perito, assim escolhido, não aceita a incumbência é que se entrega ao juiz a respectiva nomeação (direito espanhol: neste, aliás, as partes escolhem, também, um ou três peritos; havendo divergência o juiz decide);

4.º — as partes podem indicar um só perito de comum acôrdo ou escolher cada uma o seu, cumprindo ao juiz, se necessário, designar o terceiro desempatador (Ordenações e direito brasileiro atual);

5.º — as partes escolhem entre um ou três peritos: se não estiverem de acôrdo, cada parte escolhe um e o juiz nomeia o terceiro (direito português).

No Direito Romano a escolha dos peritos, a princípio, competia ao juiz. E em número de três (Lei dos XII Tábuas). Depois foi entregue às partes ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

(*) Juiz de Direito, Titular da 1.ª Vara Civil de São Paulo.

II — DIREITO BRASILEIRO

Ainda sob o regime das Ordenações, dois eram os peritos, um de cada parte, intervindo o terceiro, nomeado pelo juiz, apenas em havendo divergência entre aquêles.

Existindo acôrdo, o perito poderia ser um só.

Diversamente, pelo Regulamento 737, de 1857, ao juiz passou a competir a fixação do número e a escolha do desempatador, ante a dissidência entre os indicados pelas partes.

Na prática ocorria o seguinte: cada um dos demandantes indicava um perito e o juiz o desempatador.

Essa praxe se converteu em lei nos códigos estaduais, com pequenas dissemelhanças ⁽⁵⁾.

Fixada na Constituição Federal de 16 de julho de 1934, art. 5.º, n.º XIX, letra «a» e pela Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, artigo 16, n.º XVI, a competência da União para legislar sobre direito processual, foi promulgado, a 18 de setembro de 1939, o dec. lei n.º 1.608, que instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro, cujo art. 129 rompeu com o sistema tradicional, determinando:

«os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz».

O art. 132 permitiu, porém, a cada uma das partes indicar assistente técnico, incumbido de acompanhar as diligências do perito, cujas conclusões podia impugnar. A êle foram facultados os mesmos meios de investigações que aos peritos.

Mas as modificações não tardaram: pelo art. 10 do dec. lei n.º 4.565, de 11 de agosto de 1942,

que deu nova redação ao referido art. 129 do C.P.C., às partes foi concedido o direito de escolher o perito único.

E o decreto-lei n.º 8.570, de 8 de janeiro de 1946, transformou radicalmente o modo de escolha, dispondo perícia única, em havendo acôrdo entre as partes. Em não ocorrendo, cada uma passou a indicar seu perito e o juiz a nomear terceiro-desempatador.

III — A EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA EM FACE DO TEXTO ANTERIOR E DO ATUAL DO C.P.C.

A — Escrevendo sôbre o texto original do C.P.C. (art. 129), PEDRO BASTISTA MARTINS (6) deixou claro que o Código se afastara da tradição de nosso direito, não só no que toca ao modo de se escolherem os peritos, senão também no que se refere ao número deles.

A escolha, em regra, resultava de uma louvação em que cada parte elegia um perito de sua confiança e o juiz nomeava o terceiro.

Esse critério consonava com o sistema privatístico do domínio do processo pelas partes.

Mas, «o que na prática resultava é que cada perito, por isso mesmo que da confiança exclusiva da parte, a quem devia a nomeação, arvorava-se, durante as diligências, em advogado de interesses privados, procurando obscurecer e confundir a verdade».

«O perito, hoje» — prossegue o autor do anteprojeto, já comentando texto primitivo do Código — «é um assistente técnico ou científico do juiz que lhe delegou a incumbência de examinar o objeto do litígio ou de subministrar-lhe elementos para a decisão da causa.»

Dentre as inúmeras sugestões ao anteprojeto enviadas, várias encareciam a necessidade do estabelecimento do antigo critério de escolha dos peritos, sob o fundamento de que o adotado não resguardava os interesses das partes.

O argumento seria verdadeiro — dizia o processualista se as conclusões do laudo pericial fossem vinculativas para o juiz, hipótese que o art. 258 afastou expressamente, ao estabelecer que «o juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia».

As partes poderão, assim, com proveito, contraminar as razões em que se funda o laudo pericial: demonstrar a irrelevância das premissas em que o perito judicial baseia as suas conclusões; oferecer provas contrárias às informações constantes do laudo; refutá-lo, em suma, da maneira mais cabal e com a mais ampla liberdade. Se, para essa tarefa, o advogado não dispõe de conhecimentos especializados, a lei lhe permite

a assistência de um técnico, que poderá acompanhar as diligências do perito e impugnar as conclusões a que chegar, servindo-se dos mesmos meios de investigação (art. 132 e § único).

O que o Código fez, ainda aqui, foi, mantendo-se fiel ao princípio da lealdade no processo de cognição, reintegrar o perito judicial na sua função de delegado do órgão judicante, a quem deve preocupar apenas a verdade, ao mesmo tempo que situou os antigos peritos das partes na sua verdadeira posição de assistentes técnicos.

«Se foi um erro do legislador» — dizia, concluindo, Pedro Batista Martins — «só a experiência o poderá dizer: mas, o que é incontestável é que o prestígio do exame pericial há de aumentar com a aplicação das novas regras saneadoras»

ATALIBA VIANA, em interessante trabalho de crítica ao novo Código, louvo a inovação (7).

ESPÍNOLA, ao comentar o Código de Processo da Bahia, ante disso já se pronunciara favoravelmente (8).

CARVALHO SANTOS também aplaudiu a nova posição (9).

MOACYR AMARAL SANTOS, à época Advogado militante, considerava o sistema do Código «o mais lógico e razoável» (10).

Tecendo considerações sôbre o mau critério dos juizes na escolha dos peritos, sem embargo concluía:

«ao invés de procurar sanar os defeitos resultantes da falta de critério das preferências dos magistrados, problema de difícil mas não impossível solução, o legislador deliberou cortar o mal pela raiz. Entregou às partes a escolha dos peritos. Voltou, de uma vez, para o sistema tradicional» (11).

Mas o cuidadoso recrutamento dos juizes será sempre o melhor critério para superação de problemas, inclusive de ordem moral, que certos textos de lei possam suscitar. E quanto aos quadros já existentes, se são maus, nem porisso uma boa lei deve ser desprezada, sem a necessária experiência.

III-B

Importa verificar agora se a experiência subsequente aprovou o retorno ao antigo sistema (o das Ordenações e Códigos Estaduais).

Além da palavra segura de MOACYR AMARAL SANTOS, a verberar essa revivescência, LUIS MACHADO GUIMARAES, em conferência pronunciada no Clube dos Advogados, assim falou:

«Restaurou-se a veia e condenada praxe dos louvados que não chegam a ser peritos, porque são peritos das partes, ainda que adstritos à assinatura de um compromisso o que constitui, na expressão de CARNELUTTI, «um pecado de hipocrisia» (12).

Lembrando, a seguir, a crítica de PAULA BATISTA (13) ao sistema antigo, acrescentou:

«As regras, que disciplinam a perícia judicial, dispostas pelo decreto-lei de 1946, além de violarem o princípio de autoridade, ferem também gravemente os princípios da concentração processual e da imediatidade. Com efeito, só após a realização da diligência e de apresentados os laudos, poderá o juiz verificar se existe divergência, a fim de nomear o desempatador. Serão necessários, neste caso, novos prazos para intimação e para a assinatura do compromisso do terceiro perito, bem como para a realização da segunda diligência, a fim de nomear o desempatador.»

Em sentença publicada na «Revista dos Tribunais» (volume 166, págs. 364-383), o então Juiz, hoje Desembargador aposentado, JUÁREZ BEZERRA (14), aludindo ao direito francês, trouxe a censura de DALLOZ:

«Sente-se quão defeituoso era esse sistema, pois tendia a fazer de cada perito o homem de sua parte e quase sempre ocasionava o retorno ao juiz comissário para a nomeação do terceiro». (15)

Referindo-se ao texto original do Código Brasileiro aduziu o juiz:

A escolha de peritos pelo juiz consoa com a concepção autoritária do processo, fixada no Cod. Brasileiro e pela qual a administração da justiça é subtraída dos litigantes e entregue à orientação do julgador.

Atenta a feição publicística do processo, cabe a direção dêle ao juiz.

O novo método de escolha de peritos causa um largo hiato na atividade processual. Entre o despacho saneador e a audiência de instrução e julgamento, medeia grande espaço.

A longa distância entre a data do despacho saneador e a da realização da audiência de instrução e julgamento força o juiz à atenta revisão dos autos, pois já se lhe escaparam as primeiras impressões colhidas acerca dos fatos.

Aliás, com a nomeação de desempatador, o juiz deve examinar cuidadosamente os autos, em três ocasiões distintas: a primeira, ao proferir o despacho saneador; a segunda, ao nomear o terceiro perito; e a terceira, ao efetuar-se a audiência de instrução e julgamento.

Esse desperdício de tempo e de atividades, indubitavelmente, enfraquece o princípio da concentração processual.

Citando LESSONA, que também propende para o sistema de confiar-se, sempre e exclusivamente ao juiz, a escolha do perito (16), conclui o prolator da sentença:

«Esse, aliás, é o único sistema compatível com o conceito publicístico do nosso C.P.C.» (17).

IV — DO DIREITO CONSTITUENDO

Já vimos nos itens anteriores que no Brasil foi desalentadora a experiência de peritos indicados pelas partes.

E a prática diuturna da judicatura reforça cada vez mais nossa convicção nesse sentido.

Se assim é, para que prestigiar o perito da parte?

Importa notar que a nomeação de peritos indicados pelos demandantes, sobre estabelecer um grande hiato entre o despacho saneador e a audiência final, gera duplicação do serviço cartorário de notificações para tomada de compromissos, para manifestação da parte sobre a indicação da outra, para cientificação relativa aos quesitos, inclusive suplementares, para notificação à devolução de autos, para comparecimento em audiência e os sempre necessários e sempre malfadados esclarecimentos, que nunca esclarecem. Quando não concorre para as repetidas e maliciosas substituições, sempre requeridas sob a invocação do direito de defesa. Quando não concorre para os sucessivos adiamentos, obtidos com incrível «habilidade» profissional, para desespêro do outro contendor.

E a isso tudo assiste o juiz, ou impassível, colaborando para as protelações infundáveis, ou reagindo drasticamente, quando corre o risco de ver um agravo no auto do processo provido, a retardar ainda mais o julgamento da causa.

No anteprojeto, segundo nos parece, o Professor BUZAID (18) não conseguiu ocultar o descrédito em que êle próprio há-de ter o perito da parte. Tanto que confiou ao Juiz especiais medidas para vigiá-lo. E até criou uma audiência especial (não a de instrução e julgamento) para conhecer as razões da divergência entre os louvados (art. 469).

Audiência que tomará um lugar na pauta e alongará ainda mais o curso do processo. E, além disso, «data venia» sem qualquer utilidade, pois o Juiz dificilmente conseguirá entre dois peritos sérios convencer um dêles de que está confuso ou errado. Que dizer, então, dentre os menos sérios?

Preconiza-se, pois, o retorno ao sistema do Código de Processo Civil, em seu texto original. Que riscos haverá nessa volta?

V — RISCOS

Dir-se-á que o mundo caminha para a frente. E um retrocesso é sempre criticável. Mas retrocesso maior foi aquele que deu ao tratamento da prova pericial o mesmo que lhe davam as antiqüíssimas Ordenações do Reino.

De resto, se a experiência não foi suficientemente vivida, não se deve, de pronto, desprezar uma idéia, boa na essência e perfeitamente praticável na vida forense. E se, apesar disso, como no caso, foi desprezada, nada custa a ela voltar com outro empenho e outra vivência.

Cumpré notar que, nos países em que o sistema aqui preconizado vem sendo seguido, nenhuma notícia se tem de sua maleficência.

ROSENBERG⁽¹⁹⁾ e LENT⁽²⁰⁾, tratando especificamente da prova pericial assim considerada no direito processual alemão não mencionam sequer de passagem qualquer deficiência do sistema.

CARNELUTTI⁽²¹⁾ e REDENTI⁽²²⁾, cuidando do mesmo tema, no direito processual italiano, igualmente não fazem qualquer referência a respeito. Ao contrário, encaram com perfeita naturalidade o critério de nomeação do perito pelo Juiz e de indicação de assistentes técnicos, como verdadeiros defensores de interesses das partes.

Ademais, além da experiência já vivida, ao tempo em que esteve em vigor o texto original do C.P.C., em tema de perícia, outros dispositivos do direito brasileiro assim o trataram (arbitramento em ação possessória decorrente de resilição de contrato de venda e compra com reserva de domínio, art. 344 § 1.º; nomeação de agrimensor, peritos e suplentes em ação divisória ou demarcatória, art. 423; nomeação de perito pelo Juiz para exame de mulher grávida que pretenda garantir direitos do filho nascituro, art. 739; nomeação de médicos para exame de interditando, art. 607; nomeação de peritos em casos de avaria de navio ou carga, art. 762; nomeação de avaliador em inventários e arrolamentos, art. 487, § 2.º; nomeação de avaliador em processos de extinção de usufruto e de fideicomisso, art. 552, § 3.º; nomeação de avaliador em caso de colação, art. 488, § 2.º; nomeação de avaliador de bens arrecadados em herança jacente, art. 564; avaliação de bens de raiz para venda, art. 567, § 1.º; avaliação de bens achados, art. 591; avaliação de bens inalienáveis para efeito de subrogação de vínculo, art. 630; avaliação de bens dotais, no caso de venda ou oneração, art. 639; avaliação de imóvel sobre que

incida hipoteca legal, arts. 698, 700, n.º II e 701, § 2.º; avaliação em venda judicial, art. 704; avaliação de bens penhorados, art. 957 e 962; avaliação de obra ou serviço prestável por terceiro, em execução de obrigação de fazer, art. 1.000; avaliação na lei dos executivos fiscais; avaliação nas execuções por duplicatas etc.; e o critério do perito único, fiscalizado por assistentes técnicos das partes, tem dado bons resultados nas ações expropriatórias).

E nem porisso se tem conhecimento de que em processos que tais o perito ou peritos nomeados pelo Juiz tenham cometido aberrações ou desservido à Justiça em grau maior do que o atual terceiro desempatador, pois um e outro trabalham, via de regra, com isenção de ânimo e sob fiscalização dos interessados e do magistrado.

As falhas, que se observam, decorrem não propriamente do sistema de escolha, mas do critério do juiz ao fazê-la.

Contudo, o mau critério do juiz é sempre pernicioso, não só na escolha de peritos, mas, desde o despacho liminar até a última decisão.

A crer-se na regra de juizes sem critério, por terra haveriam de cair a tranqüilidade e a segurança de toda a população.

E a experiência demonstra que juizes sem critério constituem exceção, que não pode ser evitada em sistema algum e em qualquer atividade humana.

Em suma: deve-se confiar no critério do juiz com peritos por ele nomeados, cuja atuação fique sob fiscalização dele próprio e de assistentes técnicos das partes.

VI — ALGUMAS ALTERAÇÕES NO TEXTO PRIMITIVO

O retorno ao texto primitivo impõe, todavia, em face da experiência haurida no dia a dia, algumas alterações.

Assim é que o compromisso do perito já não tem razão de ser. O Código Penal o ameaça com reclusão. Tem, pois, perfeita noção de responsabilidade, ao aceitar a nomeação.

Os assistentes técnicos, verdadeiros consultores e assessores das partes, também estarão desobrigados do compromisso, porque, como tais, apenas se vinculam ao Código de Ética (escrito ou não) de sua profissão ou ofício; já que não são auxiliares da Justiça, não são peritos, não podem falsear perícia.

E como, a rigor, não funcionam no feito, não poderão retirar os autos de cartório, a menos que o parecer gire sobre peças do processo. E o farão mediante carga pessoal, por curto prazo, com a obrigação de entregar seus pareceres com antecedência mínima em relação à audiência final.

O perito judicial, como verdadeiro auxiliar da justiça, poderá retirar os autos, em qualquer perícia e, dada a responsabilidade maior, terá prazo razoável para o laudo.

Ao Juiz sempre se reservarão medidas tendentes a combater o dolo, a malícia e a ineficiência dos peritos; quanto aos assistentes somente no plano ético-disciplinar.

VII — CONCLUSÕES

1.ª) -- preconiza-se a volta, no direito constituindo, ao texto original do C.P.C., no tratamento da prova pericial, com perito único nomeado pelo juiz e assistentes técnicos escolhidos pelas partes, observadas, porém, as alterações seguintes:

2.ª) -- o perito estará dispensado de compromisso, porque não pode ignorar lei que comina pena aos autores de falsa perícia (art. 342 do Código Penal);

3.ª) -- os assistentes técnicos não prestarão compromisso, pelo mesmo motivo e sobretudo porque não são auxiliares da justiça, mas consultores das partes, estando sujeitos apenas ao respectivo Código de Ética;

4.ª) -- os assistentes técnicos só poderão retirar os autos de cartório quando a prova pericial girar em torno de peças do processo; e o farão com um prazo de três dias, para cada um, pela ordem, que correrá a partir da data em que as partes forem intimadas da juntada do laudo do perito judicial aos autos;

5.ª) -- os pareceres dos assistentes técnicos só poderão ser juntos aos autos, quando apresentados até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento;

6.ª) -- o perito do juiz retirará os autos por 10 dias, prorrogável por mais dez, a critério daquele;

7.ª) -- sempre que constatar dolo ou malícia do assistente, o Juiz fará comunicação ao órgão a que se filiar; quanto ao «expert» judicial adotar também providências cabíveis por falsa perícia.

O retorno, com tais modificações, segundo nos parece, contribuirá para moralizar o trabalho de peritos e assistentes técnicos, para valorizar os serviços dos melhores profissionais, para apressar o andamento da causa, para diminuir os gastos (pois a indicação de assistente é facultativa), atendidos os princípios de economia, de concentração e de celeridade processual e observados os rumos definitivamente publicísticos do direito procedimental, tudo sem prejuízo da maior eficiência na pesquisa da verdade tão ansiosamente perseguida nos Tribunais.

BIBLIOGRAFIA

1. GABRIEL DE REZENDE FILHO -- «Direito Processual Civil», Saraiva, 1955, vol. 2, § 729, pág. 296.
2. MOACYR AMARAL SANTOS -- «Prova Judiciária no Civil e Comercial», Max Limonad, 1955, vol. V, § 125, pág. 241.
3. MAYNZ -- «Cours de Droit Romain», 5.ª ed., Bruxelles, Typ. Bruylant-Christophe & Cie., 1891, § 68, p. 571.
4. JUAREZ BEZERRA -- sentença «in» «Revista dos Tribunais», vol. 166, págs. 364-383.
5. MOACYR AMARAL SANTOS -- «op. loc. cit.», n.º 126, pág. 215.
6. PEDRO BATISTA MARTINS -- «Comentários ao C.P.C.», Forense, 2.ª ed., 1960, vol. II, § 58, págs. 88 e 89.
7. ATALIBA VIANA -- «Inovações e Obscuridades do C.P.C.», 1940, pág. 567.
8. ESPINOLA -- «Código de Processo da Bahia, Anotado», nota 330 ao art. 247.
9. CARVALHO SANTOS -- «C.P.C. Interpretado», Ed. Freitas Bastos, 1958, vol. II, art. 129, n.º 4, pág. 177.
10. MOACYR AMARAL SANTOS -- «op. loc. cit.», § 133, pág. 227.
11. MOACYR AMARAL SANTOS -- «op. loc. cit.», § 133, pág. 228.
12. LUIS MACHADO GUIMARAES -- Conferência no Clube dos Advogados, «apud» Eliézer Rosa, «Dicionário de Processo Civil», Ed. Direito, Rio, 1957, verbete «Peritos», págs. 285 e 287.
13. PAULA BATISTA -- «apud» Luiz Machado Guimarães, «op. loc. cit.».
14. JUAREZ BEZERRA -- sentença «Revista dos Tribunais», volume 166, pág. 367.
15. DALLOZ -- «Repertoire Méthodique et Alphabetique de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence, 1852, pág. 199.
16. LESSONA -- «Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Civile Italiano, Prova Testimoniale — Perizia», Firenze, Casa Ed. Libreria Fratelli Camelli, 1899, n.º 447, p. 472.
17. JUAREZ BEZERRA -- «op. loc. cit.», pág. 381.
18. ALFREDO BUZAID -- Anteprojeto do C.P.C.
19. ROSENBERG -- «Tratado de Derecho Procesal Civil» -- Ed. Juridicas Europa-America-Buenos Aires -- 1955 -- tomo II, § 120, n.º 2, pág. 265.
20. LENT -- «Trattato Del Processo Civile» -- diretto da Francesco Carneutti -- Diritto Processuale Civile Tedesco, Morano Ed., 1959, § 54, n.º II, «1», pág. 217.
21. CARNELUTTI -- «Istituzioni Del Processo Civile Italiano» -- Soc. Ed. Del «Foro Italiano», Roma, 1956, vol. I, §§ 108 e 109, págs. 106 e 107; § 120, págs. 117 e 118.
22. REDENTI -- «Diritto Processuale Civile», Dott. A. Giuffré Editore, 1957, Milano, vol. II, § 114, ns. II, III, IV, págs. 200-204.