

O custeio da prova pericial como fator de limitação do acesso à Justiça: gratuidade de justiça e ações coletivas¹

Adriano Erdei Braga Tavares

¹ Trabalho originalmente apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolvida sob orientação do Professor Doutor Heitor Vitor Mendonça Sica, aprovada em 2014 pela banca composta pelo orientador e pela Professora Daniela Monteiro Gabbay.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a questão do pagamento dos honorários periciais em duas situações: quando o ônus do pagamento recai sobre o litigante com gratuidade de justiça; e no caso das ações coletivas. Veremos que em ambos os casos o problema na realização da prova pericial se mostra como um fator de limitação do acesso à Justiça, principalmente em decorrência do tempo dispendido.

O cerne da questão está na circunstância de que as legislações específicas isentaram determinados litigantes do pagamento dessas despesas, mas não determinaram a quem caberia custeá-las. Além disso, por outro lado, o Estado aparece com recursos limitados e impossibilitado, ao menos em teoria, de arcar com esse ônus.

Para uma análise mais completa, utilizaremos diversos meios complementares de levantamento de dados. De início, faremos uma análise doutrinária das disposições conceituais relativas às duas questões abordadas. Posteriormente, analisaremos a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça de três estados: São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Analisaremos, ainda, casos que retratam as situações estudadas (três casos sobre gratuidade de justiça e um caso de ação coletiva). Finalizando a coleta de dados, apresentaremos as entrevistas com profissionais que atuam diretamente com os pontos abordados pela pesquisa.

Por fim, com o intuito de sintetizar as informações coletadas e tentar de alguma maneira colaborar com o debate, analisaremos algumas propostas de aprimoramento do sistema.

Palavras-chave: acesso à Justiça; prova pericial; honorários periciais; gratuidade de justiça; ações coletivas.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Metodologia e estrutura de apresentação do trabalho	7
3. Premissas teóricas	9
3.1. Premissas teóricas gerais	9
3.1.1. O sentido da expressão <i>acesso à Justiça</i>	10
3.1.2. O acesso à Justiça e as demandas individuais e coletivas	12
3.1.3. Fatores de limitação do acesso à Justiça e a adequada tutela jurisdicional	13
3.1.4. Princípios constitucionais	15
3.1.4.1. Garantia ao contraditório e à ampla defesa	16
3.1.4.2. Garantia da amplitude probatória	18
3.1.5. Aspectos gerais da prova no processo civil	19
3.1.6. A prova pericial	21
3.1.7. Definição de despesas processuais	26
3.2. Premissas teóricas das ações individuais	27
3.2.1. Garantia à assistência jurídica ampla e gratuita	27
3.2.2. Conceitos de gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica gratuitas	28
3.2.3. Conceito de hipossuficiência econômica	29
3.2.4. A questão do pagamento da prova pericial em casos de gratuidade de justiça	30
3.3. Premissas teóricas das ações coletivas	32
3.3.1. Noções sobre as principais ações coletivas	32
3.3.2. Dinâmica do pagamento das perícias em ações coletivas	34
3.3.3. Os fundos de reparação dos direitos difusos	35
4. Ações individuais com gratuidade de justiça	37
4.1. Análise das legislações estaduais e da jurisprudência	38
4.1.1. Jurisprudência dos Tribunais Superiores	39
4.1.2. Resolução n.º 127 do Conselho Superior de Justiça	41
4.1.3. Legislação e jurisprudência do Estado de São Paulo	42

5.1.4. Legislação e jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro	56
4.1.5. Legislação e jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul	61
4.2. Apresentação das entrevistas – Ações individuais	66
4.3. Análise dos casos	77
4.3.1. Primeiro caso	77
4.3.2. Segundo caso	80
4.3.3. Terceiro caso	86
4.3.4. Conclusão parcial	96
5. Ações coletivas	99
5.1. Análise da jurisprudência	100
5.1.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	100
5.1.2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	101
5.1.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo	104
5.1.4. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	109
5.1.5. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	111
5.1.6. Conclusão parcial: do equivocado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça	111
5.2. Apresentação das entrevistas – Ações coletivas	114
5.3. Apresentação do caso	122
6. Análise de viabilidade das propostas	124
6.1. Proposta de parcelamento	125
6.2. Proposta de criação de um cadastro unificado de peritos	126
6.3. Proposta de restrição da concessão de gratuidade de justiça	127
6.4. Proposta de modificação das tabelas de pagamento de honorários	130
6.5. Proposta de convênio com órgãos públicos	132
6.6. Proposta de criação de um corpo de peritos	134
6.7. Proposta de utilização do CAEx para a realização das perícias	135
6.8. Propostas de alterações legislativas	136
6.8.1. Primeira proposta de alteração legislativa: exclusão do Ministério Público da isenção dos artigos 17 e 18 da Lei de Ação Civil Pública	136
6.8.2. Segunda proposta de alteração legislativa: utilização dos recursos dos Fundos Especiais	137

6.8.3. Terceira proposta de alteração legislativa: criação de fundos específicos para o custeio da prova pericial em ações coletivas.....	139
6.9. Conclusões parciais.....	140
7. Conclusão	140
8. Bibliografia.....	142
ANEXO I – Dados da pesquisa	145
ANEXO II – Respostas das entrevistas	151

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é a análise da questão do pagamento dos custos da perícia processual como fator de limitação ilegítima do acesso à Justiça. Nesse sentido, serão estudadas duas situações: os honorários periciais em ações individuais, especificamente os casos de gratuidade de justiça; e os honorários periciais nas chamadas ações coletivas.

O perito judicial desenvolve um trabalho essencial, especificamente nos casos em que são necessários conhecimentos técnicos específicos que extrapolam a *expertise* do magistrado. Principalmente hoje, em um contexto de grande avanço tecnológico e especialização das áreas do conhecimento humano, o seu trabalho mostra-se de grande importância para o alcance da efetiva prestação jurisdicional. Destaque-se, desse modo, a influência que o serviço prestado por esse profissional exerce sobre o julgamento do juiz.

Apesar da inegável importância da prova pericial, observamos com frequência nas situações apresentadas uma grande dificuldade ou até impossibilidade de produção desse meio de prova, em decorrência de fatores econômicos. No caso de ações individuais nas quais o ônus do pagamento da prova pericial recai sobre o hipossuficiente, este não possui condições de arcar com os custos do serviço. Já no caso das ações coletivas, a omissão da lei, que será profundamente abordada na pesquisa, resulta muitas vezes na impossibilidade do juiz atribuir de forma direta o custo da prova a uma das partes, em decorrência da isenção de que goza, em geral, o autor de ações coletivas.

Destarte, a questão se mostra de extrema relevância, pois problemas relacionados à produção probatória influenciam de maneira direta o resultado de uma demanda, podendo significar uma ineficiente prestação de tutela jurisdicional e, conseqüentemente, uma barreira para um efetivo acesso à Justiça.

2. Metodologia e estrutura de apresentação do trabalho

Entendemos que a questão dos honorários periciais nas ações individuais na qual ônus do adiantamento recai sobre o hipossuficiente e nas ações coletivas possuem ligação. O primeiro motivo e mais evidente é que ambos os casos envolvem a produção dessa prova técnica. Além disso, conforme demonstraremos ao longo do trabalho, em ambas as situações o pagamento e, principalmente, o adiantamento dos honorários do perito são extremamente complicados. Nos dois casos, a expressa disposição legal acarreta problemas práticos para que o juiz imponha esse ônus a uma das partes (ou a um terceiro). Por fim, nas duas situações a questão dos honorários dificulta o desenvolvimento do processo, resultando em uma grande barreira ao acesso à Justiça.

Levando-se em consideração essas semelhanças, iniciaremos o trabalho com a exposição de conceitos teóricos que são aplicáveis a ambos, como o acesso à Justiça, a função e a dinâmica da prova pericial, entre outros. Destacamos que com a finalidade de evitar o alongamento desnecessário da presente exposição, não traremos um aprofundamento das questões teóricas gerais. Nossa intenção é somente assentar os conceitos teóricos que serão necessários para uma análise completa das situações selecionadas. Por esse motivo, intitulamos o capítulo 3 de *premissas teóricas*, demonstrando nossa escolha por apenas expor as bases teóricas que serão posteriormente utilizadas.

Ainda no capítulo 3, abordaremos alguns conceitos específicos de cada situação, iniciando pelos das ações individuais, abreviação que será utilizada para contrapor a situação das ações coletivas. No final do mencionado capítulo traremos as bases teóricas específicas das ações coletivas.

Optamos por utilizar meios diversos de coleta de informações, visando enfocar as questões sobre diversos ângulos complementares. Assim, decidimos por utilizar além da pesquisa doutrinária, o levantamento jurisprudencial, a análise de casos e a entrevista com atores diretamente ligados com as questões. Destacamos que a nossa intenção foi realizar um levantamento qualitativo e não quantitativo de informações.

Nesse sentido, não nos preocupamos em levantar, por exemplo, todos os julgados sobre as questões, mas sim em coletar o maior número de informações. Por isso, decidimos por analisar as situações em três Estados distintos: São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Essa diversificação possibilitou a comparação dos sucessos e insucessos de cada localidade.

A estrutura da apresentação dos resultados ficou estabelecida da seguinte forma: no capítulo 4 traremos todos os resultados dos meios de pesquisa em relação às ações individuais; e no capítulo 5 apresentaremos os resultados relacionados às ações coletivas. Apesar de serem os mesmo meios de pesquisa, existem algumas diferenças nas duas situações.

Observamos que a questão do pagamento e adiantamento dos honorários nas perícias requisitadas pelos hipossuficientes possui regulamentação específica em cada um dos estados analisados. Por esse motivo, no capítulo 4 além da análise da jurisprudência traremos conjuntamente a exposição e análise das legislações locais.

Além disso, nas ações individuais, optamos por analisar 3 casos coletados junto ao Departamento Jurídico XI de Agosto, entidade que presta assistência jurídica gratuita em São Paulo. Ressaltamos que a análise dos casos, que foram selecionados aleatoriamente, permite uma compreensão do impacto que as questões analisadas acarretam no desenvolvimento do processo. A intenção é de mera exemplificação, sem qualquer pretensão de generalizar os resultados obtidos.

Em relação à pesquisa dos atores na parte das ações individuais, pudemos contar com a participação de peritos, magistrados e promotores de justiça. Para evitar o alongamento do presente capítulo, as informações como questões formuladas, quantidade de participantes e período de realização das pesquisas estão dispostas no Anexo II do presente trabalho, junto com as informações relativas à pesquisa de jurisprudência (quantidade, período etc.).

Já no capítulo 5, reservado para a apresentação dos resultados das pesquisas feitas no âmbito das ações coletivas, destacamos que por não haver disposições legais específicas nos diferentes estados, apresentaremos somente a jurisprudência local. Além disso,

diferentemente das ações individuais, analisaremos somente uma ação coletiva. Isso porque, em regra, as ações coletivas possuem diversos volumes de autos e trazem uma maior complexidade processual. Por fim, na parte das ações coletivas entrevistamos peritos, magistrados, promotores de justiça e procuradores do Estado. Como dito, as informações sobre esse levantamento estão disponíveis no Anexo II.

Na sequência do trabalho, no capítulo 6, realizaremos uma análise da viabilidade de algumas propostas de solução retiradas da análise dos dados e das que decorreram do estudo das situações.

Ao final, no capítulo 7, traremos nossas conclusões gerais sobre o tema, englobando as duas situações analisadas.

3. Premissas teóricas

Como exposto no capítulo anterior, convictos da existência de um ponto comum entre as duas questões abordadas, o presente capítulo foi dividido essencialmente em três partes: premissas teóricas gerais, ou seja, que valem tanto para as questões individuais e coletivas; premissas teóricas que dizem respeito somente ao ponto das ações individuais; e, por fim, premissas teóricas que são essencialmente do ponto das ações coletivas.

3.1. Premissas teóricas gerais

Passaremos a analisar, então, as premissas teóricas consideradas gerais. Nesse sentido, iniciaremos com o instituto que é o fio condutor do nosso trabalho, ou seja, o acesso à Justiça.

3.1.1. O sentido da expressão *acesso à Justiça*

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente difícil de ser definida.² Mais difícil ainda é iniciar qualquer consideração sobre esse assunto sem recorrer aos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que em sua obra “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*”, analisam os dados obtidos do chamado “*Florence Project Access-to-Justice Project*” e lançam muitas das bases teóricas sobre o tema.

Citados por uma grande quantidade de autores que se dedicam ao tema, mesmo que de maneira indireta, Cappelletti e Garth iniciam sua obra afirmando que a expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.³

Assim como os autores na mencionada obra, a grande maioria dos estudiosos do processo civil somente analisa a questão sob o enfoque do acesso igualitário ao sistema, deixando de lado o interessantíssimo ponto sobre a justiça dos resultados obtidos a partir do ingresso ao sistema. Do mesmo modo, o presente estudo tratará somente da questão do acesso através das demandas individuais e coletivas.

Antes, contudo, é necessário fixar em qual sentido usaremos a expressão acesso à Justiça. Dentro do cotidiano do universo jurídico a palavra *justiça* normalmente é relacionada ao Poder Judiciário, de modo que a expressão *acesso à Justiça* é frequentemente utilizada no sentido de *acesso ao Poder Judiciário* ou *acesso aos Tribunais*. Porém, a palavra *justiça*, em uma acepção mais abrangente, engloba outros meios de soluções de controvérsias além do Poder Judiciário, como os meios alternativos (ou adequados) de solução de conflitos. Assim, nessa acepção, *acesso à Justiça* não seria somente o acesso ao Judiciário, mas compreenderia, também, todos os métodos e meios pelos quais o cidadão tem os seus conflitos solucionados.

Nessa perspectiva, podemos diferenciar dois sentidos distintos da expressão acesso à Justiça: o primeiro ligado à perspectiva de acesso ao judiciário, ao qual nomeamos

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

³ Idem nota supra.

conceito restrito; já o segundo relacionado à concepção de acesso à Justiça que não se resume aos tribunais, ao qual denominamos, em contrapartida, de *conceito amplo*.⁴ Importante destacar que normalmente os autores não esclarecem em qual sentido estão utilizando a expressão, o que resulta em imprecisões e problemas na formação das ideias.

Vale destacar que os autores que adotam a expressão no sentido do *conceito restrito* normalmente o fazem em decorrência da leitura do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.⁵ Está consolidado na doutrina que esse inciso é a positivação do conceito de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o chamado princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* é utilizado como um equivalente para o termo acesso à Justiça. Nesse sentido, diz Dinamarco que este se refere à “*proibição de excluir da apreciação judiciária as queixas por lesão ou ameaças a direitos (...)*”.⁶ Na mesma linha, Nelson Nery Junior entende que a inafastabilidade do controle jurisdicional significa que o indivíduo tem acesso à Justiça, na medida em que puder postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória em relação a um determinado direito.⁷ Perceba-se que, a partir da leitura do mandamento constitucional, os autores passam a limitar a abrangência da expressão *acesso à Justiça*, reservando sua empregabilidade às situações em que o Poder Judiciário é instado a solucionar um conflito.

Já o segundo grupo de autores, nos quais se destacam Cappelletti e Garth, utiliza a expressão no seu sentido amplo. Nessa acepção a expressão não se resume à atuação do Poder Judiciário na resolução do conflito, mas abarca todo e qualquer meio ou método que possibilite a solução de uma controvérsia. Reforçando essa ideia, no ponto do livro *um novo enfoque de acesso à Justiça*, é dito textualmente pelos autores que a reformulação dos ordenamentos jurídicos visando o acesso à Justiça não se resumiria à atuação em juízo, compreendendo também métodos extrajudiciais e modos de prevenir a disputa nas

⁴ Denominação baseada na classificação feita por Cappelletti e Garth, que utilizam a expressão “*concepção mais ampla de acesso à justiça*” (CAPPELLETTI; GARTH, Acesso à justiça..., p.67).

⁵ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V.1. São Paulo: Malheiros, 2010., p. 112.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009 p. 132.

sociedades.⁸ Por tanto, fica claro que para os autores a expressão engloba todos os métodos de solução de conflitos e os meios que tentem prevenir as disputas.

Importante destacar que, dentro dessa classificação adotada a respeito da expressão acesso à Justiça, não há uma definição que possa ser considerada como correta e outra como errada. Trata-se somente de utilizações distintas de um mesmo termo, havendo a necessidade de que se esclareça em qual o sentido está sendo empregado. Para a sequência do estudo, tendo em vista que este se foca na utilização do aparelho judiciário para a resolução dos conflitos, entendemos ser melhor o uso da expressão na sua acepção mais dogmática, no *conceito restrito* do termo. Assim, a partir desse momento, utilizaremos a expressão *acesso à Justiça* principalmente como sinônimo do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (assim como positivado na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXV), mesmo cientes de que o *acesso ao judiciário* não é a única forma de *acesso à Justiça*.

3.1.2. O acesso à Justiça e as demandas individuais e coletivas

Seguindo o exposto no item anterior destacaremos agora a relação entre o acesso à Justiça e as demandas individuais e coletivas. Sobre as demandas individuais a relação é direta: a propositura de uma demanda é a forma mais tradicional e conhecida de acesso à Justiça. O ajuizamento de uma ação é a utilização do método de solução de conflito estabelecido pelo Estado, que permite, através da atuação deste, que o cidadão tenha o seu direito reconhecido e tutelado.

Já as ações coletivas, assim como amplamente reconhecido, surgiram para possibilitar a tutela de direitos e interesses⁹ que não podiam ser tutelados de forma eficiente

⁸ “O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. (CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça...*, p. 67/68).

⁹ Sobre a distinção entre interesses e direitos adotamos a postura defendida por Cássio Scarpinella que afirma: “É importante destacar, desde logo, que a dicotomia ‘direitos’ e ‘interesses’ não apresenta a menor relevância para o momento de exposição. Ambas as palavras devem ser compreendidas - e é esta a segura orientação da

pelas demandas individuais. Desse modo, assim como reconhecido por Cappelletti e Garth, um dos principais problemas em relação aos direitos difusos era a questão da legitimidade, ou seja, de quem poderia pleitear a defesa desses direitos.¹⁰

Dessa forma, a evolução do estudo do processo civil, que culminou na chamada fase instrumentalista¹¹, possibilitou que os estudiosos do processo percebessem que para a adequada tutela dos interesses difusos eram necessários mecanismos que se adequassem ao tipo de direito material.¹² Nesse sentido, começou-se a desenvolver o estudo das chamadas ações coletivas, buscando equacionar questões como a da legitimidade, coisa julgada, dentre outras.

Simples reconhecer que as ações coletivas possuem forte relação com a questão do acesso à Justiça na medida em que são os meios adequados para a tutela de direitos que dizem respeito a toda uma coletividade e que não poderiam ser tutelados por meio de ações individuais. Tal a importância do tema que mereceu por parte da obra clássica de Cappelletti e Garth especial atenção, quando da análise da chamada segunda onda de acesso à justiça.¹³

Destarte, identifica-se a utilização do processo coletivo como um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, destacando-se ainda como forma de atuação do povo – acesso popular –, com a possibilidade de influir em decisões ou questões fundamentais do Estado.¹⁴

3.1.3. Fatores de limitação do acesso à Justiça e a adequada tutela jurisdicional

doutrina (assim, v.g., a lição de Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p.718) - como sinônimas, indicando, tanto uma como a outra, afirmações de situações de vantagem no plano material que justificam, caso confirmadas, a prestação de tutela jurisdicional”.

¹⁰ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça...*, p. 26

¹¹ Sobre a evolução do estudo do direito processual, ver LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 17 a 22

¹² Nesse sentido: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 19 e LEONEL, *Manual...* p. 25.

¹³ Sobre a segunda onda de acesso à Justiça ver: CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça...*, p. 49 e seguintes.

¹⁴ Ideia de influência da população sobre questões do Estado defendida por Ricardo Leonel: “(...) *Fica relativizada a célebre distinção entre os poderes do Estado, conferindo-se maior âmbito de atuação ao Judiciário, limitando-se a própria discricionariedade da administração, trazendo assim, ao acesso popular – por meio do exercício da jurisdição no processo coletivo –, a possibilidade de influir nas decisões ou opções fundamentais do Estado*”. LEONEL, pág 97

Existem diversos fatores de limitação ao acesso à Justiça do cidadão. Essa limitação pode-se dar em dois momentos distintos: fatores que limitam o ingresso ao Poder Judiciário, como a ignorância sobre seus próprios direitos; e fatores que limitam a capacidade de demonstrar o seu alegado direito, isto é, durante o desenvolvimento do procedimento.

Além disso, de maneira complementar, podemos identificar fatores de limitação que podem ser considerados como legítimos ou ilegítimos.¹⁵ Os fatores legítimos de limitação, segundo Dinamarco, constituem fator de racionalidade e realismo no sistema.¹⁶ Como exemplo, podemos pensar nas regras de competência que limitam a escolha do cidadão sobre onde demandar, ou então nas próprias condições da ação, que são requisitos que devem estar presentes numa demanda, sob pena de não se julgar o mérito da ação.

Contudo, o presente trabalho se propõe a analisar os fatores ilegítimos de limitação do acesso à Justiça. Em determinadas situações fatores econômicos, sociais, culturais, dentre outros, agem de modo a impedir que o cidadão pleiteie a tutela jurisdicional estatal para a solução do seu conflito. No caso, abordaremos os fatores ilegítimos de limitação que ocorrem durante o desenvolvimento do processo.

Em relação às demandas individuais, analisaremos como a ausência de recursos (limitação financeira) impede que a parte consiga provar da melhor maneira possível a existência do seu direito. Na parte das ações coletivas, destacaremos como a dificuldade na imputação do ônus do pagamento da prova pericial a uma das partes atrasa e dificulta o prosseguimento do processo, impedindo uma atuação mais célere do Poder Judiciário.

Estabelecidas essas diretrizes, necessário expor o que entendemos por tutela jurisdicional adequada. Dinamarco identifica que a nossa Carta Magna estabeleceu diretrizes para que a atuação da jurisdição estatal se desse da forma mais irrestrita e efetiva, chamadas por ele de promessas constitucionais.¹⁷ Segundo o autor a promessa síntese do sistema é a do acesso à Justiça que, como visto, foi positivada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Como observa Nelson Nery Junior, a essência do princípio da inafastabilidade do

¹⁵ Classificação desenvolvida por Dinamarco em: DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p.115.

¹⁶ Idem nota supra.

¹⁷ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p.112/113.

controle jurisdicional consiste no direito que o jurisdicionado possui de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.¹⁸ Assim, por tutela jurisdicional adequada entendemos ser, na definição de Dinamarco, o processo que possui as três palavras chaves: qualidade, tempestividade e efetividade.¹⁹

Dessa forma, a tutela jurisdicional somente será adequada quando houver qualidade dos serviços jurisdicionais prestados, quando a tutela jurisdicional for tempestiva e, por fim, quando ela for efetiva, isto é, tiver plena capacidade de suprir as necessidades daquele litigante. Assim, se uma dessas qualidades estiver ausente, ou seja, se a tutela não for de qualidade, for intempestiva ou não possuir efetividade, não será adequada. Vale ressaltar, complementando a ideia de tutela jurisdicional adequada, a ideia de processo civil de resultados, a qual sustenta que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade que possui de propiciar, ao litigante que tiver razão, uma melhor situação do que aquela que se encontrava antes do processo.²⁰

Retornando, por fim, à ideia da inafastabilidade da tutela jurisdicional como promessa síntese do sistema, podemos destacar ainda o que foi denominado de *promessas instrumentais*.²¹ Estas garantias estariam previstas no sistema com a função de dar efetividade à promessa síntese. Entre todas essas garantias secundárias, destacaremos três que são essenciais para o desenvolvimento do presente trabalho e, por isso, serão abordadas abaixo. São elas: a garantia à assistência jurídica integral e gratuita, a garantia ao contraditório e à ampla defesa e, por fim, a garantia à ampla produção probatória.

3.1.4. Princípios constitucionais

Passamos a expor, neste ponto, os princípios constitucionais que dizem respeito tanto a questão das ações individuais quanto das ações coletivas. Destacaremos, então, os

¹⁸ NERY JÚNIOR, *Princípios do processo...*, p. 132.

¹⁹ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 117.

²⁰ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 111.

²¹ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 113/114

princípios da garantia ao contraditório e à ampla defesa e a garantia da amplitude de produção probatória.

3.1.4.1. Garantia ao contraditório e à ampla defesa

Podemos afirmar que a definição sobre a garantia ao contraditório e a garantia à ampla defesa ainda é uma tarefa difícil para a doutrina.²² Parte desta chega ao ponto de negar a existência de qualquer diferença entre as duas expressões.²³ A outra parte da doutrina que reconhece a diferença entre os conceitos encontra dificuldades para estabelecer uma definição precisa. Desse modo, os dois conceitos são normalmente abordados de forma conjunta, assim como fez a própria Constituição Federal no art. 5.º, inciso LV.²⁴

A garantia ao contraditório, em sua definição clássica que se aproxima muito da definição de processo como um procedimento em contraditório²⁵, determina a existência de duas ou mais partes e um juiz imparcial que esteja equidistante às partes.²⁶ Ainda nessa sistematização, da soma das parcialidades das partes, trazendo o autor a *tese* e o réu a *antítese*, resultaria a *síntese* que seria a decisão do magistrado.²⁷ Analisando essa visão sobre o conceito, podemos destacar a intenção da tentativa de igual tratamento às partes.²⁸

Ampliando essa noção clássica, a doutrina reconhece como um desdobramento do princípio do contraditório o que Dinamarco denominou de *dinâmica do pedir-alegar-*

²² Sobre o tema, conferir: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1. p. 36-38

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. Malheiros Editores, 2010. v. 1. p. 46

²⁴ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No mesmo sentido BEDAQUE, *Efetividade...*, v. 1. p.162.

²⁵ Sobre o tema, conferir: BRASIL JR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39 e seguintes.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

²⁷ Idem nota supra.

²⁸ NERY JÚNIOR, *Princípios do processo...*, p. 171.

*provar*²⁹. Essa expressão resume o mecanismo pelo qual o procedimento deve se desenvolver de modo a permitir que as partes, tanto o autor como o réu, tenham condições de pedir e alegar, sendo-lhes fraqueada a possibilidade de provar suas alegações. Contudo, deve-se destacar que a principal ideia que a doutrina relaciona ao contraditório é o denominado binômio *informação-reação*. Segundo este, deve a parte ser informada sobre todos os atos realizados pelos outros atores processuais, de forma que seja possibilitada a sua manifestação sobre eles. Dinamarco ainda destaca que o primeiro passo tem necessariamente ocorrer, sendo que o segundo ficará condicionado ao interesse da parte em reagir, exemplo simples da ideia de ônus processual.³⁰

Importante mencionar que a moderna doutrina reconhece que a garantia constitucional do contraditório também se dirige ao juiz, como um imperativo de sua função, como um dever a ser cumprido.³¹ Seguindo essa concepção, Heitor Sica identifica três modos principais pelos quais esse princípio se manifesta em relação ao juiz: (i) o seu poder de condução do processo, inspirado pelo princípio do impulso oficial; (ii) a possibilidade de requerimento de provas e; (iii) pelo “diálogo” entre juiz e as partes, de forma que é dever do primeiro propor à prévia dos segundos a solução de questões cognoscíveis de ofício.³²

Realizada essa breve síntese da noção do princípio do contraditório, passamos a analisar o princípio da ampla defesa. Entendemos que a melhor solução encontrada para diferenciá-lo da garantia do contraditório foi proposta por Nelson Nery Jr, como reconhecido por Heitor Sica.³³ Segundo Nery Jr, o direito à ampla defesa está contraposto ao direito de ação, sendo ambos regidos pelo princípio do contraditório. Assim, o contraditório consiste, conforme ideia expressa acima, em uma garantia destinada a ambas as partes, não somente ao réu. Ressalte-se que, como dito, o contraditório também se dirige ao juiz, porém não como uma garantia, mas sim como um dever.

²⁹ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 222/223.

³⁰ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 223. Sobre a noção de ônus, conferir: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 11/12 e 94/101.

³¹ DINAMARCO, *Instituições...* v.1, p. 226.

³² SICA, *O direito de defesa...*, v. 1. p. 38.

³³ SICA, *O direito de defesa...*, v. 1. p. 37.

Simple reconhecer a importância da análise desses conceitos para a execução da pesquisa. A impossibilidade ou dificuldade que um hipossuficiente econômico - na questão das ações individuais - tenha para pleitear a realização de uma prova pericial por falta de recursos é uma violação ao princípio do contraditório, principalmente sob a ideia expressa pelo binômio *informação-reação*. Consequentemente, uma vez que se prejudique a garantia do contraditório, prejudica-se o direito de ação do autor ou o direito à ampla defesa do réu, segundo definição adotada por nós para o seguimento do trabalho.

Do mesmo modo, no caso das ações coletivas, a impossibilidade ou a dificuldade em se realizar a prova pericial prejudica o direito de ação do autor legitimado que, no caso, está representando uma coletividade de pessoas. Assim, o prejuízo é potencializado, na medida em que o autor legitimado atua no interesse de muitos.

3.1.4.2. Garantia da amplitude probatória

Finalizando o estudo das garantias processuais constitucionais, passamos a estudar a garantia da amplitude de produção probatória. Essa garantia não está prevista textualmente na Constituição, tendo a expressão sido cunhada por Bedaque.³⁴ A garantia à produção probatória decorre de outros princípios, como o direito à ação, à ampla defesa e ao contraditório. Direito à ação que é, como afirma o autor, correspondente à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Lembrando o que foi dito, a inafastabilidade do controle jurisdicional está relacionada com o acesso à Justiça. Desse modo, podemos concluir que todos esses princípios ou garantias representam diferentes pontos de vista sobre um mesmo fenômeno.

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: José Rogério Cruz e Tucci. (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 151-189; No mesmo sentido, reconhecendo a existência de um direito à prova: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2, Tomo 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 283/284 e CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 19.

Em síntese, o que todos esses termos visam a assegurar é que o indivíduo possa pleitear os seus direitos ao órgão jurisdicional e que o Estado possibilite que ele possa se valer de todos os meios existentes para tanto.

Resgatando o que foi dito até agora, o direito à prova é uma decorrência dos direitos de ação e de defesa, pois não é suficiente que se garanta o ingresso do sujeito no judiciário, sendo necessário, também, que se coloque a sua disposição todos meios existentes. O direito à prova também decorre da garantia do contraditório e da ampla defesa, porque impõe que as partes sejam tratadas de maneira igual, o que pode ser sintetizado pela expressão paridade de armas.³⁵ Portanto, garantir que as partes possam produzir qualquer prova que lhes pareça necessária é dar efetividade ao direito à ação e, do mesmo modo, respeitar a garantia do contraditório e da ampla defesa.

3.1.5. Aspectos gerais da prova no processo civil

Considera-se como prova tudo aquilo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado.³⁶ Assim, tudo o que for trazido ao processo, seja pelo autor ou pelo réu, com a intenção de persuadir o magistrado a julgar a ação de uma determinada forma, pode ser considerado como prova. A prova ainda pode ser considerada como o meio pelo o qual pode o juiz tomar conhecimento sobre os fatos narrados pelas partes.

Considerando que as partes estão em juízo para tutelar os seus interesses, toda a narrativa por elas apresentada carrega uma carga valorativa própria.³⁷ Assim, na grande maioria dos casos, os fatos apresentados por uma parte serão distintos dos apresentados pela outra. Desse modo, cabe ao juiz, através da valoração das provas produzidas durante o processo, tentar reconstruir os fatos ocorridos para se convencer da verdade.³⁸ Construindo a

³⁵ BEDAQUE, *Garantia da Amplitude...*, v. 1, p. 179.

³⁶ BUENO, *Curso sistematizado...* v. 2, tomo 1, p. 275.

³⁷ MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 45.

³⁸ Como bem apresentado por Marinoni e Arenhart, tendo em vista que o juiz não presenciou os fatos trazidos ao processo, e que as afirmações feitas pelas partes guardam uma parcialidade inerente, é impossível que o julgador possa conhecer a verdade dos fatos (isso sem entrar na questão sobre a impossibilidade filosófica de

sua convicção sobre qual das partes tem razão, poderá o magistrado julgar o mérito da demanda.

Importante destacar que por expressa disposição do nosso ordenamento jurídico, em regra, à parte que alegar um determinado fato impõe-se a necessidade de prová-lo.³⁹ Portanto, levando-se em consideração o que foi dito a respeito dos princípios constitucionais do processo, a impossibilidade que uma parte tenha de provar o que alega faz com que as suas afirmações não sejam consideradas pelo juiz, de modo que a proteção do seu direito é sobremaneira prejudicada.⁴⁰ Por esse motivo que enfatizamos tanto a necessidade do Estado possibilitar às partes a utilização de todos os mecanismos processuais existentes.

Nessa sequência, cabe mencionar que o nosso ordenamento jurídico adotou como regra geral a chamada carga estática de distribuição do ônus da prova. Segundo disposição do artigo 333 do CPC, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, suspensivos e modificativos do direito do autor. Assim, a distribuição probatória já está previamente distribuída pela lei. Contudo, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que reconheceu o consumidor como vulnerável dentro da relação consumerista, trouxe novidades no tocante ao ônus da prova, mais especificamente o artigo 6º, inciso VIII⁴¹.

Segundo este artigo, havendo um dos requisitos como hipossuficiência técnica⁴² ou verossimilhança, o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova.⁴³ Invertido o ônus, caberá ao fornecedor produzir a prova dos fatos ou parte dos fatos⁴⁴ alegados pelo

reconstrução precisa de um fato e a impossibilidade de uma verdade única). Assim, estar convicto da verdade é ponto a ser alcançado pelo magistrado.

³⁹ Art. 333, do CPC. Vale destacar a existência de disposições específicas que alteram o ônus da prova.

⁴⁰ No mesmo sentido, CAMBI, *A prova civil...*, p. 19.

⁴¹ “VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

⁴² A doutrina propugna que a hipossuficiência à que alude o artigo 6º é informacional, decorrente de uma assimetria informacional. Nesse sentido, ver: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, 6.º, VIII). *Revista de Processo*. Ano 32, n.º 146, abr./2007, pág. 51.

⁴³ A doutrina mais esclarecida reconhece que os critérios a serem reconhecidos no caso concreto são alternativos. Nesse sentido, SICA, Questões velhas..., p. 57/58.

⁴⁴ Reconhece a doutrina que a inversão pode ser dar somente sobre os fatos em que estejam presentes um dos requisitos do artigo, ainda SICA, Questões velhas..., p. 53.

consumidor.⁴⁵ Em relação à prova pericial, está é uma solução normalmente utilizada pelos juízes para resolver a questão dos honorários do perito em ações em que o beneficiário da gratuidade de justiça requisita esse meio de prova. Da mesma forma, em ações coletivas é comum encontrarmos juízes que invertem o ônus da prova em desfavor dos réus.

Observamos, contudo, que essa técnica na verdade não é uma solução, mormente nas vezes em que é invertida de maneira equivocada. Na hipótese na qual o fornecedor não produza a prova, cujo ônus lhe foi incumbido em decorrência da inversão, entendemos que a não produção prejudicará também o consumidor. Isso porque ele terá sido privado da utilização da prova que desejava produzir para comprovar a sua alegação (violação à garantia do direito à prova).

No caso das ações coletivas a questão é altamente relevante. Por exemplo, em ações civis públicas que visam tutelar o direito ambiental, a inversão do ônus da prova e a possível não produção pelo réu (que não quer produzir provas contra si) prejudica uma cognição mais aprofundada do juiz sobre a situação de fato, podendo impossibilitar a tutela mais adequada no caso concreto.

Ademais, o que se analisa e que será melhor demonstrado na parte do levantamento de dados, é que não raras vezes o juiz inverte o ônus da prova, com base na disposição do CDC, sem que os requisitos estejam presentes.

3.1.6. A prova pericial

Pode-se entender que a finalidade da prova pericial é a de facilitar a apreciação, a compreensão e a valoração de questões de fato controvertidas no processo, que demandam conhecimentos técnicos que excedem àqueles que são considerados como normais para o

⁴⁵ Segundo o autor, que traz outros autores que expressam a mesma opinião, não importa se o consumidor figura no polo ativo ou passivo da ação, sendo possível a inversão do ônus da prova em qualquer situação.

juiz.⁴⁶ Assim, em uma sociedade na qual o conhecimento técnico e científico aumenta a cada dia, é impossível para o juiz analisar e valorar todos os tipos de fatos a ele apresentados. Nesse sentido, cabe ao magistrado confiar a função de análise desses fatos alegados a um especialista no assunto.

Nesse contexto, identificamos a figura do perito judicial, que pode ser definida como a pessoa, física ou jurídica que, contando com a confiança do juiz, é convocada para, no processo, esclarecer algum ponto que exija conhecimento técnico especial. O parágrafo primeiro do artigo 145 do Código de Processo Civil determina que o perito possua conhecimento técnico específico suficiente da matéria, dando prioridade àqueles que possuam grau universitário.⁴⁷ Contudo, caso a perícia não necessite de um profissional que tenha nível superior e o juiz não possa contar com um perito com essas qualidades, poderá convocar um pessoa sem nível superior, que seja de sua confiança e mostre os conhecimentos necessários para esclarecer a questão.⁴⁸

Cabe destacar nesse momento o artigo 434 do CPC, segundo o qual para a realização de perícias que recaiam sobre autenticidade ou falsidade documental e as de natureza médico-legal, devem ser escolhidos preferencialmente peritos que façam parte de órgãos oficiais. A vantagem mais evidente dessa disposição é a impossibilidade de recusa por parte do perito e, em ações nas quais o ônus econômico da perícia recairia sobre o litigante com justiça gratuita, não haveria problemas com os honorários periciais. Nesse sentido, os tribunais superiores vêm consolidando o entendimento de que o Estado deve fornecer um profissional de estabelecimento público para atuar como perito quando a prova pericial é requisitada pelo hipossuficiente econômico. Porém, em ações nas quais a parte tenha condição

⁴⁶ CAMBI, *A prova civil...*, p. 232. Sobre a questão do juiz que possui conhecimentos técnicos específicos que extrapolam o conhecimento médio de um juiz médio, ver MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 770 e CAMBI, *A prova civil...*, p.233.

⁴⁷ “§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código”

⁴⁸ “§ 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz”. Eduardo Cambi ainda fala da possibilidade de que algumas perícias de menor complexidade sejam feitas por pessoas com menor especialização, tendo em vista que estas cobrariam honorários mais baixos, o que ajudaria a diminuir o problema das questões financeiras das perícias (CAMBI, *A prova civil...*, p. 240).

de arcar com as despesas da perícia, normalmente o juiz nomeia perito particular, principalmente em razão da excessiva demora dos estabelecimentos oficiais. Além disso, é de se ressaltar que são poucos os órgãos públicos habilitados para desenvolver perícias e com matérias também limitadas. Assim, como já mencionado, a ordem dos tribunais superiores mostra-se normalmente ineficaz.

Em relação às ações coletivas esse problema é potencializado. Tendo em vista a alta complexidade das perícias que envolvem os direitos coletivos, não raro o juiz tem dificuldade de encontrar um profissional capacitado que atue na iniciativa privada. Assim, menor ainda é a chance de que se encontre alguém habilitado dentro dos quadros funcionais do Estado. Ademais, em alguns casos se discute a utilização de peritos que atuem junto a órgãos do Estado (como o CAEX⁴⁹, do Ministério Público de São Paulo, por exemplo) quando o autor é um ente estatal, pois o profissional não possuiria a imparcialidade necessária.

Cabe o pedido de prova pericial quando o fato da causa demandar conhecimentos técnicos ou científicos específicos, e a prova for possível e necessária para o julgamento do caso.⁵⁰ Assim, a prova pericial será indeferida pelo juiz quando sua realização for impossível, por inviabilidade de se periciar o objeto ou a pessoa, ou a técnica a ser utilizada para o exame não é disponível.⁵¹ Além disso, se o fato que se pretende provar por meio da prova pericial já tiver sido provado por outro meio de prova ou não seja mais controvertido, a perícia torna-se desnecessária. Porém, deve o juiz ser muito cauteloso ao indeferir uma prova pericial, pois pode-se privar a parte de produzir uma prova essencial para a defesa do seu direito e, conseqüentemente, violar o direito à prova, o contraditório e a ampla defesa e o devido processo legal.

Além da necessidade do conhecimento técnico específico, cabe ao perito ser imparcial e idôneo em suas avaliações, uma vez que o seu entendimento sobre os fatos irá

⁴⁹ CAEX é o Centro de Apoio Operacional à Execução, órgão vinculado ao Ministério Público de São Paulo, segundo o Ato Normativo n.º 532-PGJ, de 29 de abril de 2008.

⁵⁰ MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 770.

MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 774, no mesmo sentido CAMBI, *A prova civil...*, p. 246.

contribuir sensivelmente na formação da convicção do magistrado.⁵² Por esse motivo, cabem ao perito as mesmas regras de suspeição e impedimento atinentes ao juiz, como estabelecido nos artigos 138, inciso III e 423, do CPC. Assim, às partes deverá ser concedido um prazo para que procedam com a impugnação do perito, em respeito ao princípio do contraditório e do devido processo legal. Já aos assistentes técnicos, que são especialistas na área de conhecimento da perícia e que são indicados pelas partes para representá-los na formação da prova pericial, não cabem as exceções de impedimento e suspeição.

Em relação à imparcialidade do perito uma questão precisa ser ressaltada. Conforme veremos quando da exposição das entrevistas, existem profissionais que afirmam que a qualidade das perícias diminui sensivelmente quando o perito tem perspectiva de receber pouco ou, em muitos casos, de não receber. De fato, sabendo da possibilidade (ou certeza) do prejuízo, simples reconhecer a possibilidade do perito se “esforçar” menos na realização do trabalho. Além disso, pensando especificamente nas ações que envolvam uma parte com gratuidade de justiça, poderíamos questionar a imparcialidade do perito tendo em vista que caso o hipossuficiente seja vencido (venha a sucumbir), os honorários só serão pagos após muitas dificuldades. Em ambos os casos, nítida é a possibilidade de que o trabalho do perito não seja realizado da melhor maneira possível, prejudicando a atuação jurisdicional.

Depois de intimadas da nomeação do perito as partes têm o prazo de cinco dias para apresentar os quesitos e indicar assistentes técnicos. Os quesitos são as perguntas formuladas pelas partes ao perito, com o intuito de indicar quais pontos entendem ser necessários que este esclareça com a sua avaliação. Finalizada a perícia, em regra, o perito apresenta o laudo em cartório.⁵³ Porém, se a natureza do fato permitir, o laudo pericial pode ser dispensado, sendo substituído pela inquirição do perito e, se houver, dos assistentes técnicos em audiência de instrução e julgamento.⁵⁴

⁵² MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 773.

⁵³ CPC - “Art. 433. “O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento”.

⁵⁴ CPC - Art. 421, § 2º “Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado”.

É importante destacar o valor relativo que a prova pericial exerce na formação do convencimento do magistrado. O Código de Processo Civil é claro ao dizer, no artigo 436, que o juiz não fica adstrito ao laudo pericial, possibilitando-lhe que se utilize de outras provas para decidir o caso, até mesmo contrariando o que foi apresentado pelo laudo, desde que devidamente fundamentado.⁵⁵ Porém, reconhece-se que a prova pericial, por ser uma prova técnica produzida por um sujeito imparcial e especialista em um tema no qual normalmente o magistrado não tem conhecimento, possui maior possibilidade de influir no convencimento deste do que outros meios de prova, como por exemplo, uma prova testemunhal.

Passamos agora a destacar dois pontos que são absolutamente relevantes para o presente estudo, a fixação dos honorários periciais e os motivos de escusa do perito. Apesar de não encontrarmos em nenhuma das obras consultadas autores que façam uma ligação entre esses pontos, entendemos que em diversos casos eles estão intimamente relacionados.

Os honorários do perito devem ser fixados levando-se em consideração o tipo de trabalho a ser realizado, isto é, a complexidade da análise a ser feita, baseando-se, também, em tabelas como a de órgãos específicos como, por exemplo, o IBAPE (Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia). A doutrina e a jurisprudência, interpretando o artigo 33 do CPC⁵⁶, vislumbram a possibilidade de fixação dos honorários em dois momentos, antes da realização da perícia, na forma de honorários provisórios, e após a perícia, os honorários definitivos.⁵⁷ Os honorários provisórios seriam sugeridos pelo perito após sua avaliação sobre o trabalho que será necessário para realização do serviço. Assim, esses honorários serviriam para que o perito cobrisse os gastos com o material que tivesse que ser empregado. Já os honorários definitivos seriam arbitrados pelo juiz após a realização da perícia, levando-se em consideração os critérios já mencionados.

Sobre as possibilidades do perito se escusar do encargo estabelecido pelo juiz destacamos o disposto no artigo 423, que deve ser lido em conjunto com o artigo 146, ambos

⁵⁵ MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 798.

⁵⁶ “Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz”.

⁵⁷ BUENO, *Curso sistematizado...* v. 2, tomo 1, p. 349.

do CPC. Ao estabelecer as possibilidades nas quais o perito pode se escusar, a lei fala única e exclusivamente em motivo legítimo, sem ao menos traçar alguns exemplos. Além disso, insta observar que não foi encontrado na doutrina autores que mencionem a questão do valor dos honorários como um motivo legítimo para a recusa do perito. Os autores entendem que o motivo legítimo deve ser avaliado pelo juiz conforme análise do caso concreto, porém, caso entenda não ser o motivo legítimo, poderia o juiz exigir que o perito cumprisse com sua obrigação, valendo-se das sanções dispostas no artigo 14 do CPC.⁵⁸ Porém, como é intuitivo imaginar, essa situação de exigência por parte do juiz raramente ocorre.

Tendo em vista a especificidade do tema sob a óptica das ações individuais e das ações coletivas, as regras de distribuição do ônus dos honorários periciais será abordada posteriormente na parte reservada para aspectos específicos dos dois tipos de demanda.

3.1.7. Definição de despesas processuais

É importante definirmos o que sejam despesas processuais. Entendem-se estas como os gastos a serem realizados para que o processo seja instaurado e se desenvolva até o final. Essas despesas estão dispostas no parágrafo 2.º do artigo 20 do Código de Processo Civil⁵⁹. Ressalte-se que o legislador esqueceu-se de incluir nesse rol algumas despesas como os honorários do perito, a remuneração paga ao intérprete, entre outras. Podemos, ainda, apoiados no entendimento jurisprudencial, dizer que despesas processuais seriam o gênero da qual custas judiciais seria a espécie.⁶⁰

Entre as custas judiciais, temos de uma lado a taxa judiciária, que seria uma remuneração paga ao Estado pela prestação do serviço jurisdicional e, de outro lado, os emolumentos, que são pagos para a prática de atos específicos realizados pela Serventia Judicial, como extração de cópias, remessa e retorno de autos, entre outros.

⁵⁸ MARINONI; ARENHART, *Curso de Processo Civil...*, p. 781.

⁵⁹ “§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico”.

⁶⁰ EDcl no REsp 259.589/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2000, DJ 11/12/2000 p. 210

Cabe ainda discorrer sobre a regra geral do momento do pagamento das despesas, tema de extrema relevância para o seguimento do presente trabalho. O artigo 19 do mesmo código⁶¹ estipula, como regra geral, que cabe a cada litigante a antecipação do pagamento das despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, ficando sob responsabilidade do autor as despesas dos atos requeridos de ofício pelo juiz ou requeridos pelo Ministério Público. Assim, deve-se destacar que esse artigo trata da antecipação das custas. Já os artigos 20 e 21, por sua vez, tratam do pagamento definitivo das custas que é feito por aquele que houver sucumbido ou por ambos, caso haja a sucumbência recíproca. Assim, àquele que for vencido caberá o pagamento das custas que foram adiantadas pela outra parte, além dos honorários advocatícios sucumbenciais do advogado desta.

Conforme mencionamos anteriormente, tendo em vista as peculiaridades de cada situação, a forma de adiantamento e pagamento dos honorários do perito nos casos das ações individuais e das coletivas serão abordados minuciosamente abaixo.

3.2. Premissas teóricas das ações individuais

Seguindo com a opção de apresentação das premissas teóricas, já expressa no início do capítulo, abordaremos agora as premissas teóricas que dizem respeito às ações individuais nas quais ao menos uma das partes litiga com gratuidade de justiça.

3.2.1. Garantia à assistência jurídica ampla e gratuita

A garantia à assistência jurídica ampla e gratuita prevista na Constituição Federal visa superar um dos principais fatores ilegítimos de limitação ao acesso à justiça: a falta de

⁶¹ “Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. § 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual. § 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

recursos financeiros das partes. Nesse sentido, esse princípio não se limita a assegurar somente a isenção de despesas processuais. De forma muito mais ampla, a assistência jurídica ampla e gratuita obriga o Estado a estabelecer formas pelas quais o hipossuficiente possa ser informado de seus direitos, ter suas dúvidas jurídicas esclarecidas e pleitear tutela jurisdicional. Para tanto o Estado deve disponibilizar profissionais que atuem em prol dos hipossuficientes, função que hoje é exercida principalmente pela Defensoria Pública.

Importante destacar que essa previsão de assistência jurídica ampla e gratuita não é um “favor” que o Estado presta ao hipossuficiente e nem um benefício que este recebe. Essa prestação é um dever do Estado – e um direito do cidadão – que visa a garantir que todos tenham as mesmas oportunidades de pleitear ou defender seus direitos em juízo.⁶² Assim, essa previsão constitucional deve ser vista como essencial para a consecução do objetivo principal que é o acesso à Justiça.

3.2.2. Conceitos de gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica gratuitas

Necessário diferenciarmos os conceitos de assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, como realizado por Marcacini.⁶³ Assistência judiciária deve ser entendida como o patrocínio gratuito de uma causa por um advogado.⁶⁴ Porém não se trata de qualquer advogado que eventualmente patrocine uma causa gratuitamente, pois a assistência judiciária é um serviço público, que deve ser prestado por órgãos estatais, entidades ou advogados conveniados a esses órgãos. Assim, após o advento da atual Constituição Federal, o órgão prestador de assistência judiciária, por excelência, é a Defensoria Pública.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a criação de um órgão específico e autônomo para a promoção da assistência judiciária era reconhecido pela doutrina como essencial para a

⁶² LOPES, Garantia de acesso à justiça... p. 72.

⁶³ MARCACINI, *Assistência jurídica...*, p. 29.

⁶⁴ MARCACINI, *Assistência jurídica...*, p. 31.

efetivação da garantia do acesso à Justiça aos hipossuficientes.⁶⁵ Assim, a atual Constituição ao determinar que os Estados estabelecessem Defensorias Públicas em seus territórios, deu importante passo para a concretização do acesso à Justiça.

Retomando a distinção dos conceitos, é reconhecido pela doutrina que a assistência jurídica possui uma abrangência maior do que a assistência judiciária, estando esta englobada por aquela.⁶⁶ Assim, a segunda compreenderia somente os atos necessários para a defesa dos direitos em juízo, enquanto a primeira envolveria a prestação de outros serviços não-judiciais (ou extrajudiciais) a serem prestados ao assistido, como por exemplo orientações jurídicas ou serviços de mediação.⁶⁷

Por fim, o termo justiça gratuita, sinônimo de gratuidade de justiça, deve ser compreendido como a isenção do pagamento de todas as despesas processuais e extraprocessuais, como taxas e emolumentos em cartórios.⁶⁸

3.2.3. Conceito de hipossuficiência econômica

É imprescindível para a continuação do presente trabalho que seja elaborada uma breve análise sobre qual a melhor nomenclatura para designar e para reconhecer aquele que faz jus à justiça gratuita. Até o presente momento, por razões de estruturação do trabalho, utilizamos a expressão *hipossuficiente* sem uma delimitação do termo.

Cabe iniciar esse ponto abordando a distinção entre *vulnerabilidade* e *hipossuficiência*. Apesar da polêmica existente na doutrina sobre a coincidência ou não dos

⁶⁵ Nesse sentido, MORAES; SILVA. *Assistência Judiciária...* p. 143 e MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Assistência jurídica, Defensoria Pública e o acesso à justiça no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 39.

⁶⁶ MARCACINI, *Assistência jurídica...*, p. 33.

⁶⁷ Importante destacar o serviço prestado pelo Departamento Jurídico XI de Agosto, conveniado com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que também possui convênio com o IMAB, oferecendo serviços de mediação realizados por profissionais especializados. Esse é um exemplo de prestação de assistência jurídica.

⁶⁸ MARCACINI, *Assistência jurídica...*, p. 31

termos, concordamos com a posição defendida por Fernanda Tartuce Silva⁶⁹. Segundo a autora, que leva em consideração o léxico e a tradição do uso da expressão no sistema jurídico brasileiro, *vulnerabilidade* estaria relacionada à suscetibilidade em sentido amplo, enquanto *hipossuficiência* indicaria a vulnerabilidade em um sentido específico, a *vulnerabilidade econômica*. Assim, *hipossuficiência* está relacionada com insuficiência econômica.

A mencionada autora ainda utiliza a expressão *vulnerabilidade processual* para se referir à:

*“suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”*⁷⁰

Destarte, vemos que a expressão *vulnerabilidade processual* abarca a definição de *hipossuficiente* e, na sua perspectiva econômica, se enquadra nas disposições das legislações específicas. Contudo, para o seguimento do trabalho utilizaremos a expressão *hipossuficiente econômico* para designar àquele vulnerável economicamente, apesar de ser uma redundância tendo em vista a classificação adota e exposta acima. Outrossim, faremos essa opção para diferenciação em relação ao *hipossuficiente técnico*, expressão que será melhor abordada quando do estudo da inversão do ônus da prova.

3.2.4. A questão do pagamento da prova pericial em casos de gratuidade de justiça

Após a apresentação da regra geral sobre a forma de remuneração do perito apresentaremos agora a questão do pagamento da prova pericial em casos com litigantes com

⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. 2011. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 171.

⁷⁰ TARTUCE, *Vulnerabilidade como critério...*, p. 172.

justiça gratuita. Vimos anteriormente a regra geral sobre a antecipação e pagamento dos honorários periciais. Destacaremos, agora, a questão do pagamento quando uma ou todas as partes sejam beneficiárias da gratuidade de justiça.

Uma primeira possibilidade é que somente o autor seja o hipossuficiente econômico e ocorra uma das seguintes situações à respeito da requisição da perícia: (i) somente ele requisita; (ii) ambas as partes requisitam; (iii) somente o juiz requisita e; (iv) o Ministério Público, atuando como *custus legis*, requisita. Em todas essas situações, observando as disposições do artigo 19 do CPC, caberia ao autor adiantar os honorários provisórios do perito. Porém, como estabelecido pela Lei 1060/50 e reforçado pelo *caput* do artigo 19 do CPC, não cabe ao beneficiário da gratuidade de justiça o adiantamento de despesas. Assim, as possíveis soluções seriam que o perito não cobrasse os honorários provisórios e esperasse para cobrar do perdedor da ação, que o Estado adiantasse esse valor ou que fosse invertido o ônus financeiro da prova (ponto que a ser abordado a seguir). Contudo, o que se vê na prática é que em quase todas as situações o perito se recusa a trabalhar sem os honorários provisórios, o Estado se recusa a adiantar tais gastos e muitas vezes é juridicamente impossível inverter o ônus financeiro da prova.

Uma segunda possibilidade é somente o réu ser o hipossuficiente econômico e somente ele requisitar a perícia. Nesse caso encontraríamos os mesmos problemas indicados acima e as mesmas soluções. O último caso seria que ambos fossem beneficiários da gratuidade de justiça e que ocorressem quaisquer dos casos expostos, pois não haveria a possibilidade de nenhuma das partes adiantarem os honorários periciais. Ressaltamos que essas situações hipotéticas consideram que não há órgão oficial que possa realizar a perícia, o que ocorre em grande parte dos processos.

O que queremos destacar, e melhor demonstraremos na sequência do trabalho com o estudo dos levantamentos de dados, é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não encontraram formas para resolver de forma satisfatória todas as situações apresentadas acima. Destarte, sem uma solução eficaz a questão dos honorários periciais torna-se um grande empecilho ao regular desenvolvimento do processo, principalmente em relação ao tempo despendido para que se encontre uma alternativa para a situação. Ressalte-se

ainda que, em grande parte dos casos, a opção feita pelo julgador muitas vezes não é tão eficiente ou às vezes é feitas sem o respaldo da lei, como no caso da inversão do ônus financeiro da prova sem que haja disposição legal para tanto.

3.3. Premissas teóricas das ações coletivas

Abordaremos neste tópico as premissas teóricas que possuem maior relevância para o tema das ações coletivas.

3.3.1 Noções sobre as principais ações coletivas

Passaremos a discorrer sucintamente (seguindo a proposta de apresentação) sobre as principais ações coletivas. De início, contudo, vale registrar que em relação aos direitos coletivos, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma divisão entre os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.⁷¹

Apesar da opção do legislador de definir as espécies de direitos coletivos, importante ressaltar que na prática muitas vezes mostra-se complicado reconhecer qual tipo de direito foi violado, não sendo raras as situações nas quais ocorrem simultaneamente a lesão de mais de um do direito coletivo.⁷² Deixaremos de abordar, em decorrência do corte metodológico pretendido, questões muito importantes dos direitos coletivos, como a legitimação, a coisa julgada coletiva, a execução de sentença coletiva, dentre outros. Feita essa ressalva, passamos a destacar as principais ações coletivas.

De início é preciso esclarecer que a classificação de uma ação em coletiva depende da análise dos efeitos pretendidos com o seu ajuizamento.⁷³ Assim, necessária a

⁷¹ Sobre a escolha do legislador de definir conceitos em lei, ver: LEONEL, *Manual...*, p. 99.

⁷² LEONEL, *Manual...*, p. 100.

⁷³ Sobre a classificação de uma ação como coletiva, destacamos o seguinte trecho da obra Ação Popular de Rodolfo Mancuso: “Impende ter presente, nesse passo, que uma ação recebe a qualificação de “coletiva” quando através dela se pretende alcançar uma *dimensão metaindividual* (...)”. E prossegue: “Na verdade, uma ação é

observação do direito a ser tutelado e da medida jurisdicional pretendida, a qual deve tutelar uma determinada (ou indeterminada) coletividade.

Reconhecemos, por outro lado, as críticas de que a nomenclatura de uma ação não tem efeitos jurídicos e não possui relevância doutrinária.⁷⁴ Contudo, com o intuito de simplificação da exposição, abordaremos as três ações mais utilizadas para a tutela de direitos coletivos utilizando os seus respectivos *nomen juris*: a ação civil pública; a ação popular; e o mandado de segurança coletivo.

Ação popular foi estabelecida na Constituição Federal de 1934, no item 38 do artigo 113 e possuía como âmbito de atuação a proteção do bem público, através do pedido de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio dos entes da administração direta (União, Estados e Municípios).⁷⁵ Dessa forma, conferiu-se ao cidadão a possibilidade de influenciar diretamente na esfera jurídica do Estado. Após diversas alterações legislativas, a promulgação da atual Constituição Federal ampliou consideravelmente o âmbito de atuação da ação popular com o inciso LXXIII do artigo 5º, potencializando o cabimento e os efeitos da ação. Atualmente, além dos atos lesivos ao patrimônio dos entes da administração direta, a ação popular pode ser utilizada para tutelar a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.⁷⁶

Já a ação civil pública foi estabelecida pela Lei 7.347/85, trazendo disposições específicas sobre a tutela dos direitos coletivos.⁷⁷ A ação possui como objeto a proteção de lesões e a responsabilização decorrente de danos morais e patrimoniais causados, entre outros, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Os legitimados para a propositura da ação civil pública estão dispostos

coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espraiando assim seus efeitos (...)" (MANCUSO, *Ação Popular...*, p. 42)

⁷⁴ LEONEL, *Manual...*, p. 119 e seguintes.

⁷⁵ "38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios". MANCUSO, *Ação Popular...*, p. 68.

⁷⁶ "LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

⁷⁷ LEONEL, *Manual...*, p. 118.

no artigo 5º e contam com o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dentre outros como associações, desde que cumpridas determinadas exigências.

Importante destacar que após a ampliação do objeto da ação popular, houve equiparação do âmbito de atuação dessa ação e da ação civil pública, diferenciando-se ambas pelos legitimados para manejá-las. Assim, é possível que se utilize para a mesma situação tanto a ação civil pública quanto a ação popular.⁷⁸

Por fim, temos o mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal e regulado pela Lei n.º 12.016/2009. Esse instrumento pode ser manejado por: partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses em relação aos seus integrantes ou à finalidade partidária; ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento a mais de um ano, para a defesa de direitos líquidos e certos dos seus membros ou associados, na forma dos estatutos e desde que pertinente à sua finalidade.

3.3.2. Dinâmica do pagamento das perícias em ações coletivas

Da mesma forma que fizemos um quadro específico para as ações individuais, traremos agora a sistematização da dinâmica do adiantamento e pagamento dos honorários periciais em ações coletivas.

Como mencionado, a regra geral sobre antecipação dos honorários periciais, contida no artigo 19 do CPC é a seguinte: nos casos que (i) somente o autor requisitou a prova; (ii) o juiz de ofício requisitou a prova; (iii) o Ministério Público, atuando como *custus legis*, requisitou a prova; (iv) ou ambas as partes requisitaram a prova, cabe ao autor o adiantamento das despesas, no caso, os honorários periciais. Observamos que nos casos nos quais somente o réu requisita a prova geralmente não há intercorrências.

⁷⁸ LEONEL, *Manual...*, p. 117 e 118.

Contudo, por expressa previsão dos artigos 17 e 18 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) ao autor é dispensado o adiantamento de quaisquer despesas processuais, não havendo também condenação sucumbencial em caso de improcedência da ação, salvo nos casos de comprovada má-fé.⁷⁹ Importante destacar que tal disposição vale para todas as ações propostas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, por aplicação recíproca dos diplomas, segundo disposições do artigo 90 do Código e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública.⁸⁰

Assim, levando-se consideração essa informação, temos que nas situações nas quais o ônus do adiantamento dos honorários periciais recaia sobre o autor da ação coletiva, tal imputação é afastada por expressa disposição de lei. Assim, de forma semelhante à questão dos litigantes com gratuidade de justiça, o juiz da causa encontra sérios problemas para adiantar os honorários do perito. Como dito, uma vez que o adiantamento dos honorários serve para cobrir gastos com material, normalmente quando não há possibilidade de antecipação de verbas o perito se recusa a aceitar o trabalho.

Por esse motivo, a questão tem se mostrado de extrema relevância, fato que será corroborado pelos levantamentos de dados. Veremos na sequência do trabalho que os juízes e os Tribunais têm tentado encontrar soluções, contudo até o momento não há nenhuma medida que possa ser considerada plenamente satisfatória.

3.3.3. Os fundos de reparação dos direitos difusos

⁷⁹ “Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”;

“Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

⁸⁰ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”;

“Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

A ideia da criação de um fundo para o qual fossem revertidas as indenizações decorrentes de atos lesivos a direitos coletivos veio com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), em seus artigos 13 e 20.⁸¹ A função do fundo seria disponibilizar recursos à reconstituição de bens lesados. A mencionada lei somente determinou a criação do fundo, sendo necessária lei posterior que o regulasse. Assim, em 1986 foi promulgado o Decreto n.º 92.302 cujo objeto era regulamentar o então chamado Fundo para Reconstituição de Bens Lesados.

Posteriormente o Decreto n.º 92.302 foi revogado pelo Decreto n.º 407 de 1991, que trouxe a denominação de Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Após, o Decreto n.º 407 foi revogado pelo Decreto n.º 1.036 de 1994 que ainda está em vigor. Por fim, temos a Lei 9.008 de 1995 que criou junto ao Ministério da Justiça uma estrutura organizacional para a gestão do fundo federal de defesa dos direitos difusos.

Ponto de extrema relevância para a presente pesquisa é a finalidade do fundo. Segundo o artigo 1º do Decreto n.º 1.036 sua finalidade é a reparação dos danos causados ao: meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos. Já seu artigo 7º determina que os recursos arrecadados sejam distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo 6º⁸², devendo a destinação estar relacionada com a natureza da infração ou do dano causado.

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e juízo*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 431. “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

“Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias”.

⁸² “Art. 6º Compete ao CFDD:

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990 e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no art. 1º deste Decreto;

II - aprovar convênios e contratos, a serem firmados pela Secretaria-Executiva do Conselho, objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;

III - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;

IV - promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos;

Não sem motivo reservamos o presente tópico para expor sucintamente essa questão. Como veremos abaixo, parte dos atores envolvidos com o tema sustentam que, em decorrência da dificuldade de custear os honorários periciais em ações coletivas, deveriam ser utilizados os recursos dos fundos para tanto.^{83 84} Adiantamos que em nenhum artigo das leis que regulamentam os diversos fundos há menção sobre a possibilidade de se reverter recursos para o custeio de prova pericial. Contudo, deixaremos para a sequência uma análise mais aprofundada dessa questão.

Finalizamos esse ponto apenas consignando a existência de fundos de defesa dos direitos difusos estaduais, geridos por órgãos próprios.⁸⁵ A destinação dos recursos entre os diversos fundos, de esferas distintas, é regulada pelos artigos 55 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor. Tendo em vista que as redações das leis dos diversos fundos são muito parecidas, sem substancial alteração, entendemos que o estudo do fundo federal já é suficiente para analisarmos a questão.

4. Ações individuais com gratuidade de justiça

V - fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no art. 1º deste Decreto;

VI - promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos;

VII - examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas a que se refere o art. 1º deste Decreto;

VIII - elaborar o seu regimento interno”.

⁸³ Sobre a utilização dos recursos dos fundos para o custeio da prova pericial ver: MAZZILLI, *A defesa...*, p. 436. Posição contrária à utilização: VIGLIAR, *Ação Civil Pública...*, p. 110.

⁸⁴ Destacamos que segundo dados oficiais do Ministério da Justiça, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos arrecadou no ano de 2013 o montante de R\$ 120.228.753, 13 (cento e vinte milhões, duzentos e vinte e oito mil e setecentos e cinquenta e três reais e treze centavos) (<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B2148E3F3-D6D1-4D6C-B253-633229A61EC0%7D¶ms=itemID=%7BB83C48F5-2761-4BB3-86FB-DF5F2759C477%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>) acessado em 10.09.2014.

⁸⁵ Sobre a existência de fundos estaduais ver MAZZILLI, *A defesa...*, p. 433.

Analisaremos nesse capítulo os dados levantados em relação à questão das ações individuais com gratuidade de justiça. Apresentaremos o levantamento jurisprudencial dos três Estados escolhidos (São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), além das respectivas legislações específicas sobre pagamento da prova pericial requerida pelo hipossuficiente econômico. Após, apresentaremos a análise dos casos escolhidos e o resultado das entrevistas.

4.1. Análise das legislações estaduais e da jurisprudência⁸⁶

Em relação à legislação, o intuito da análise é observar até que ponto as legislações estaduais regulamentam a forma de requisição e de pagamento da remuneração dos peritos, nas situações em que o devedor é o próprio Estado. Além disso, o exame da legislação estadual de três Estados distintos, quais sejam São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, possibilitará a realização de um estudo comparativo entre todos, permitindo destacar quais são os pontos negativos e quais são os pontos positivos de cada lugar.

Após o exame da legislação, partiremos para a análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça. Essa segunda etapa servirá para demonstrar como as disposições legislativas vêm sendo aplicadas na prática, indicando em quais pontos estas não são suficientes para a solução dos casos concretos. Contudo, devemos fazer uma ressalva. A análise da jurisprudência nos possibilitará observar como a questão vem sendo tratada a partir de um ângulo específico – o do Poder Judiciário. Assim, para uma observação completa, torna-se necessária a conjugação de todos os dados levantados durante o trabalho.

Porém, preliminarmente, abordaremos dois pontos que influenciarão tanto a análise da legislação quanto da jurisprudência de cada Estado. Estamos nos referindo à jurisprudência dos tribunais superiores e à Resolução n.º 127 do Conselho Nacional de Justiça. Incontestável a importância de ambos, pois os tribunais superiores têm a função de fixar os entendimentos do Poder Judiciário e uniformizar a jurisprudência nacional e, por

⁸⁶ Sobre o modo de coleta e análise dos julgados, ver capítulo 3 reservado à metodologia do trabalho.

outro lado, o Conselho Nacional de Justiça age desenvolvendo formas de aprimoramento de todos os tribunais do país. Justificada essa estrutura, passemos à exposição.

4.1.1. Jurisprudência dos Tribunais Superiores

De início, cabe destacar que não foi encontrada qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à questão do pagamento dos honorários do perito em ações com gratuidade de justiça. A justificativa, comum a todas as decisões quando da exposição do juízo de admissibilidade, é que por se tratar de questão regulada por lei federal, não cabe à Suprema Corte se manifestar. Assim, segundo os Ministros, quaisquer violações à Constituição, nesses casos, seriam somente reflexas ou indiretas.⁸⁷

Já no Superior Tribunal de Justiça, a partir da análise da jurisprudência, observamos dois tipos principais de decisões: uma em relação à questão do pagamento dos honorários da perícia requisitada pelo beneficiário da gratuidade de justiça; outra sobre o prazo prescricional para que o perito cobre do Estado o valor dos honorários arbitrados em ação com gratuidade de justiça.

Em relação ao segundo tipo de decisões, tema que não faz parte do objetivo principal do trabalho, podemos afirmar, a título de registro, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o prazo prescricional para que o perito cobre os seus honorários do Estado é de 5 anos⁸⁸.

⁸⁷ . “Assim, a eventual ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa, hipótese em que não se admite o recurso extraordinário” (ARE 750459, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 24/09/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 30/09/2013 PUBLIC 01/10/2013). Outros precedentes: ARE 733037, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/02/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05/03/2013 PUBLIC 06/03/2013; ARE 746649, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 30/04/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06/05/2013 PUBLIC 07/05/2013

⁸⁸ AgRg no AgRg no AREsp 262.459/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 20/03/2013; AgRg no AgRg no REsp 1280711/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 15/02/2013; REsp 1322385/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 22/08/2012

Quanto à questão cerne da pesquisa, o Superior Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, afirmando que cabe ao Estado arcar com o custo da perícia requisitada, quando esse ônus recai sobre hipossuficiente econômico⁸⁹. Para tanto, tem se adotado o determinado procedimento: deve o juiz nomear perito de sua confiança; caso este recuse o trabalho ou não aceite trabalhar sem antecipação, realizada através dos honorários provisórios, deverá o juiz nomear “*técnico de estabelecimento oficial especializado do ente público responsável pelo custeio da prova pericial*”⁹⁰.

Percebe-se, assim, que não cabe ao Estado arcar com o adiantamento dos honorários do perito, devendo este aceitar receber todo o pagamento somente ao final do processo. Nesse sentido, temos a expressa orientação daquele tribunal.⁹¹ Observamos que esta determinação pressupõe que o Estado possua profissionais em órgãos públicos com possibilidade de realização desses exames. Contudo, em diversas situações, não é possível transferir essa incumbência para a Administração Pública, como exemplo, nos casos em que esta não possua os profissionais necessários em seus quadros. Além desse, poderíamos trazer uma série de outros exemplos.

Como demonstraremos ao longo do trabalho, esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça apesar de trazer uma solução que, em tese, teria possibilidade de funcionar, na realidade se mostra, na maioria das vezes, inaplicável ao caso concreto. Isso porque o êxito dessa medida pressupõe a existência de uma estrutura que, não raro, não está disponível ao juiz de primeira instância, tornando a decisão inócua.

⁸⁹ “**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCLUSÃO DOS HONORÁRIOS DO PERITO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA SUA REALIZAÇÃO**” (grifo nosso) (REsp 1356801/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013).

⁹⁰ Mesmo acórdão citado na nota acima.

⁹¹ “No cotejo da regra do 33 do CPC e da garantia de acesso ao Judiciário, é mister questionar o perito sobre o recebimento dos honorários ao final do processo. Caso ele não concorde, que se promova sua substituição, com designação de técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial, devendo a perícia se realizar com a colaboração do Poder Judiciário”. (AgRg no AREsp 30.911/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 12/04/2012). Nesse mesmo sentido: RMS 37.138/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012 e REsp 1355519/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013.

4.1.2. Resolução n.º 127 do Conselho Superior de Justiça

Sensível ao problema abordado pela presente pesquisa, o Conselho Nacional de Justiça em 15 de março de 2011, ainda sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, elaborou a Resolução n.º 127 para tratar dos honorários do perito, tradutor e intérprete. A resolução visava dar maior uniformidade nacional ao modelo de pagamento desses honorários, especificamente nas situações em que o hipossuficiente econômico, requerente da prova pericial, fosse sucumbente. Tentou-se, dessa forma, propor uma solução que pudesse ser adotada em todos os Tribunais do País.

Alguns pontos da resolução merecem destaque e passam a ser analisados. Em primeiro lugar, já em seu artigo 1º⁹², a Resolução recomenda (note-se, não obriga) que os Tribunais destinem especificamente parte de seu orçamento ao pagamento desses honorários. A questão da utilização dos recursos próprios do Tribunal será abordada mais profundamente quando fizermos a análise das legislações estaduais.

Em segundo lugar, a Resolução aconselha aos Tribunais manterem banco de peritos credenciados, para fins de nomeação, além de sugerir convênios entre aqueles e profissionais, empresas ou instituições com notória experiência em avaliação e consultoria nas áreas em que são recorrentemente utilizadas as funções do perito. Posteriormente, determina que para a percepção dos honorários são necessários a fixação por decisão judicial e o trânsito em julgado do processo.

Um ponto de extrema relevância para o presente estudo diz respeito ao valor a ser pago ao perito. Trata-se de questão problemática tendo em vista não só a falta de recurso dos Estados e dos Tribunais, mas também pelo fato de o valor arbitrado ser um grande desincentivo ao perito, vez que o montante geralmente é tão baixo que o profissional acaba

⁹² “Art. 1º Recomenda-se aos Tribunais que destinem, sob rubrica específica, parte do seu orçamento ao pagamento de honorários de perito, tradutor ou intérprete, quando, nos processos de natureza cível, à parte sucumbente no objeto da perícia for deferido o benefício da justiça gratuita”.

por ter prejuízos.⁹³ Nesse sentido, a Resolução determina que o Poder Judiciário deva arcar com o limite de R\$ 1.000,00 (mil reais) a título de honorários, devendo o eventual montante sobressalente ser pago nos termos do artigo 12 da Lei n.º 1.060/50.⁹⁴

Uma parte que merece destaque diz respeito aos honorários provisórios do perito. Como visto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está praticamente consolidada no sentido do não cabimento da antecipação dos honorários periciais realizado pelo Estado. No caso, a mencionada resolução do CNJ traz, em seu artigo 7º⁹⁵, a possibilidade do adiantamento do valor máximo de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), caso comprovada a necessidade desse montante para o pagamento de despesas. Contudo, é importante ressaltar que a resolução se baseia no pagamento realizado com recursos do Poder Judiciário.

Para finalizar, a resolução estabelece que os Tribunais devem realizar um controle informatizado dos dados da ação, da quantidade de processos e de pessoas físicas assistidas, bem como do montante pago aos peritos. Essa disposição está em consonância com outras medidas do Conselho Nacional de Justiça, sempre com a intenção de organizar um banco de dados que facilite a análise e a avaliação do estado do Poder Judiciário no País.

4.1.3 Legislação e jurisprudência do Estado de São Paulo

Expusemos no capítulo reservado à metodologia que o foco das nossas pesquisas seria o Estado de São Paulo. Consequentemente, as conclusões tiradas seriam utilizadas para elaborar propostas de modificação específicas para esse Estado. Nesse sentido, neste momento de análise da legislação de São Paulo, iremos abordar alguns pontos que não serão

⁹³ Sobre o baixo valor pago e o consequente desestímulo do profissional a realizar a perícia, ver ponto 4.2 que traz as respostas desses profissionais ao questionário aplicado.

⁹⁴ Dispõe o artigo 12 da mencionada lei que deverá ser feita a cobrança dos honorários periciais da parte sucumbente. Lembrando que, sendo a parte sucumbente beneficiária da gratuidade de justiça, os honorários deverão ser cobrados do Estado, no prazo prescricional de 5 anos, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁵ “Art. 7º Poderá haver adiantamento de despesas iniciais de perito, em valor equivalente a R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), se este, comprovadamente, demonstrar a necessidade de valores para a satisfação de despesas decorrentes do encargo recebido, efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão”.

destacados nas legislações dos outros Estados. Especificamente, destacaremos de onde provem os recursos que são empregados nos pagamentos dos processos sob o pálio da gratuidade de justiça e de que forma isso é feito.

Assim, imprescindível iniciar esse assunto destacando a Lei Estadual n.º 4.476 de 1984 que dispõe de modo geral sobre o regimento de custas e emolumentos no Estado de São Paulo. Ponto de extrema relevância dessa lei é a criação do Fundo de Assistência Judiciária – FAJ, originalmente vinculado à Procuradoria Geral do Estado, nos termos do seu artigo 7º.⁹⁶ Posteriormente, esse fundo foi regulado pelo Decreto Estadual n.º 23.703/85.

Tal decreto dispõe, em seu artigo primeiro, que:

“O Fundo de Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado instituído pelo Artigo 7.º da Lei n. 4.476, de 20 de dezembro-de 1984, destina-se à custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita aos legalmente necessitados”.

Devemos nos lembrar, assim como exposto no capítulo 3, que em muitos casos o legislador utiliza a expressão *assistência judiciária gratuita*, quando, na verdade, refere-se à *gratuidade de justiça*.⁹⁷ Feita essa necessária lembrança, percebemos a enorme relevância desse fundo para a análise da questão central do trabalho, uma vez que ele é utilizado para custear todos os atos necessários à concretização do acesso à justiça dos hipossuficientes econômicos.

⁹⁶ “Artigo 7.º - A Secretaria da Fazenda entregará, na forma regulamentar, as contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo e a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, bem como os recursos destinados ao Fundo de Assistência Judiciária, vinculado à Procuradoria Geral do Estado, e aos Oficiais de Justiça, nos termos dos artigos 15, inciso III, e 31, § 2.º, desta lei”.

⁹⁷ Lembrando que assistência judiciária gratuita pode ser entendida como patrocínio gratuito de uma causa por um advogado, enquanto gratuidade de justiça engloba a isenção de pagamento de todas as custas e taxas para litigar

Os recursos do FAJ vêm essencialmente das taxas e custas judiciais e extrajudiciais, como estabelecido, respectivamente, pela Lei Estadual n.º 7.527⁹⁸ (que alterou o artigo 31, § 2.º da Lei Estadual n.º 4.476/84), e pela Lei Estadual n.º 11.331/2002 em seu artigo 20⁹⁹. Além dessas duas disposições específicas, o próprio Decreto Estadual n.º 23.703/85, que foi modificado pela última vez pelo Decreto Estadual n.º 50.786/2006, determina em seu artigo 2º outras fontes de receitas para o fundo.¹⁰⁰

Esclarecido esse ponto inicial a respeito da constituição do Fundo de Assistência Judiciária, bem como da demonstração das receitas que o constituem, torna-se necessário abordar a Lei Complementar n.º 988/2006 do Estado de São Paulo, que (tardamente) cumprindo as disposições da Constituição Federal¹⁰¹, instituiu a Defensoria Pública Estadual.¹⁰² Mais do que instituir a Defensoria Pública Estadual, a mencionada lei complementar transferiu a administração do Fundo de Assistência Judiciária para este órgão, por força de seu artigo 236¹⁰³. Assim, sendo a Defensoria Pública o órgão prestador por excelência da assistência judiciária gratuita, nada mais correto do que transferi-la o controle do FAJ, já que este possui como função promover esse acesso.

⁹⁸ “§ 2.º - Os 27% (vinte e sete por cento) relativos às custas serão assim distribuídos 20% (vinte por cento) serão destinados ao Fundo de Assistência Judiciária na forma do regulamento próprio, 5% (cinco por cento) constituirão receita do Estado, e 2 % (dois por cento) serão destinados ao custeio das despesas dos oficiais de justiça, incluídas na taxa judiciária”.

⁹⁹ “Artigo 20 - A receita do Estado, prevista na alínea “b” do inciso I do artigo 19, será destinada: I - 74,07407% (setenta e quatro inteiros, sete mil e quatrocentos e sete centésimos de milésimos percentuais) ao Fundo de Assistência Judiciária;”.

¹⁰⁰ “Artigo 2.º - Constituem receita do Fundo de Assistência Judiciária: (...) (Alterado pelo Decreto 43.852/99)”.

¹⁰¹ Dispõe o § 1º do artigo 134 da Constituição Federal que: “§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

¹⁰² Dispõe o artigo 1º da mencionada Lei Estadual: “Artigo 1º - Esta lei complementar dispõe sobre a organização da Defensoria Pública do Estado, nos termos dos artigos 1º, 3º, 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição da República e artigos 103 e 104 da Constituição do Estado de São Paulo, define suas atribuições e institui o regime jurídico dos integrantes da carreira de Defensor Público”.

¹⁰³ “Artigo 236 - O Fundo de Assistência Judiciária, instituído pela Lei nº 4.476, de 20 de dezembro de 1984, e regulamentado pelo Decreto nº 23.703, de 27 de maio de 1985, destinado a custear despesas concernentes à prestação de assistência judiciária gratuita, vincula-se, a partir da promulgação desta lei complementar, à Defensoria Pública do Estado, que passará, imediatamente, a gerir os seus recursos, inclusive o saldo acumulado”. Além dessa disposição expressa, podemos citar os artigos 8º, inciso III, 19, inciso V, 164, inciso XVIII e 235, todos da mesma lei.

Dentre as disposições da Lei Complementar n.º 988/2006, possui relevância para a presente pesquisa o inciso XVIII do artigo 164. Diz o mencionado inciso que é dever dos membros da Defensoria Pública do Estado:

“zelar pelo recolhimento ou promover a cobrança de honorários advocatícios, sempre que o necessitado for vencedor da demanda ou houver arbitramento judicial, bem como de quaisquer despesas adiantadas pelo Fundo de Assistência Judiciária, tais como honorários periciais”.

Portanto, esse inciso prevê, mesmo que indiretamente, a possibilidade de adiantamento dos honorários periciais quando a parte requerente for beneficiária da gratuidade de justiça. Voltaremos a essa questão em seguida.

Visando a regulamentação específica do pagamento dos honorários do perito quando o sucumbente for o beneficiário da justiça gratuita, a Defensoria Pública do Estado, gestora do Fundo de Assistência Judiciária, editou a Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, n.º 56, em 11 de janeiro de 2008. Essa deliberação, como sua própria introdução a apresenta:

“[d]ispõe sobre o pagamento, pelo Fundo de Assistência Judiciária - FAJ, de peritos que atuem nos feitos de natureza cível em que partes são assistidas pela Defensoria Pública do Estado, direta ou indiretamente, por meio de advogado conveniado”.

Podemos destacar já nesse texto introdutório algo que será confirmado pelo artigo 1º¹⁰⁴ que, a Defensoria Pública, através dessa deliberação, limitou o acesso ao Fundo de

¹⁰⁴ “Artigo 1º - O pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte que é atendida pela Defensoria Pública do Estado, direta ou indiretamente, por meio de advogado conveniado, será feito com

Assistência Judiciária àqueles que estivessem assistidos por defensores públicos ou advogados conveniados à entidade. Assim, caso alguém litigasse representado por advogado não conveniado à Defensoria Pública, mas tivesse reconhecido seu direito à gratuidade de justiça, não poderia se valer do FAJ para remunerar o perito.

Essa limitação, contudo, é contrária à própria função do FAJ. Como afirmado, o texto da norma do fundo diz assistência jurídica gratuita quando deveria dizer gratuidade de justiça. Pode-se confirmar essa afirmação observando, por exemplo, o inciso VII do artigo 4º do Decreto 23.703/85¹⁰⁵ (e alterado pelo Decreto 34.462/91) que fala da utilização do fundo para realização de perícias, ato que não se confunde com o simples patrocínio da causa (significado de assistência jurídica gratuita). Assim, tendo em vista que a Lei 1.060/50 não exige que o litigante esteja representado pela Defensoria Pública ou por advogado conveniado a ela, a deliberação do conselho dessa entidade violava as disposições do mencionado decreto, pois impunha uma limitação que não estava prevista em lei. Consolidou-se nesse mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça.¹⁰⁶

Com relação ao valor pago a título de remuneração ao perito, a citada deliberação fixava os valores mínimos e máximos a serem pagos, proporcionalmente ao valor da causa. Na tabela constante na deliberação tínhamos que para uma causa de até R\$ 1.754,46 (mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), os honorários seriam no máximo de R\$ 292,36 (duzentos e noventa e dois reais e trinta e seis centavos). Já para causas cujo valor era igual ou superior a R\$ 4.364,76 (quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e

recursos do Fundo de Assistência Judiciária - FAJ, quando houver recursos orçamentários e financeiros disponíveis, até os limites previstos na seguinte tabela: (...)

¹⁰⁵ “VII - realização de despesas com tradução de documentos e cartas rogatórias, bem como perícias e outras despesas compreendidas na área de atuação da assistência judiciária”.

¹⁰⁶ “Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública não pode nunca colidir com lei. Ela não cria, não adiciona e, muito menos, pode contrariar norma legal. Também não pode distinguir onde a lei não fez. A gratuidade de que goza o assistido não significa exigir-se o pagamento dos custos necessários à realização da prova. Cabe ao Estado arcar com as despesas. Logo, extravasando dita “Deliberação” os limites próprios à preservação do princípio constitucional do dever do Estado prestar aos necessitados a assistência integral e gratuita – Constituição, art. 5º, LXXIV, compreendendo a isenção legal os honorários com a realização da perícia, padece de vício de ilegalidade aquela regulamentação para liberação de verbas para pagamento de despesas com perícias judiciais, diante da usurpação do regime jurídico sobre matéria que contrapõe a regra constitucional imperativa”. AI n.º 583.516-4/2-00, Rel. Des. Testa Marchi, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 12.08.2008. No mesmo sentido: AI n.º 583.406-4/0-00, Rel. Des. Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 07.08.2008.

setenta e seis centavos), o valor máximo a ser pago seria de R\$ 882,63 (oitocentos e oitentas e dois reais e sessenta e três centavos).

Outro ponto importante diz respeito ao adiantamento dos honorários do perito. Como vimos no capítulo dedicado às questões teóricas, o perito pode requisitar honorários provisórios, que serão utilizados para cobrir as despesas com o material a ser empregado no serviço. Ocorre que a deliberação vedava expressamente, no inciso IV do artigo 3º¹⁰⁷, a possibilidade do perito requerer os honorários provisórios, apesar da possibilidade decorrente da leitura do inciso XVIII, do artigo 164, da Lei Complementar n.º 988/2006, como exposto acima.

Para finalizar, cabe observar que a deliberação vedava, ainda, o pagamento de honorários em alguns tipos de perícia, como perícias médicas, contábeis, sociais e psicológicas, dentre outras. Isso porque, para perícias médicas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo já possuía e ainda possui convênio com o Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC. Para as outras perícias mencionadas, o Tribunal de Justiça já mantém em seu quadro de servidores profissionais que realizem esses tipos de serviços.

Diante dos problemas apresentados anteriormente e, principalmente, em decorrência da posição adota pelo Tribunal de Justiça no sentido da ilegalidade da limitação do acesso aos recursos do FAJ somente àqueles que litigassem fossem assistidos pela Defensoria Pública, esta editou a Deliberação n.º 92 de 29 de agosto de 2008, revogando a Deliberação n.º 56. Em seu artigo 1º veio a principal alteração:

“[o] pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, será feito com recursos do Fundo de Assistência Judiciária - FAJ,

¹⁰⁷ “Artigo 3º - Não poderá ser deferido, na forma desta Deliberação, o pedido de pagamento: (...)
IV - de honorários provisórios;”.

quando houver recursos orçamentários e financeiros disponíveis, até os limites previstos na seguinte tabela: (...)”.

Percebe-se que a Deliberação deixou de limitar o pagamento dos honorários do perito aos assistidos pela Defensoria Pública, sendo essa a principal alteração. Nesse sentido, continuou-se prevendo a impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais, bem como a vedação ao pagamento de perícias médicas, contábeis, dentre outras, na forma como expusemos acima. Outra alteração que merece destaque é a dos parâmetros para cálculo dos valores a serem pagos. A Deliberação n.º 92 trouxe nova tabela, que possui como parâmetro mínimo causas de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e como máximo acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Porém, na realidade, a remuneração de fato ficou praticamente inalterada. O valor mínimo baixou de R\$ 292,36 (duzentos e noventa e três reais e trinta e seis centavos) para 292,00 (duzentos e noventa e dois reais) e o valor máximo passou de R\$ 882,63 (oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e três centavos) para R\$ 883,00 (oitocentos e oitenta e três reais). Percebe-se, assim, que o valor ainda continua baixo.

Para que seja feita uma comparação, a tabela de honorários do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia em São Paulo – IBAPE/SP, fixa como honorários mínimos, em seu artigo 6º¹⁰⁸, a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Destarte, percebe-se que o montante pago pela Defensoria Pública, utilizando os recursos do FAJ, é muito inferior ao estabelecido por entidades de classe. Ademais, mais grave é que, além de receber uma remuneração muito baixa, o perito muitas vezes tem prejuízo com serviço realizado, quando atua nessas causas. Essa afirmação será corroborada pelas respostas dos peritos ao questionário aplicado, que serão apresentadas na sequência do capítulo.

Em relação ao IMESC, é importante destacar que seu próprio Regulamento já prevê que uma de suas funções é realizar perícias requisitadas pelas autoridades competentes

¹⁰⁸ O regulamento de honorários do IBAPE/SP pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: http://www.ibape-sp.org.br/arquivos/regulamento_de_honorarios.pdf. (Acessado em 04/11/2013)

e cooperar com os órgãos da Administração Direta e Indireta.¹⁰⁹ Destarte, o Instituto é extremamente utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a realização de perícias médicas, principalmente exames de investigação de paternidade.¹¹⁰ Cabe ressaltar que normalmente não são encontrados obstáculos para que o beneficiário da gratuidade de justiça realize perícias médicas, em decorrência da atuação do IMESC. O único problema enfrentado na maioria das vezes é o tempo para a realização do exame, em razão da grande demanda. Porém, trata-se de exemplo de uma iniciativa que ajuda a solucionar parte da questão enfrentada. Ou seja, a atuação desse tipo de órgão é uma das possíveis soluções a serem ponderadas.

Passemos, agora, à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De início, necessário destacar que o Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que cabe ao Estado arcar com os custos da perícia quando esse ônus recai sobre o hipossuficiente¹¹¹. A título de exemplo, destacamos a seguinte parte da ementa de um desses julgados:

“AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA - Decisão que determinou à autora o pagamento dos honorários periciais - Inconformismo - Acolhimento - Autora beneficiária da gratuidade processual - Prova pericial que deve ser custeada pelo Estado - Inteligência do disposto no art. 3º, inc. V, da Lei n. 1.060/1050 c.c. o art. 236, caput, da Lei Complementar Estadual n. 988/2006 - Decisão reformada - Recurso provido”.¹¹²

¹⁰⁹ “Artigo 3º - O IMESC tem por finalidade:(...) IV - cooperar com os órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado, na esfera de suas atribuições; V - realizar perícias, exames de personalidade e de capacidade profissional, requisitados pelas autoridades competentes;”

¹¹⁰ “É considerado um dos maiores centros de Investigação de Paternidade do mundo (...)”. Informação disponível em <http://www.imesc.sp.gov.br/>. (Acessado em 04/11/13)

¹¹¹ Posição sustentada em diversos acórdãos como: Posição sustentada em diversos acórdãos como: AI n.º 0088507-83.2013.8.26.0000, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 29.05.2013; AI n.º 0015512-72.2013.8.26.0000, Rel. Des. Armando Toledo, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 30.04.2013; AI n.º 0274677-03.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.04.2013.

¹¹² AI n.º 0088507-83.2013.8.26.0000, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 29.05.2013

Contudo, apesar de o Tribunal de Justiça já ter fixado a sua posição, alinhado ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, outras questões devem ser analisadas mais a fundo. Um primeiro ponto que deve ser destacado é que a despeito do posicionamento do Tribunal, os juízes de primeira instância frequentemente ainda determinam que o beneficiário da gratuidade de justiça antecipe os honorários do perito. Essa postura foi encontrada em diversos acórdãos.¹¹³ Porém, para termos uma conclusão mais precisa sobre a atuação dos magistrados de primeira instância, dependeríamos de outros elementos de pesquisa, mas podemos ventilar, como possíveis causas, o desconhecimento dessa orientação por parte dos juízes ou a falta de executoriedade dos comandos do Tribunal.

Um ponto que ainda é muito discutido e aparece em diversos acórdãos é a inversão do ônus da prova. Muitos magistrados de primeira instância têm se aproveitado da previsão de inversão do ônus da prova, disposta no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para também inverter o que se chamou de ônus econômico da prova.¹¹⁴ Para elucidar, trazemos um exemplo simples. Pensemos numa ação na qual o autor seja beneficiário da gratuidade de justiça e o réu seja uma empresa. Estando presente um dos requisitos do mencionado artigo¹¹⁵, o ônus da prova poderá ser invertido em favor do consumidor. Nesse caso, esse ônus de produzir a prova será transferido ao fornecedor.

Porém, em nenhum momento o supracitado inciso faz qualquer referência em relação à inversão do ônus econômico da prova, isto é, não traz previsão de que cabe ao fornecedor o custeio da prova a ser produzida. Assim, não está estipulado que o fornecedor deva arcar com os honorários do perito ou sua antecipação.

¹¹³ Nesse sentido, temos os seguintes acórdãos: AI nº 0274677-03.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.04.2013 e AI nº 0088507-83.2013.8.26.0000, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 29.05.2013;

¹¹⁴ AI nº 0082502-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 18.06.2013; AI nº 0053706-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Natan Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e AI nº 0261540-51.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 04.04.2013.

¹¹⁵ Lembrando que os critérios são a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor e que nos filiamos à corrente que entende serem tais critérios alternativos (nesse sentido, ver nota 82).

Importante frisar que a inversão do ônus da prova é distinta da inversão do ônus econômico dessa prova. A primeira determina que cabe à outra parte (isto é, a aquela que normalmente não incumbiria a prova) provar determinado fato. Caso a parte incumbida não a produza, as consequências da não produção serão determinadas no momento da sentença, que utilizará o ônus da prova como uma regra de julgamento.¹¹⁶ Porém, não se pode obrigá-la a pagar por uma prova que não requisitou, mesmo que seja seu ônus provar o determinado fato.

Por esse motivo, tem se consolidado o entendimento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como dissemos, que a inversão do ônus da prova não acarreta a inversão do ônus econômico da mesma¹¹⁷, apesar de alguns acórdãos divergentes¹¹⁸. Destacamos a argumentação de um acórdão que traz a posição majoritária:

*“[a] inversão do ônus da prova do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que diz respeito ao artigo 333 do Código de Processo Civil, não se confunde com os encargos a quem compete adiantar o pagamento correspondente às despesas e à remuneração provisória do perito, cuja previsão se encontra nos artigos 19 e 33 do Estatuto Processual”.*¹¹⁹

No mesmo sentido, temos a seguinte opinião:

¹¹⁶ “Enfim, inversão do ônus probatório não é inversão do custo de uma prova, senão a verificação sobre a quem prejudica a sua não realização” (AI nº 0082502-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 18.06.2013)

¹¹⁷ Nesse sentido: AI nº 0082502-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 18.06.2013; AI nº 0053706-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Natan Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

¹¹⁸ AI nº 0258303-09.2012.8.26.0000, Rel. Des. José Marcos Marrone, 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 27.02.2013 e AI nº 0039381-64.2013.8.26.0000, Rel. Des. José Marcos Marrone, 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 22.05.2013 (Trata-se da mesma Câmara e do mesmo relator).

¹¹⁹ AI nº 0053706-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Natan Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*“[a]ssim, por força da norma extraída do artigo 33, caput, do Código de Processo Civil, o fato de o litigante ser pobre, na acepção jurídica do termo ou, hipossuficiente, sob o ponto de vista consumerista - não podendo arcar com os honorários periciais em processo, no qual seja beneficiário da gratuidade processual -, não acarreta a transferência deste ônus à Requerida, não se confundindo a regra de pagamento das despesas processuais, contida no artigo 19 do CPC, com a inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código do Consumidor”.*¹²⁰

Superada essa questão da inversão do ônus da prova, passemos a analisar quais são as soluções práticas determinadas pelos desembargadores. Em primeiro lugar, importante notar que muitos acórdãos determinam que o Estado deva arcar com os honorários do perito, mas não mencionando de que forma.¹²¹ Nessa mesma linha, alguns julgados mencionam explicitamente que não cabe a nenhuma das partes a antecipação dos honorários periciais, mas não diz expressamente se cabe ao Fundo de Assistência Jurídica antecipar ou não (o que seria impossível, haja vista a Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública).¹²² Contudo, boa parte dos acórdãos repete a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, determina que seja perguntado ao perito se ele aceita receber só ao final; caso não concorde, deve o juiz designar especialista de estabelecimento público.¹²³

Todas essas decisões, apesar de resolverem as questões jurídicas, estão longe de solucionar os problemas práticos de se encontrar um perito que aceite o encargo. Isso porque, a partir do momento no qual o perito se recusa a realizar o serviço, a procura por um estabelecimento oficial que forneça um especialista é muito difícil, principalmente pensando

¹²⁰ AI nº 0015512-72.2013.8.26.0000, Rel. Des. Armando Toledo, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 30.04.2013.

¹²¹ AI nº 0274677-03.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.04.2013.

¹²² AI nº 0015512-72.2013.8.26.0000, Rel. Des. Armando Toledo, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 30.04.2013.

¹²³ AI nº 0266501-35.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.12.12.

em cidades do interior. Parte desse problema é a ausência de um banco de dados que congregue esses órgãos oficiais. Assim, na prática, em alguns casos o Tribunal apenas devolve o problema à primeira instância, sem uma resolução efetiva.

Falaremos, agora, de uma situação específica encontrada em um dos acórdãos pesquisados. Foi dito, quando da análise da legislação de São Paulo, que o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado estabeleceu uma resolução para regulamentar o pagamento dos honorários periciais pelo Fundo de Assistência Judiciária. Nessa deliberação, está expressamente previsto que não há verbas para perícias complementares (art. 3º, inciso III). Ao se deparar com tal situação, o Tribunal de Justiça determinou que não caberia à parte beneficiária arcar com esse custo e trouxe a solução fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.¹²⁴ Porém, caso o perito concordasse em receber ao final, com a negativa da Defensoria Pública em reservar seus honorários, aquele teria que cobrar diretamente do Estado a remuneração de seus serviços. Sobre essa execução direta do Estado, nos determos a seguir.

Dois acórdãos em específico nos chamaram a atenção e merecem destaque. O presente trabalho vem apontando as dificuldades que o perito encontra para exercer o seu ofício nas ações nas quais os seus honorários dependam do pagamento pelo Estado. Alguns dos principais problemas são o valor da remuneração e a dificuldade para percebê-la. Nesse sentido, encontramos dois acórdãos nos quais os peritos foram nomeados para trabalhar e o ônus de pagá-los recaiu sobre o beneficiário da gratuidade de justiça. Nos casos, os *experts* ao tentarem cobrar seus honorários do Estado (aquele que tem o dever de pagá-los), sofreram resistência por parte da Fazenda Pública.

Fazemos referência às apelações de n.º 0060499-72.2009.8.26.0506¹²⁵, de relatoria da Desembargadora Isabel Cogan e de n.º 0003559-79.2010.8.26.0659¹²⁶, de

¹²⁴ AI n.º 0266501-35.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.12.12.

¹²⁵ AP n.º 0060499-72.2009.8.26.0506, Rel. Des. Isabel Cogan, 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 17.04.2013.

¹²⁶ AP n.º 0003559-79.2010.8.26.0659, Rel. Des. Júlio Vidal, 28ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 11.06.2013

relatoria do Desembargador Júlio Vidal. Por trata-se de um acórdão mais completo, consequentemente com mais argumentos, abordaremos o primeiro julgado.

O relatório do acórdão traz as diversas matérias suscitadas pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em sua apelação contra a sentença que determinou que esta pagasse os honorários do perito, pois o sucumbente na ação litigava sob o pálio da gratuidade de justiça. Dentre os argumentos apresentados, destacamos: (i) alegou ser a via inadequada para exigir o crédito (o perito entrou com processo de execução de título extrajudicial), pois deveria ter sido ajuizada ação de conhecimento, vez que o Poder Público não foi parte do processo; (ii) afirmou que o mero fato de ter sido nomeado judicialmente em processo no qual o interessado era beneficiário da gratuidade de justiça não dá ao perito direito de auferir a honorária arbitrada; (iii) sustenta que o título só é oponível em face de quem participou do processo, não podendo ser feito contra terceiros; (iv) discorre sobre a forma de nomeação do perito e deduz que a cobrança é indevida e excessiva, pois a reiterada concessão de gratuidade de justiça enseja a nomeação de perito às custas do Estado, o que alimenta um círculo vicioso, prejudica o erário e cria benefícios ao profissional nomeado, o qual passa a ter, na realidade, um emprego público e deixa de exercer apenas um múnus; (v) por fim, alega prescrição e excesso de execução (questões que não fazem parte do objeto da pesquisa).

Expostos os argumentos da Fazenda Pública, passemos a apontar as razões explicitadas pelo Desembargador relator em sua decisão. A alegação de inadequação da via foi afastada, fundamentando-se com o disposto no artigo 585, inciso VI¹²⁷, do Código de Processo Civil, em conjunto com a súmula 279 do Superior Tribunal de Justiça¹²⁸. O argumento de que não caberia à Fazenda Pública o pagamento dos honorários, pelo fato de não ter sido parte no processo no qual houve a fixação, foi desconsiderado pelos seguintes motivos: (i) o artigo 585, inciso VI, do CPC, não faz ressalva em relação a participação ou não do Poder Público no processo em que se constituiu o título executivo extrajudicial; (ii) não há violação do devido processo legal, pois a Fazenda Pública tinha a possibilidade de

¹²⁷ “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...)

VI - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial”

¹²⁸ “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

opor embargos à execução e discutir a constituição do título; (iii) o perito atua como “longa manus” do Estado, em colaboração com o Estado-Juiz e, dessa forma, houve participação direta do Poder Público; (iv) por fim, não houve excesso no valor fixado.

Sobre a concessão da justiça gratuita e o modo de nomeação de peritos nesses processos, o julgador disse que a questão ultrapassa os limites da demanda, mas faz as seguintes considerações:

“[a] se permitir tal embate, estar-se-ia ingressando em discussão extra-autos, mormente porque tal questão envolve, dentre outras matérias, política executiva de implementação da prestação jurídica integral e o princípio da reserva do possível, pois, é cediço, que o próprio Estado não oferece condições de disponibilizar, nos quadros permanentes do Poder Judiciário, auxiliares ao juízo nas diversas áreas do conhecimento e que pudessem, assim, exercer os encargos necessários ao desate das demandas, o que tornaria menos oneroso o processo para as partes”.

Na mesma linha, prosseguiu o desembargador:

[I]ogo, não cabe ao Estado discutir uma prática que, infelizmente, ele mesmo dá causa em face de sua deficiência em prestar assistência jurídica integral aos jurisdicionados, cabendo a ele suprir as necessidades da parte que é beneficiária da justiça gratuita e arcar com o pagamento da remuneração arbitrada ao perito”.

E, por fim, encerrou dizendo:

“[d]o contrário, sem o pagamento da honorária, não haveria perito, e sem a prova pericial, a assistência jurídica não seria integral e, conseqüentemente, tornaria letra morta o mandamento constitucional, impossibilitando ao hipossuficiente receber o bem da vida perseguido”.

Mais do que expor as coerentes considerações do julgador, nossa intenção ao destrinchar as argumentações desse acórdão era demonstrar que além de pagar um valor que normalmente traz prejuízos ao perito, o Estado ainda dificulta o recebimento dessas verbas, valendo-se de argumentos sem qualquer cabimento jurídico. Assim, em resumo, além de aceitar um serviço por um valor baixo, o perito ainda está exposto à possibilidade de ter que litigar judicialmente contra o Estado que se recusa a pagá-lo, acarretando em mais gastos financeiros e de tempo.

5.1.4. Legislação e jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro

Como afirmado acima, utilizaremos a legislação do Estado do Rio de Janeiro para a elaboração de um quadro comparativo com a situação do Estado de São Paulo. Desse modo, não nos preocuparemos em analisar profundamente disposições quanto às formas de arrecadação e utilização dos recursos, assim como fizemos com São Paulo. Iremos nos deter especificamente às legislações concernentes ao pagamento dos honorários do perito quando esse ônus recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça.

Apesar da ressalva exposta acima, torna-se necessária uma observação, de cunho geral, que será necessária para o resto da análise. Como visto, o Estado de São Paulo possui um fundo específico para o custeio dos atos necessários realizados pelo hipossuficiente econômico, o Fundo de Assistência Judiciária, gerido pela Defensoria Pública do Estado. Assim, a administração desses recursos não é feita pelo Tribunal de Justiça, o que resulta numa destinação específica de parte dos valores angariados a título de custas e emolumentos para esse fundo.

No Estado do Rio de Janeiro, contudo, o Tribunal de Justiça possui autonomia financeira, em decorrência da criação do Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ, estabelecido pela Lei n.º 2.524 de 1996. Por esse motivo, o Tribunal gere recursos próprios e os destina, dentre outras áreas, para custeio dos atos praticados pelo beneficiário da gratuidade de justiça. Feita essa ressalva, que se mostrará necessária mais abaixo, passemos às disposições que são objeto do tema central dessa pesquisa.

Uma das normas mais importantes sobre esse tema são as Resoluções 20 e 21 do Conselho da Magistratura do Rio de Janeiro, ambas de 2006. Inicialmente, confirmando a relevância do tema desta pesquisa, colacionamos a seguinte parte da exposição de motivos dessas resoluções: “*CONSIDERANDO a dificuldade dos Juizes (SIC) em obter peritos que aceitem realizar seu labor gratuitamente, sem prejuízo dos prazos determinados pelo Magistrado*”.¹²⁹

Já em seu artigo primeiro é mencionada a possibilidade de o juiz nomear um perito de sua confiança ou um perito cadastrado na Divisão de Perícias Judiciais.¹³⁰ A partir disso, podemos extrair a primeira diferença em relação ao Estado de São Paulo, qual seja, um banco de dados, ou cadastro, que congregue nomes de diversos peritos das mais variadas especialidades. Sobre esse cadastro, destacamos a Resolução 03 de 2011, também do Conselho da Magistratura, que regula e unifica esse sistema de informação. Contudo, a respeito dessa resolução, voltaremos mais adiante.

¹²⁹ As exposições de motivo seguem da seguinte forma: “*CONSIDERANDO que se têm observado alguns embaraços, no âmbito da Justiça Estadual, no que respeita ao normal processamento de causas com deferimento da gratuidade de justiça; CONSIDERANDO que é dever do Poder Judiciário, no âmbito de sua atuação, zelar e garantir eficiência de seus atos, mormente à carência observada quando se depara com os processos que detêm gratuidade de justiça junto a Justiça Estadual de Primeira e Segunda Instância; CONSIDERANDO que as perícias judiciais nos processos que tramitam no poder judiciário estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído a parte beneficiária da gratuidade de justiça, devem prosseguir de forma célere e adequada; CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar procedimento administrativo para o pagamento de honorários, visando permitir ao profissional uma remuneração básica, a título de ajuda de custos, para realização da perícia judicial nas Ações sob o pálio da Gratuidade de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro; RESOLVE: (...)*”

¹³⁰ “Art. 1º - A perícia será autorizada diretamente pelo Juiz, por despacho nos autos do processo deferindo a sua realização, nomeando profissional de sua confiança ou, a seu critério, solicitando indicação, através de ofício, conforme ANEXO III, de perito cadastrado na Divisão de Perícias Judiciais - DIPEJ, da Diretoria Geral de Apoio aos Órgãos Jurisdicionais. No primeiro caso (perito nomeado), deverá o magistrado encaminhar ofício solicitando a inclusão do perito no projeto, conforme ANEXO IV”.

Voltando às resoluções 20 e 21, destacamos que elas determinam que os honorários do perito devem somente ser liberados após a apresentação do laudo (art. 2º)¹³¹. Caso o perito seja cadastrado, a liberação ocorre de maneira mais simples, mediante a apresentação da decisão de designação. Caso o perito não seja cadastrado, além da decisão de designação, ele deve apresentar documentos comprobatórios de sua formação como currículo, diplomação, entre outros. Um ponto importante, na esteira do que dissemos no início do presente item, é que o pagamento é realizado diretamente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através do FETJ.

Além disso, destacamos que os valores dos honorários, que são designados como *“remuneração básica a título de ajuda de custos para realização da perícia judicial nos casos de Gratuidade de Justiça”* são fixados nos valores máximos de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), que são corrigidos anualmente. Desse modo, diferentemente do que ocorre com a tabela de honorários da resolução da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a remuneração do perito no Estado do Rio de Janeiro não é fixada em relação ao valor da causa. Porém, assim como em São Paulo, no Rio de Janeiro o perito não faz jus ao adiantamento dos honorários periciais (Art. 2º, § 2º)¹³².

Como similarmente disposto na legislação paulista, os honorários pagos pelo Tribunal de Justiça devem ser restituídos caso o beneficiário da gratuidade de justiça saia como vencedor do litígio. Assim, a outra parte, caso também não seja beneficiária, deve devolver o valor pago ao perito, acrescendo-se a correção monetária.

Voltemos, então, à Resolução 02 de 2011 do Conselho da Magistratura do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o cadastro dos peritos junto ao Tribunal de Justiça. A resolução estabeleceu a criação de um Cadastro Único de Peritos – CUP, com a intenção de unificar todos os bancos de dados. A norma ainda previu a possibilidade de dois tipos de regimes de

¹³¹ “Art. 2º - O Tribunal de Justiça só autorizará o pagamento da perícia, após a entrega do laudo pericial, pagamento esse que deve ser solicitado por ofício, conforme ANEXO V, acompanhado dos seguintes documentos: (...)”.

¹³² “§ 2º - O Tribunal de Justiça não antecipará ao perito, em qualquer hipótese e a qualquer título, valores para custear despesas decorrentes do trabalho pericial a ser realizado”.

cadastro. No primeiro, o perito é exclusivo do Juízo indicado (art. 2º)¹³³. Já no segundo, o perito pode se cadastrar para ser designado por qualquer juízo do Tribunal de Justiça do Estado (art. 3º)¹³⁴.

Nos casos de processos sob o pálio da assistência judiciária gratuita, o perito cadastrado na forma do art. 3º pode requerer ajuda de custo, que será paga ao final, segundo a disponibilidade orçamentária do Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ. Assim como nas outras resoluções supracitadas, essa disposição reforça a impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais.

Para finalizar, necessário destacar que essa resolução prevê sanções administrativas aos peritos, complementando as vagas disposições do Código de Processo Civil. Como exemplo, é previsto como conduta passível de aplicação de sanção “*deixar o perito de cumprir o encargo na forma determinada nos autos, salvo justificativa aceita pelo juiz*”. As sanções vão desde advertência até exclusão definitiva do cadastro integrado do Tribunal de Justiça.

Passamos, agora, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, antes de prosseguirmos, cabe reforçar a ressalva feita acima. Tratando-se da jurisprudência de um Estado utilizado como base de comparação, nos aprofundaremos menos em relação à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objeto principal da nossa pesquisa.

Feita essa advertência, frisamos que assim como ocorre no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não deixa dúvidas em seus julgados sobre a obrigação do Estado de arcar com os custos da perícia, quando esse ônus recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça.¹³⁵ Além disso, seguindo a orientação das Resoluções 20 e 21 do

¹³³ “Art. 2º- Os peritos exclusivos do Juízo deverão apresentar à DIPEJ, para fins de cadastramento neste Tribunal, os seguintes documentos: (...)”

¹³⁴ “Art. 3º - Os peritos interessados em se cadastrarem neste Tribunal para fins de indicação aos diversos juízos de direito deste Estado deverão apresentar à DIPEJ os seguintes documentos: (...)”.

¹³⁵ AI nº 0037878-03.2013.19.0000, Rel. Des. Cherubin Schwartz, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 19.07.2013; AI nº 0018187-03.2013.8.19.0000, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 29.07.2013; e AI nº 0039074-

Conselho da Magistratura, o Tribunal é uníssono ao afirmar que não cabe antecipação dos honorários quando este ônus recai sobre o hipossuficiente econômico, devendo a remuneração do *expert* ser paga ao final do processo, pelo sucumbente.¹³⁶ Em sendo o sucumbente beneficiário da gratuidade de justiça, entende-se, pacificamente, que os honorários devem ser pagos pelo Estado.

Interessante notar que, assim como no Estado de São Paulo, no Rio de Janeiro os magistrados de primeira instância frequentemente invertem o ônus da prova em conjunto com o ônus econômico da prova.¹³⁷ Sobre essa questão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui postura consolidada em relação a não coincidência da inversão do ônus econômico com a inversão do ônus da prova. Tão forte é esse entendimento, que ensejou a elaboração da Súmula 229, do TJRJ, que diz:

“A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor, uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar, necessariamente, na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito”.

Contudo, apesar da súmula, como visto, os juízes de primeira instância ainda insistem em inverter o ônus econômico da prova.

Pela leitura dos acórdãos, nos parece que a questão dos honorários do perito está bem definida pela legislação estadual, de modo que o entendimento do Tribunal de Justiça é

08.2013.8.19.0000, Rel. Des. Jessé Torres, 2ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 18.07.2013.

¹³⁶ AI nº 0034067-35.2013.8.19.0000, Rel. Des. Norma Suely Fonseca Quintes, 8ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 22.07.2013; AI nº 0042842 -39.2013.8.19.0000, Rel. Des. Gabriel Zefiro, 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 07.08.2013; e AI nº 0037890-17.2013.8.19.0000, Rel. Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa, 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 17.07.2013.

¹³⁷ AI nº 0018187-03.2013.8.19.0000, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 29.07.2013; AI nº 0034067-35.2013.8.19.0000, Rel. Des. Norma Suely Fonseca Quintes, 8ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 22.07.2013; e AI nº 0037579-26.2013.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Foch, 3ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 18.07.2013.

praticamente único em todos os julgados. Assim sendo, encontramos apenas um julgado que faz expressa referência à posição do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de que o juiz deve nomear o perito e argui-lo sobre a possibilidade de receber só ao final; não havendo concordância, o juiz deve nomear especialista de órgão oficial.¹³⁸ Isso dá indícios de que as disposições estaduais têm resolvido de maneira satisfatória a questão. Contudo, é claro que uma avaliação precisa somente poderia ser feita com outros dados de pesquisa.

4.1.5. Legislação e jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul

Assim como dito no início da análise da legislação do Rio de Janeiro, afirmamos que a nossa intenção neste item é abordar as disposições específicas do Estado do Rio Grande do Sul em relação aos honorários periciais em ações com gratuidade de justiça. Desse modo, não realizaremos uma abordagem tão ampla quanto a feita com o Estado de São Paulo, por ser o Rio Grande do Sul somente uma base de comparação de modelos.

Dito isso, iniciaremos comentando a principal norma concernente ao objeto desta pesquisa, o Ato 051/2009-P, da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹³⁹ Assim como ocorre no Estado do Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul o pagamento dos custos com processos sob o pálio da gratuidade de justiça são realizados pelo Tribunal de Justiça. A diferença, no entanto, é que no primeiro estado o Tribunal de Justiça possui autonomia financeira em relação às receitas do Estado, sendo que no segundo, não.

O supramencionado ato inicia expondo em quais situações o Tribunal deva arcar com os honorários do perito. Em relação a isso, tivemos a oportunidade de esclarecer no item 3.2.4, em quais casos o ônus de arcar com os honorários pode recair sobre o hipossuficiente econômico. Prossegue o dispositivo afirmando que o juiz deve arbitrar os honorários periciais no limite da tabela estabelecida no mesmo Ato. Contudo, diferentemente das outras legislações acima abordadas, existe autorização expressa para que o valor possa ultrapassar o

¹³⁸ AI nº 0039074-08.2013.8.19.0000, Rel. Des. Jessé Torres, 2ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 18.07.2013.

¹³⁹ Ato posteriormente alterado pelos atos 034/2010-P, 001/2012-P e 002/2013-P.

limite da tabela, caso o juiz justifique a fixação e haja autorização do Presidente do Tribunal de Justiça (Art. 1º, § 2º)¹⁴⁰. Essa cláusula garante ao sistema uma flexibilidade não encontrada nos outros Estados.

O Ato estabelece como regime geral para a percepção dos honorários o momento após o término do prazo para que as partes se manifestem sobre o laudo ou, caso haja pedido de esclarecimentos, após este momento. Contudo, há ainda um regime específico para os casos em que o magistrado arbitre um valor superior ao disposto da tabela. Nesses casos, o perito só recebe após o trânsito em julgado da sentença, devendo desta constar quem foi o beneficiário da gratuidade de justiça, qual a parte sucumbente e, em algumas situações, a proporção da sucumbência. Mostra-se essa disposição como uma segurança para o Tribunal de Justiça, pois, caso os honorários fossem pagos antes do trânsito em julgado e a parte sucumbente tivesse que reembolsar os valores, haveria risco de inadimplemento e consequente desfalque ao erário.

Com relação aos valores pagos, deve-se destacar que a tabela que os fixa é a mais detalhada dentre as pesquisadas. As matérias são divididas (ciência contábeis, engenharia, medicina etc) e cada procedimento é particularizado. No caso, o maior montante a ser pago é para a realização de perícia *demarcatória com georreferenciamento*, no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), muito superior ao pago nos outros Estados. Ressalte-se, ainda, que assim como observado nas legislações dos outros Estados, estabelece expressamente o Ato a impossibilidade de adiantamento dos honorários do perito.

Um ponto que merece maior atenção é em relação às perícias médicas. O Ato dispõe que esse tipo de avaliação deve ser feito, preferencialmente, pelo Departamento Médico Judiciário, órgão do Tribunal de Justiça responsável pelo setor de perícias médicas. Nesse sentido, nos casos de exame de investigação de paternidade, cabe mencionar o

¹⁴⁰ “§ 2.º - EXCEPCIONALMENTE, QUANDO A PERÍCIA APRESENTAR ALGUMA PECULIARIDADE E GRAU DE COMPLEXIDADE QUE DEMONSTRE A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAR O LIMITE DOS VALORES ESTABELECIDOS NESTE ATO, O MAGISTRADO DEVERÁ REQUERER, MEDIANTE POSTULAÇÃO OBJETIVAMENTE FUNDAMENTADA, AUTORIZAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR MEIO DE OFÍCIO (ANEXO II) DEVIDAMENTE INSTRUÍDO COM CÓPIA DAS PEÇAS QUE JUSTIFIQUEM ESSA MEDIDA, PARA FIXAR OS HONORÁRIOS PERICIAIS EM PATAMAR SUPERIOR AO LIMITE DA TABELA CONSTANTE DO ANEXO I”.

convênio firmado entre o Tribunal de Justiça e algumas entidades, entre elas Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mas, principalmente, a Fundação Estadual de Promoção e Pesquisa em Saúde, firmado no ano de 2007. A preferência pela realização desse exame mediante esses convênios está exposto no § 5.º, do artigo 6.º¹⁴¹.

Passemos agora, para finalizar este ponto, para a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em primeiro lugar, assim como se depreende da legislação acima observada, o Estado do Rio Grande do Sul tem estabelecido normas específicas para a questão dos honorários do perito. Dessa forma, encontrou-se em todos os julgados o reconhecimento de que cabe ao Estado arcar com esses custos.¹⁴² Além disso, na maioria dos acórdãos encontramos referência expressa ao Ato 051/2009-P, da Presidência do Tribunal, que traz as disposições da forma de pagamento. Importante ressaltar, que assim como consta desse ato normativo, o Tribunal determina o pagamento ao final do processo, sem que haja antecipação dos honorários provisórios.¹⁴³

Nota-se que, assim como nos outros dois Estados, encontramos decisões nas quais os magistrados de primeira instância ao inverterem o ônus da prova, também invertem o ônus econômico da prova.¹⁴⁴ Seguindo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal do Rio Grande do Sul também entende que a inversão do ônus da prova não acarreta a inversão do ônus econômico da prova. Nesse sentido, temos a seguinte fundamentação:

¹⁴¹ “§ 5.º - NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE EM QUE AS PARTES SEJAM BENEFICIÁRIAS DA AJG, O MAGISTRADO DEVERÁ ENCAMINHAR O PEDIDO DE PERÍCIA AO DMJ, QUE OBSERVARÁ O CONVÊNIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM A UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL E/OU OUTROS ÓRGÃOS CONVENIADOS”.

¹⁴² Como exemplo, destacamos os seguintes acórdãos: AI nº 0230049-79.2013.8.21.7000, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 26.06.2013 e AI nº 0314626-87.2013.8.21.7000, Rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 08.08.2013.

¹⁴³ AI nº 0190476-34.2013.8.21.7000, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 26.06.2013; AI nº 0230049-79.2013.8.21.7000, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 26.06.2013

¹⁴⁴ AI nº 0314626-87.2013.8.21.7000, Rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 08.08.2013 e AI nº 0244356-38.2013.8.21.7000, Des. Luis Augusto Coelho Braga, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

*“[c]om efeito, a regra contida no artigo 6º, inciso VIII, do Estatuto Consumerista, implica, tão-somente, inversão do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil e não a inversão da obrigação do pagamento previsto no artigo 33 do aludido Diploma, segundo o qual a responsabilidade pela remuneração do perito incumbe à parte que houver requerido a prova, ou ao autor quando a prova tiver sido requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo Juiz”.*¹⁴⁵

Além disso, o mesmo acórdão do trecho acima colacionado faz expressa referência à posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

*[o]corre que, muitas vezes, não há como obrigar o Estado a suportar tal encargo, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado, caso o perito não concorde em receber ao final, pela nomeação de um técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da produção da prova pericial, que deve ocorrer em colaboração com o Poder Judiciário”.*¹⁴⁶

Por fim, cabe destacar um acórdão que trouxe uma situação rara e mostrou a flexibilidade do Tribunal de Justiça. Tratou-se do julgamento de uma ação de investigação de paternidade *post mortem* que, em decorrência da ausência de herdeiros vivos, necessitava de exame de exumação do *de cujos*, procedimento este não previsto pelo DMJ e nem pelo convênio com o FEEPS e de alto custo.¹⁴⁷ Além disso, ambas as partes litigavam sob o pálio da gratuidade de justiça. O recurso foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, que

¹⁴⁵ AI nº 0314626-87.2013.8.21.7000, Rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 08.08.2013

¹⁴⁶ Idem nota supra.

¹⁴⁷ AI nº 0367652-34.2012.8.21.7000, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 27.06.2013.

alegava que não deveria arcar com os custos da perícia naquele momento, sendo de sua responsabilidade o pagamento caso, ao final da demanda, o sucumbente fosse beneficiário da gratuidade de justiça.

Sendo ambas as partes beneficiárias, o ônus ao final seria do Estado de qualquer maneira. Assim, o Tribunal de Justiça, por maioria, determinou que Estado arcasse com os custos do procedimento, haja vista que este era essencial para a elucidação dos fatos e que não havia a possibilidade de realização de outro exame. Da fundamentação do relator, destacamos o seguinte trecho:

“[e] mais, redundaria em julgamento preconceituoso, onde o indeferimento se daria pela condição econômica das partes, que ao litigarem sob a gratuidade não poderiam lançar mão de todo o manancial probante que aqueles que pagam dispõem”.

Ao que prosseguiu o julgador com a seguinte assertiva:

“[d]este modo, inspirado pela venda simbólica usada pela imagem da Themis, que representa a Justiça, concluí que tanto MB quanto os herdeiros do investigado têm direito de receber a melhor Justiça que pudermos a eles disponibilizar, mesmo que para tanto o Estado tenha que arcar com custos mais elevados do que o de costume. Afinal, assim como compreendeu o juízo singular, que é o destinatário final da prova, estamos diante de excepcional caso que exige, para a boa prestação jurisdicional, que perícia genética seja realizada a partir da exumação do cadáver do investigado”.

Fizemos questão de destacar esse acórdão para demonstrar que o Poder Judiciário não pode se ater, única e exclusivamente, à literalidade das disposições normativas que regulam as diversas situações. No caso, apesar de ser um procedimento caro e não previsto

nas tabelas oficiais, o exame era necessário para a elucidação dos fatos. Assim, garantir o acesso à Justiça ao hipossuficiente econômico demanda, em casos específicos, que o Poder Judiciário abra exceções em relação às regulamentações administrativas.

4.2. Apresentação das entrevistas – Ações individuais

Conforme mencionado na exposição da metodologia do trabalho, apresentaremos neste ponto o resultado das pesquisas realizadas com profissionais que trabalham diretamente com a questão abordada.

Traremos as respostas de forma livre, não se atendo necessariamente à ordem das questões. Nosso objetivo é expor os pontos que entendemos como relevantes, sempre levando em consideração os diferentes atores.

A primeira informação a ser extraída foi se a questão do pagamento dos honorários do perito, quando esse ônus recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça, é um problema ou não. Dos quinze entrevistados, quatorze disseram que a situação era problemática. Os motivos apresentados serão expostos abaixo.

Em seguida, perguntou-se aos entrevistados em quais áreas do direito atuaram ou atuam. A intenção da pergunta era limitar a abrangência da pesquisa. Dentre as respostas de todos os profissionais, pudemos concluir que os nossos entrevistados atuam ou já atuaram nas varas cível, de família e da fazenda pública. Segundo os entrevistados, as matérias nas quais há maior incidência de perícias são as que envolvem relações contratuais, questões de direitos reais, entre possessórias e reivindicatórias, usucapião, além de indenizatórias, com destaque para ações decorrentes de seguro DPVAT (matéria muito recorrente na jurisprudência de todos os Estados pesquisados).

Dentre os tipos de perícia mais citadas, destacamos as relacionadas à engenharia civil, ou seja, as de avaliação e vistoria de imóveis, as de medições e demarcações em ações de usucapião. Ademais, foram comumente citadas as perícias contábeis, como apuração de haveres, prestação de contas e cálculos financeiros em geral, principalmente em ações de

revisão de contratos bancários. Destacaram-se, ainda, os cálculos de lucros cessantes e danos emergentes, em ações indenizatórias. Por fim, foram mencionadas as perícias médicas, sempre com a ressalva de que sua realização ocorre pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC.

Foram elaboradas perguntas específicas para os juízes e promotores com o objetivo de aferir a forma pela qual se lida com a questão da nomeação dos peritos. Assim, perguntou-se quais foram as soluções encontradas quando se depararam com a questão da nomeação.

As respostas dadas pelos juízes demonstraram a dificuldade de se encontrar um profissional para trabalhar em uma “perícia graciosa”, como é comumente designada. Um ponto frequente foi a ideia de “boa vontade” do perito em aceitar o encargo.

“Não há muito o que fazer. Os juízes acabam na prática dependendo, por incrível que pareça, da boa vontade dos peritos com que trabalham, no sentido de aceitar as nomeações para casos em que a parte não pode pagar, mesmo não sendo obrigados, a rigor, a isso”. (Magistrado)

“Contei com a colaboração de peritos que prestavam serviços na Vara, de sorte que não foi preciso que o beneficiário da gratuidade de justiça antecipasse as despesas com honorários. Ou seja, a solução não foi jurídica”. Nesse mesmo sentido, informou outro juiz: “(...) ou contar com a colaboração de peritos habilitados na vara onde atuo, que benevolmente trabalham de graça”. Por fim: “(...) [caso não encontre perito disposto a aceitar a nomeação] entro em contato com perito de confiança e que aceite o encargo por consideração”. (Magistrado)

Outra solução não jurídica é a compensação realizada pelos juízes entre perícias consideradas “boas” (com honorários altos) e perícias ditas “ruins” (com baixos honorários ou sem honorários).

“Alguns juízes compensam os honorários recebidos pelo perito em casos de JG [Justiça Gratuita] com a fixação de valores mais altos em outras perícias. Eu evito fazer isso por acreditar que as partes de outros feitos não tem culpa pela má prestação do serviço de assistência judiciária no país”.
(Magistrado)

“Ele pode, eventualmente, aceitar o encargo, mas há um sério problema nisso: o perito financiará esses custos com os honorários de outras perícias, que serão consequentemente mais caras. Em outras palavras, outras partes arcarão com o custo da perícia de processos nos quais não estão envolvidos, como se fosse um tributo informal”. (Magistrado)

Observamos que parte dos juízes não mencionou o pagamento dos honorários pela Defensoria Pública como uma solução (salvo poucas exceções). De fato, o valor pago com os recursos do Fundo de Assistência Judiciária foi considerado como um dos fatores de desincentivo aos peritos para aceitar a nomeação.

“A Defensoria Pública paga valores módicos desde que o perito tenha paciência de esperar o pagamento (só paga ao final)”. No mesmo sentido: *“Tratando-se de caso complexo, é muito difícil encontrar perito que aceite realizar o trabalho. A remuneração fixada é muito baixa”.* (Magistrado)

Solução muito citada nas respostas é o encaminhamento de ofícios aos órgãos públicos para realizarem as perícias, em consonância com a orientação dos Tribunais Superiores.

“Há tentativa de oficiar órgãos públicos e universidades solicitando a indicação de profissionais dispostos a aceitar o encargo”. (Magistrado)

Contudo, foi exposta a dificuldade em se obter resposta dos órgãos públicos.

“Caso não se encontrem peritos dispostos a tanto [aceitar o encargo], tenho tentado a realização de perícias com órgãos públicos (polícia, universidade, etc.) – nem sempre com êxito (...)”. No mesmo sentido: *“Às vezes busca-se obter a colaboração de órgãos públicos diversos, mediante a indicação de profissionais de seus quadros, o que todavia envolve a dificuldade natural decorrente de não serem eles obrigados ao atendimento”.* (Magistrado)

Outra solução muito mencionada diz respeito à inversão do ônus da prova. Assim como já analisado na parte teórica do trabalho, muitas vezes os juízes invertem o ônus da prova junto com o ônus econômico da prova, ou seja, invertem o pagamento ou adiantamento dos honorários. Apesar da jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça entender que não pode ser invertido o ônus econômico da prova, alguns juízes admitiram que o fazem.

“Nestes casos [perícias muito complexas e, conseqüentemente mais custosas], determino o adiantamento dos honorários pela parte contrária, se não beneficiária (em caso de grandes empresas, por exemplo)”. (Magistrado)

Por fim, a última “solução” apresentada é contrária ao que disposto no ordenamento jurídico. Trata-se da determinação de parcelamento dos honorários do perito por parte do beneficiário da gratuidade de justiça.

“Explica-se o impasse à parte e, caso seja possível, a parte colabora com as despesas, ao menos em parte”. (Magistrado)

“Muitas vezes, acaba sendo feito um parcelamento dos honorários do perito, mas é uma solução que foge do problema, pois a parte beneficiária não é obrigada a aceitá-la, podendo insistir na gratuidade plena”. (Magistrado)

Do outro lado dessa questão encontramos os peritos. Assim, foi perguntado a estes qual a dinâmica quando realizaram perícias “graciosas”, se receberam os seus honorários e de que forma isso ocorreu. Alguns peritos responderam que os seus honorários foram pagos pela Defensoria Pública do Estado, normalmente consignando que o valor pago foi baixo e que não cobriu sequer as despesas.

“Na maioria dos casos, não recebi honorários. (...) Quando o Juízo determina que o pagamento dos honorários se dará ao final pelo sucumbente, o que ocorre é que nunca haverá recebimento algum, especialmente se o sucumbente for o beneficiário da justiça gratuita”. (Perito)

A questão da compensação realizada pelos juízes com nomeações com altos honorários intercaladas com nomeações com baixos honorários também apareceu nas respostas de alguns peritos.

“Sim, pois o recurso disponibilizado pela DPE é, muitas vezes, escasso e insuficiente para arcar com os próprios custos da perícia. Entretanto, não pode ser fator decisivo nas apurações técnicas e os Juízes, sempre, contrabalanceiam este prejuízo, distribuindo equiparidade de nomeações boas (com condições de cobrança, independente da parte que a quitará) com ruins (casos de justiça gratuita). Aliás, este é um acordo tacitamente firmado quando qualquer engenheiro procure trabalhar em parceria com o judiciário”. (Perito)

Um dos principais objetivos da pesquisa é identificar quais são os principais problemas enfrentados quando há necessidade de realização de perícia em um processo com gratuidade de justiça. A partir das respostas dadas, pudemos destacar algumas justificativas. Em primeiro lugar, recorrentemente os entrevistados mencionaram o baixo valor pago pela Defensoria Pública do Estado, administradora do Fundo de Assistência Judiciária, o que normalmente ocasiona prejuízos ao perito.

“(...) não diria que é um problema, diria que é um grande problema, na medida em que o perito realiza o trabalho sem ter pelo menos os custos suportados sem receber qualquer valor a título de honorários, na medida em que o perito trabalha como autônomo”. (Perito)

“Para realização de qualquer trabalho, a perícia calcula honorários para cobertura de despesas e para remuneração pelo desempenho da função. Quando o ônus do pagamento dos honorários recai sobre o beneficiário da

gratuidade da justiça, indubitavelmente, o Perito tem prejuízos, porque não receberá o valor total pelos trabalhos realizados (recebendo verba com valor insignificante) e às vezes com muitos meses de atraso”. (Perito)

Além da baixa remuneração, houve reclamações em relação ao modo de cálculo dos honorários, que no Estado de São Paulo é feito em relação ao valor da causa.

“Os honorários são baixos e calculados pela DPE [Defensoria Pública do Estado] em proporção ao valor da causa, que quase nunca guarda proporcionalidade com as dificuldades do trabalho pericial. Não é incomum ações com valor da causa estipulado em R\$ 1.000,00 demandarem perícias mais trabalhosas que ações cujo valor da causa ultrapassa R\$ 30.000,00, por exemplo”. (Perito)

“Os órgãos estatais de prestação de serviços de assistência judiciária remuneram de modo aviltante o profissional/perito nomeado pelo juiz e criam diversos embaraços para o pagamento, restringindo, ainda, as áreas em que é possível a nomeação”. (Magistrado)

“Mas, permanecendo o ônus com o beneficiário da gratuidade, cria-se um problema em relação ao perito, que normalmente é um profissional privado exercendo um munus público, e que nesse caso precisa trabalhar sem remuneração, inclusive arcando com os custos do laudo. Isso faz com que muitos peritos, sob os mais variados pretextos, acabem declinando da nomeação. Há uma verba da Defensoria Pública destinada a arcar com os custos de perícias em favor dos beneficiários de gratuidade (ainda que não representados pela própria Defensoria), mas é de valor reduzido, inferior ao que normalmente seria arbitrado pelo juiz”. (Magistrado)

Em decorrência da baixa remuneração e da dificuldade de se nomear um perito, os atores reconhecem que os processos sofrem uma demora excessiva.

“Há muita burocracia para a reserva dos honorários e muitos peritos não aceitam a nomeação em razão dos baixos valores previstos na tabela da Procuradoria. O processo acaba se arrastando por anos até a realização da prova pericial”. (Magistrado)

Alguns entrevistados, principalmente peritos, afirmaram que um dos fatores problemáticos para a questão dos honorários é a excessiva quantidade de concessões de gratuidade de justiça.

“Se esse benefício [gratuidade de justiça] fosse concedido criteriosamente, em favor de quem realmente precisa, seria sim um problema, mas até certo ponto contornável. O que ocorre é que esse benefício está se estendendo de uma tal forma que está ficando impossível aceitar trabalhar dessa forma”. (Perito)

Para finalizar esta exposição dos resultados das entrevistas realizadas, a última pergunta feita a todos os profissionais foi quais poderiam ser as possíveis soluções para resolver o problema dos honorários do perito. Ressaltamos que, neste capítulo, as soluções mencionadas serão somente expostas. No capítulo 6, quando da conclusão, faremos uma análise crítica face a tudo o que foi exposto no trabalho e, por fim, elaboraremos as nossas propostas de alteração.

A primeira solução é a mais óbvia: aumentar o valor pago a título de honorários ao perito.

“A solução seria do ‘Estado’ pagar os profissionais de maneira digna”.
(Perito)

“Basta aumentar a remuneração para patamares condignos e será possível solucionar a maioria das questões”. (Magistrado)

Relacionada ao aumento da remuneração, outra proposta visa a elaboração de tabelas de honorários, junto com órgãos e entidades de classe, para que os valores sejam mais realistas, impedindo, assim, que o profissional tenha prejuízos.

“Acredito que poderia haver uma elaboração de Tabelas de Preços, juntamente com os Conselhos Regionais (Contabilidade, Economia, Engenharia, Etc.), que estabeleceriam valores mais adequados para cada tipo de serviço a ser realizado (...)”. (Perito)

No mesmo sentido, foi proposto por um dos peritos que os juízes distribuíssem as nomeações proporcionalmente entre perícias com gratuidade de justiça e sem gratuidade de justiça, com a intenção de “diluir” os prejuízos dos *experts*.

“Assim, creio que uma regulamentação, ou simples sugestão, para que os juízes limitem as nomeações em casos de justiça gratuita na proporção de 1/4 do total de nomeações amenizaria, consideravelmente, os prejuízos deles decorrentes”. (Perito)

Como última proposta relacionada com o aumento do valor das remunerações, mencionou-se a possibilidade de permitir o pagamento complementar de honorários, ou seja, em valor superior ao que disposto na tabela oficial.

“A Defensoria Pública do Estado deveria permitir que os peritos comprovassem despesas que superassem o valor da tabela, ainda que mediante três orçamentos. Nessas hipóteses excepcionais, deveria ser destinada verba suplementar para que o perito não tivesse prejuízo financeiro e, ainda, para que o beneficiário da gratuidade não fosse privado do acesso à justiça”. (Magistrado)

Uma sugestão que não implicaria grande mudança no sistema e não demandaria a utilização de muitos recursos seria a criação de um cadastro oficial de peritos de todas as áreas.

“Imprescindível a elevação dos honorários e a elaboração de cadastro de peritos em todas as áreas, de forma a facilitar a nomeação”. (Magistrado)

Trata-se de medida que facilitaria as nomeações, mas não atingiria o cerne do problema.

Outra sugestão foi a de celebração de convênios com universidades públicas, que permitiria dar vazão à demanda por profissionais técnicos e possibilitaria um estágio para os estudantes.

“[a] celebração de convênios entre PJ e universidades públicas para prestação parcial desses serviços, propiciando, inclusive, estágio prático

aos estudantes de áreas técnicas (contabilidade, engenharias, economias, etc.)”. (Magistrado)

Alguns entrevistados afirmaram que um dos principais problemas consistia no excesso de concessões de gratuidade de justiça. Dessa forma, para eles, parte da solução seria restringir o número de concessões.

“Caso houvesse necessidade da ajuda dos civis, que fosse determinado criteriosamente quem devesse ser beneficiado pela gratuidade”. (Perito)

“É preciso restringir o benefício da assistência judiciária àqueles que efetivamente necessitam”. (Magistrado)

“No mais, de suma importância a apreciação pelo juízo das reais condições financeiras da parte, de forma a conceder o benefício apenas aos realmente necessitados”. (Magistrado)

Por fim, a última iniciativa que foi apontada por alguns como solução foi a criação de um corpo permanente de peritos (profissionais técnicos permanentes do Poder Judiciário).

“contratação, pelo PJ [Poder Judiciário], de profissionais/peritos em áreas estratégicas (engenharia e contabilidade), que atuarão nas regiões administrativas do Estado”. (Magistrado)

“Aparelhamento do Estado para a efetiva garantia da gratuidade, com a formação de corpo profissional de peritos, notadamente na área médica e de engenharia”. (Magistrado)

“Uma das alternativas que vejo é a criação e aparelhamento, com pessoal e material, de órgãos especializados, nas diferentes áreas, para a execução dessa atividade, nos moldes do IMESC, mas com estrutura para suportar a carga de trabalho”. (Magistrado)

Por outro lado, houve quem achasse que essa solução não seria adequada.

“A formação de um corpo de peritos é desnecessária; basta aumentar a remuneração para patamares condignos e será possível solucionar a maioria das questões”. (Magistrado)

4.3. Análise dos casos

Para finalizar o presente capítulo passaremos para a análise dos casos selecionados. Ressaltamos que no intuito de propiciar ao leitor a compreensão do tempo transcorrido, indicaremos, sempre que acharmos necessário, as datas dos atos processuais. Apesar de tornar o texto menos fluído, entendemos que tal medida é necessária para extrair o máximo de elementos das situações apresentadas.

4.3.1. Primeiro caso

O primeiro caso diz respeito a uma ação de usucapião coletiva, fundada no artigo 10 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). A demanda foi proposta em 16/06/2005, por

Adalgisa de Melo Santos e outros (mais de 60 famílias), que requereram como representante processual a *Associação Projeto Moradia Para Regularização Fundiária Na Comunidade do Paraisópolis*. Como o próprio nome da associação diz, trata-se de projeto de regularização fundiária da chamada “Favela do Paraisópolis”. A ação decorre do convênio firmado entre o Município de São Paulo e o Centro Acadêmico “XI de Agosto”, atuando através do Departamento Jurídico XI de Agosto. O processo foi autuado sob o número 0064382-23.2005.8.26.0100 e tramita na 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital – SP.

Após a apresentação dos fundamentos jurídicos que embasam a pretensão, cuja exposição extrapola o objetivo do presente trabalho, os autores pugnaram pela produção de todas as provas admitidas em direito, especificamente a prova pericial.

Resolvidas algumas questões processuais, dentre elas a correta representação dos autores, requereu o Ministério Público a realização da prova pericial (fls. 482) em 19/10/2005. Na decisão de fls. 484 (25/10/2005), manifestou-se a Juíza:

“(...) Defiro a gratuidade processual, que não implicará, necessariamente, em isenção integral das despesas periciais, nos termos da Ordem de Serviço nº 04/2005¹⁴⁸. A gratuidade pode ser cassada a qualquer momento, em qualquer fase processual, caso seja constatado por documentos, testemunhas ou pela perícia, que os autores possuem condições mínimas para custear total ou parcialmente as despesas processuais, podendo o juízo adotar providências para a apuração do delito de falsidade. (...)”.

Posteriormente, foi prolatada a seguinte decisão de fls. 491/493, em 06/06/2006:

¹⁴⁸ Trata-se de uma determinação do Juiz Titular da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo e Corregedor permanente, que elaborou uma espécie de “uniformização dos laudos periciais” em ações de usucapião. A Ordem traz os métodos pelos quais devem ser realizadas as perícias e como devem ser elaborados os laudos. Porém, não há qualquer menção sobre a forma de remuneração dos peritos.

“(...) Observo desde logo aos autores que a gratuidade processual, no caso, não abrange as custas da perícia, que, no presente caso, é complexa e demandará, por óbvio, inúmeros gastos, com levantamento topográfico, inclusive, que não se pode impor ao perito que custeie.

De outro lado, a Procuradoria Geral do Estado paga apenas cerca de R\$ 700,00 por processo em se tratando de perícia, o que, por óbvio, em casos como o aqui tratado, não cobre os gastos em que o perito incorre para realizar o laudo. Assim, uma vez feita a estimativa, devem os autores ser intimados a dizer em quantas parcelas podem depositar o valor estimado.

Dou o feito por saneado (...).

Em razão disto, determino a produção de prova pericial e nomeio o perito (...).

(...)

Após, intime-se o Dr. Perito para que apresente a estimativa dos honorários e despesas processuais.

(...)”.

Na manifestação de fls. 502/505, o perito estimou os seus honorários em R\$6.100,00 (seis mil e seiscentos reais), juntando como parâmetro o *Regulamento de Honorários para Avaliações e Perícias de Engenharia*, do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo – IBAPE/SP. Diante da estimativa, a Juíza fixou os honorários em R\$ 3.000,00 e determinou que os autores depositassem o valor ou propusessem parcelamento.

Em petição de fls. 507/512, os autores alegaram que o direito à gratuidade de justiça englobaria a isenção do pagamento dos honorários periciais, nos termos da Lei 1.060/50, juntaram julgados comprovando o afirmado e requereram a reconsideração da decisão. No despacho de fls. 513/514, o Juízo retificou a decisão de fls. 491/493, pois o

processo não havia sido saneado, sendo que a perícia seria realizada de forma antecipada. Em relação aos honorários periciais, a Juíza requereu que o perito manifestasse sua concordância ou não com o recebimento dos valores pagos pela Procuradoria Geral de Justiça.

Diante dessa manifestação, os autores despacharam pessoalmente com a Juíza a petição de fls. 515/519, reiterando o pedido de reconsideração sobre o pagamento dos honorários do perito, da qual resultou a seguinte decisão:

“J. Defiro o ingresso do assistente técnico indicado pelos autores. Excepcionalmente, considerando a situação dos autores e a localização do imóvel, dispenso-os do pagamento das despesas, devendo o perito providenciar o preenchimento da planilha para recebimento apenas do valor pago pela PGE”.

Em 22/01/2007, foi expedido o ofício à Procuradoria Geral de Justiça. Em 12/06/2007, sem que houvesse manifestação expressa nos autos da aceitação por parte do perito, este retirou os autos, devolvendo-os em 25/08/2008, momento no qual foi entregue o laudo pericial. Diante disso, o perito requereu expedição de ofício à PGE para a realização do depósito de seus honorários.

4.3.2. Segundo caso

O segundo caso a ser analisado também é referente a uma ação de usucapião. Os autores da demanda são Maria Vânia de Lima Correia e Scaff Pereira de Lima, que ajuizaram ação de usucapião especial urbano, em face de Irma Bená, Luiza Helena Ramos e seu cônjuge, Elaine Alcântara da Silva e seu cônjuge, Pedro Oliveira de Almeida e sua cônjuge e José Souza e Ana Lúcia Serrano Ramos. O processo foi autuado sob o n.º 0108966-73.2008.8.26.0100 e tramita na 1ª Vara de Registros Públicos, da Comarca da Capital – SP.

A demanda foi proposta em janeiro de 2008, tendo como fundamentos o artigo 183 da Constituição Federal e o artigo 1.240 do Código Civil. Foi requerida, em sede de petição inicial, o reconhecimento da gratuidade de justiça gratuita, por serem os autores hipossuficientes econômicos. Além disso, foi expressamente requerida a realização da prova pericial. Em sua decisão inicial (fls. 62/63), o juiz determinou a juntada de documentos que comprovassem a pobreza na acepção jurídica do termo. Recorreram os autores, inicialmente através de embargos de declaração e, posteriormente, por intermédio de agravo de instrumento, alegando, entre outras matérias, a desnecessidade de comprovação de pobreza, bastando, para tanto, a mera declaração. Assim, na decisão de fls. 100, o magistrado de primeira instância reconsiderou a decisão recorrida, reconhecendo o direito à gratuidade de justiça.

Na decisão de fls. 130/131, em 25/07/2008 o juiz determinou a realização da prova pericial: *“necessária realização de perícia, destinado o exame a possibilitar a apuração dos limites da posse exercida pelos autores (...)”*. Na própria decisão, manifestou-se o juiz pelos quesitos, por ele indicados, a serem respondidos. Prosseguindo, determinou que as partes arcassem com os honorários periciais, justificando-se da seguinte forma:

“Tendo em vista a mudança do regime de pagamento dos honorários periciais por parte da Defensoria Pública conforme Deliberação CSDP nº 56, de 11 de janeiro de 2008 e ausência de peritos oficiais, deverá a parte autora custear a perícia, diante do simples de que os peritos particulares não poderão trabalhar de forma graciosa”.

Na sequência, finalizou a decisão da seguinte forma:

“Assim, arbitro honorários provisórios no valor de R\$ 2.500,00, podendo este valor ser parcelado em até 6 vezes, como o pagamento da primeira parcela em 15 dias a contar da publicação desta r. decisão”.

Cientes da decisão, manifestaram-se os autores, através de petição de fls. 133/136, alegando que não poderiam arcar com os custos da perícia. Ademais, lembraram da gratuidade de justiça reconhecida e ainda indicaram que a ação patrocinada pelo Departamento Jurídico XI de Agosto tinha sido encaminhada a esta instituição por força do convênio firmado com a Defensoria Pública do Estado. Nesse sentido, afirmaram estarem enquadrados no artigo 1º, *caput*, da mencionada Deliberação. Além da petição de reconsideração, os autores agravaram na modalidade de instrumento, o qual foi recebido com efeito suspensivo pelo relator no Tribunal de Justiça (fls. 147/149).

Recebido o agravo de instrumento, o relator requisitou informações do magistrado. Tendo em vista o quadro traçado por este, entendemos ser essencial a transcrição integral de suas informações:

“Senhor relator,

Tenho a honra de acusar o recebimento do ofício supra referido (sic), e presto as seguintes informações:

Recorrem os agravantes contra a decisão que foi reproduzida na peça de recurso em que se determinou o recolhimento de verbas para a perícia de engenharia para viabilizar o prosseguimento da ação de usucapião

De fato, os agravantes são beneficiários da justiça gratuita e como tal estão sendo beneficiados pela isenção de todas as custas e despesas processuais.

Este Juízo tem o pleno conhecimento da extensão do benefício da Lei 1.060/50.

No entanto, como é cediço, o Estado não conta com o corpo de peritos que façam laudos que envolvam serviços de engenharia.

Assim, é obrigado a recorrer aos peritos particulares que não podem ser compelidos de forma alguma a trabalharem de graça, ou ainda, que sejam solicitados “favores” ao Juízo, o que pode minar a atuação independente do Juiz.

Destarte, os peritos deste Juízo, cientes da peculiaridade das partes beneficiárias da justiça gratuita, têm concordado em trabalhar em caráter social sendo remunerados por um valor muito aquém dos peritos em caráter particular, envolvendo apenas custos - contratação de topógrafo, fotografias, combustíveis, já que muitas áreas são situadas longe da região central.

Apenas para se ter uma idéia a média do valor da perícia necessária para o autor se fosse totalmente em caráter particular não seria fixado por menos de R\$ 4.500,00.

No caso em tela o valor estipulado é de R\$ 2.500,00.

Até janeiro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado remunerava os peritos particulares que trabalhassem para partes beneficiárias da justiça gratuita inferior a R\$ 900,00. No entanto, com o fim do pagamento a situação ficou agravada.

Informo ainda que não há peritos que façam o trabalho gratuitamente, de modo que têm declinado sistematicamente das nomeações, quando feitas sob esta rubrica.

O que se buscou com a decisão agravada não é a negação do benefício e sim uma singela mitigação para o próprio interesse dos agravantes.

Muito embora o escritório que defende os autores seja conveniado à Defensoria Pública, não há provas do encaminhamento feito pelo órgão, condição esta imprescindível para que haja o custeio por parte da Defensoria Pública.

São estas as informações que tenho a prestar a Vossa Excelência.

(...)

Em 01/10/2008 foi noticiado nos autos o provimento ao recurso (fls. 180). Posteriormente, foi disponibilizado nos autos o acórdão proferido (fls. 239/244). Em sua fundamentação, o Desembargador Relator Viviani Nicolau expressou o dever do Estado em prestar assistência integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal) aos hipossuficientes econômicos. Além disso, colacionou diversas doutrinas e julgados contrários à limitação feita pela Defensoria Pública do Estado na Deliberação n.º 56, na qual só os seus assistidos tinham acesso aos recursos do FAJ para custeio da prova pericial. Afirmou, posteriormente, que o problema foi minimizado com a edição da Deliberação n.º 92, que deixou de prever expressamente essa limitação.

Na parte dispositiva do acórdão determinou:

“(...) o recurso é provido para reduzir o valor dos honorários periciais, de modo a adequá-lo à tabela da Defensoria Pública, valor este a ser coberto pelo Fundo de Assistência Judiciária, mediante oportuna solicitação à Defensoria Pública do Estado de São Paulo”.

Já em 14/10/08, o juiz proferiu o seguinte despacho:

“Intime-se o Sr. Perito para que se manifeste se concorda com a nomeação observando-se que sua remuneração será de R\$ 484,00. Fica consignado que a eventual recusa não prejudicará nomeações futuras”.

No dia 13/11/08 o Perito recusou o pedido (fls. 182), expondo que o valor pago pela Defensoria Pública era insuficiente, uma vez que só os custos da perícia saíam por volta de R\$ 1410,00. Em 25/11/08 o Juiz despachou:

“digam os autores sobre a manifestação do sr. Perito tendo em vista que é comum a todos os peritos que oficiam na vara”.

Em atenção ao despacho, afirmaram os autores que mesmo após o pronunciamento do Tribunal de Justiça não conseguiam ver seu direito concretizado. Manifestaram estarem cientes da dificuldade enfrentada pelo perito em decorrência do baixo valor pago pela Defensoria Pública do Estado. Contudo, reiteraram que não possuíam condições de arcar com os honorários arbitrados. Por fim, mencionaram um convênio firmado pela Procuradoria Geral de Justiça e o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de São Paulo – CREA-SP, que ainda estaria vigente. Nesse sentido, requereram expedição de ofício para esta entidade.

Em resposta à petição supramencionada, o Juiz determinou a manifestação dos autores sobre o valor exposto pelo perito a fls. 182, questionando sobre a possibilidade de seu parcelamento em até doze vezes.

Em face dessa decisão os autores opuseram embargos de declaração (fls. 252/255) reiterando que eram hipossuficientes, portanto, não possuindo recursos para arcar com o pagamento. Afirmaram, assim, que a decisão era contraditória tendo em vista ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. Consequentemente, pleitearam o envio de ofício ao CREA-SP ou a Faculdades de Engenharia que pudessem ceder um especialista que aceitasse o encargo pelo valor pago pela Defensoria Pública do Estado.

Na decisão de fls. 256 o magistrado entendeu que não havia contradição na decisão embargada, por não ter ocorrido o descumprimento do acórdão, mas sim uma mera sugestão. Indeferiu o pedido de expedição de ofício, por entender que não haveria utilidade

prática na providência. Por fim, nomeou novo perito, arguindo-o se aceitaria o encargo pelo valor pago segundo a Deliberação n.º 92 do CSDP.

Em sua manifestação, o perito inicialmente asseverou que o valor pago pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo era extremamente baixo e que não cobriria sequer os custos da perícia. Por esse motivo, expôs o cálculo dos custos que teria com o serviço e respondeu que aceitaria o encargo mediante o pagamento de R\$ 1.325,00. Ressalte-se que, pelo valor da causa, o valor pago pela Defensoria seria de R\$ 484,00.

Em resposta, disseram os autores que o pagamento dos honorários era uma frontal violação à Lei de Assistência Judiciária e à própria Constituição Federal. Porém, tendo em vista que o processo estava paralisado a quase um ano, fizeram uma proposta de parcelamento, o qual foi posteriormente deferida pelo Juiz.

Por fim, em 11/02/2010, após mais de um ano desde o deferimento da prova pericial (28/07/2008), foi juntado aos autos o laudo pericial.

4.3.3. Terceiro caso

O terceiro caso diz respeito a uma ação indenizatória movida por Heraldo Francis Sebastian Roma, por si e representando seu filho, à época menor impúbere, Lucas David Roma, em face de Santa Casa de São Paulo. O processo foi autuado sob o n.º 0541481-77.2000.8.26.0100 e tramitou perante a 26ª Vara Cível do Foro Central da Capital – SP. A ação foi proposta em abril de 2000, fundada em um suposto erro médico cometido por um dos funcionários da ré, que teria causado danos permanentes na criança. Na própria petição inicial os autores requereram a realização da prova pericial, para apontar a suposta responsabilidade e a extensão dos danos.

Na decisão de fls. 49 o Juiz reconheceu o direitos dos autores à gratuidade de justiça. Em sua manifestação de fls. 110/116 o Promotor de Justiça, atuando no interesse do menor, também requereu a realização da prova pericial. Em audiência preliminar realizada em 11/10/01, em não havendo conciliação, reiteraram os autores o pedido de realização de prova

pericial, assim como fez o membro do Ministério Público. O juiz deferiu o pedido, determinando que a perícia fosse realizada pelo IMESC, uma vez que os autores eram beneficiários da gratuidade de justiça. Para possibilitar a avaliação, o juiz determinou que a ré juntasse aos autos todo prontuário da criança, o qual foi atendido.

Indicados os quesitos pelas partes e pelo Promotor de Justiça, foi enviado o primeiro ofício ao IMESC em 17/04/2002. Em 28/05/2002 o ofício foi respondido e a perícia marcada para o dia 18/07/2002. O órgão requereu o envio dos prontuários da criança e, após a intimação dos autores e posteriormente da ré, esta informou que os documentos já estavam nos autos. Posteriormente, os autores juntaram os laudos psicológicos que possuíam e enviaram ao IMESC.

Em 02/06/2003 o juiz enviou ofício ao IMESC informando o envio dos laudos psicológicos. Em 31/07/2003 foi juntado aos autos o laudo pericial (fls.200/208). O laudo apontou que não houve erro médico, sendo que o remédio prescrito não poderia ter causado os danos relatados. Na petição de fls. 218/219 os autores questionaram o laudo expedido e requereram a realização de uma nova perícia. Além disso, pediram prazo para a juntada uma avaliação que seria realizada pela APAE.

O juiz indeferiu, de pronto, a realização de nova perícia, mas deferiu o prazo para a juntada do documento. A resposta da APAE foi juntada a fls. 227/233, não trazendo informações relevantes para refutar ou confirmar o que disposto no laudo do IMESC. Na manifestação de fls. 238/239 o Ministério Público requereu esclarecimentos ao IMESC, exigindo que fossem respondidos por médico neurologista. O pedido do *Parquet* foi deferido, sendo enviado ofício ao IMESC em 23/07/2004. Em 04/11/2004 houve a primeira reiteração do ofício. Em 16/02/2005, a segunda reiteração. Em 28/07/2005, foi juntada aos autos o ofício enviado pelo IMESC com as respostas formuladas pelo Promotor de Justiça.

Em petição de fls. 260/290, os autores contestaram minuciosamente o laudo apresentado, apontando que o médico que assinou a complementação não era neurologista (como requerido pelo Ministério Público). Além disso, alegaram que a ré não havia juntado todo o prontuário da criança, uma vez que ocorreram internações que não constavam dos

documentos. Em sua manifestação, o Promotor de Justiça também afirmou que a ré não havia juntado todo o prontuário, pois havia exposto em sua contestação procedimentos que não estavam comprovados nos documentos juntados. Além disso, requereu que se oficiasse o IMESC para que fosse informado se havia médico neurologista em seu quadro de funcionários e para que fossem esclarecidas as perguntas feitas e não respondidas. Caso o órgão não possuísse neurologista, requereu que o juízo nomeasse perito com tal qualificação. Requereu, por fim, que a ré juntasse todo o prontuário da criança.

Em 04/11/2005 foi enviado o primeiro ofício ao IMESC com as determinações do Ministério Público. Em 07/02/2006 foi reiterado o pedido. Em 17/04/2006 o IMESC respondeu informando que não contava com médico neurologista no seu quadro de funcionários. Diante da resposta, o Promotor de Justiça reiterou o pedido de nomeação de perito. Em petição de fls. 306/503, juntou a ré aos autos o prontuário médico completo da criança.

Na manifestação de fls. 506 o *Parquet* reiterou o pedido de realização de nova perícia feita por médico neurologista. A despeito desse pedido, o Juiz mandou o oficial o IMESC para a finalização da perícia, considerando, para tanto, os documentos juntados pela ré. Em 27/11/2006 foi expedido o primeiro ofício ao IMESC. Em 16/02/2007 foi reiterado pedido. Em 02/05/2007, nova reiteração. Já em 13/07/2007 concedeu-se mais 30 dias para a resposta. Novamente, em 12/11/2007, foi expedida nova reiteração do ofício. Em 31/01/2008, mais uma vez. Em 25/08/2008 o juiz despachou determinando que se aguardasse a vinda do laudo. Por fim, em 21/01/2009 foi expedido mais um ofício reiterando o pedido.

Na petição de fls. 527/529, os autores consignaram a demora do IMESC em finalizar o laudo. Afirmaram que o quadro do menor tinha se agravado, de forma que era necessária urgência para finalização da perícia. Desse modo, requereram a realização da prova pericial por meio de um profissional particular de confiança do Juízo. Em sua resposta, o Magistrado afirmou que o Juízo não contava com profissional qualificado que trabalhasse sem remuneração, de forma que era necessário aguardar a conclusão do laudo pelo IMESC.

Em face à decisão, os autores interpuseram o recurso de agravo de instrumento (fls. 536). Em suas razões alegaram que a espera pela finalização do laudo pelo IMESC já passava de três anos, tempo não condizente com a duração razoável do processo, assegurado pela Constituição Federal. Além disso, reiteraram que a condição da criança estava se agravando. Em relação ao direito, lembraram da gratuidade de justiça e da garantia de prestação jurisdicional a todos. Ademais, juntaram doutrina e jurisprudência que demonstrava a obrigação do Estado em arcar com os custos da perícia, caso o requerente fosse hipossuficiente econômico. Ao final, pleitearam provimento ao recurso para que fosse determinada a realização da perícia por profissional particular às custas do Estado.

Em 23/10/2009, a fls. 555, o Juízo determinou nova reiteração do ofício enviado ao IMESC. Na petição de fls. 558/565 os autores juntaram aos autos cópia do acórdão proferido dando provimento ao pedido formulado.

A Desembargadora Relatora Ana de Lourdes Coutinho Silva lembrou que a realização de perícia complementar havia sido requerida pela representante do Ministério Público, sendo necessária a elaboração por médico neurologista. Lembrou, ainda, dos inúmeros ofícios enviados ao IMESC. Sobre esse fato, afirmou:

“de fato, não se mostra conveniente, tampouco razoável, continuar aguardando a complementação de perícia realizada pelo IMESC há mais de três anos”.

Prosseguiu dizendo:

“dentro da moderna visão instrumentalista do processo, busca-se, um processo de resultados, com o oferecimento de uma prestação jurisdicional justa e efetiva”.

Mencionou o parecer do Ministério Público, segundo o qual a não realização da perícia significava violação do princípio constitucional assecuratório da prestação jurisdicional integral e gratuita ao hipossuficientes econômicos. Nesse mesmo sentido, colacionou julgados. Sobre a demora na realização, asseverou:

“não se olvide, ainda, que uma prestação jurisdicional tardia terá pouca ou nenhuma utilidade para a parte vencedora. Por isso, a rapidez com que se desenvolve a atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o pleno acesso à justiça e o processo incapaz de alcançar resultados efetivos desatende a garantia constitucional”.

Ao final, no dispositivo do acórdão, determinou:

“diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, para que o juiz nomeie perito médico neurologista, devendo o Estado arcar com o custeio da prova pericial, uma vez que os autores, ora agravantes, são beneficiários da justiça gratuita”.

Em resposta à petição, despachou o Juízo:

“(…) Págs. 558/565: Ao art. 398 do Código de Processo Civil. De resto, oficie-se ao IMESC para a elaboração dos trabalhos em obediência ao venerado Acórdão porque o juízo não contou com profissional da aludida especialidade”.

Inconformados com o despacho, os autores peticionaram (fls. 570/572) manifestando que o Juízo estava contrariando a decisão do Tribunal, pois havia sido

determinada a nomeação de perito particular, a ser remunerado pelo Estado. Olvidaram, ademais, que não havia o menor sentido em notificar novamente o IMESC, vez que este era o grande problema, em decorrência da demora e da ausência de profissional com as qualificações necessárias.

Em resposta, despachou o magistrado: “(...) *Págs. 570/572: oficie-se à Defensoria Pública para indicação do profissional e custeio de seus gastos retirando e cumprindo o interessado*”.

Em 03/08/2010 foi juntado aos autos (fls. 575) resposta do IMESC acusando o recebimento do ofício e que no prazo de 120 dias seriam remetidas aos autos as providências a serem tomadas.

Posteriormente, a fls. 578/579 os autores peticionaram informando que após quase três meses da decisão não havia sido expedido ofício à Defensoria Pública. Reiteraram o pedido com urgência.

Em atenção ao ofício, manifestou-se a Defensoria Pública:

“Consulto Vossa Excelência como dar cumprimento ao r. despacho de fls. 580, uma vez que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não dispõe de quadro de peritos, mas sim se limita a fazer reserva de numerários para o pagamento de eventuais peritos nomeados. Certifico ainda, e finalmente, que às fls. 575 há resposta de ofício vindo do IMESC. Sendo assim, fico no aguardo para que Vossa Excelência determine o que de direito, o que cumprirei de imediato”.

Após abertura de prazo para manifestação das partes, os autores asseveraram que, não contando a Defensoria Pública com quadro de peritos, era responsabilidade do Juízo a busca por um profissional que satisfizesse as exigências. Em resposta, o magistrado elaborou o seguinte despacho:

“oficie-se retirando e protocolando o interessado, comprovando no prazo de 10 dias, depois de comunicada a sua confecção pela escrivania, via imprensa oficial, para a Universidade de São Paulo e para a Escola Paulista de Medicina para que remetam ao juízo nome de profissionais habilitados em neurologia, disponíveis para realização de perícia aqui nos autos mediante a módica remuneração prestada pela Defensoria Pública”.

No dia 02/12/2010 foram disponibilizados nos autos os ofícios que deveriam ser encaminhados pelos autores. Estes, contudo, requereram a expedição dos ofícios diretamente pelo Juízo, pedido que foi indeferido:

“(...) Págs. 633/634: Ônus exclusivo do interessado e de seu procurador perante os respectivos órgãos, não havendo previsão em contrário na lei de regência do benefício da justiça gratuita”.

Os autores, após a decisão supramencionada, peticionaram informando a interposição de recurso de agravo de instrumento, pois afirmaram que a gratuidade de justiça abrangia a expedição de ofícios, uma vez que as partes não possuíam recursos para as diligências. Acrescentaram que o Juízo já havia expedido diversos outros ofícios durante o processo, de modo que não fazia sentido a determinação de encaminhamento pela parte. Além disso, ajuizaram reclamação, nos termos da Lei 8.038/90, sob o fundamento de que a decisão do Tribunal de Justiça, que havia sido proferida a mais de um ano, não havia sido cumprida. Por fim, asseveraram os autores que o Juiz deveria ter buscado um profissional para atuar como *expert* através do procedimento administrativo próprio, e não no bojo da instrução do processo. Alegando inversão tumultuária do procedimento, apresentaram pedido de correição parcial, com fundamento no Código Judiciário do Estado de São Paulo e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Diante dessas medidas, despachou o Juízo:

“(...) Págs. 653/667 e 669/670: comunique-se a manutenção da decisão e que a deliberação quanto à retirada e distribuição do ofício foi ônus exclusivo da parte e de seu procurador, matéria não abrangida pela legislação especial que disciplinou os benefícios da justiça gratuita, a despeito da inadequação da medida porque a hipótese não foi de descumprimento de acórdão ou infração à coisa julgada, com cópia do presente, incontinenti. Nada obstante, diante da recalcitrância na colaboração com a justiça, determino à escrivania, em caráter excepcional, o envio dos ofícios às entidades universitárias para eventual indicação de profissional para a conclusão dos trabalhos, em tese perdendo o expediente seu objeto”.

Assim, no dia 18/04/2011 foram enviados os ofícios às faculdades de medicina. Já em 17/05/2011, a Escola Paulista de Medicina, em resposta ao ofício, informou que havia indicado o Prof. Dr. Ademir Baptista da Silva, Chefe da Disciplina de Neurologia da Unifesp, para atuar como perito. No dia 24/05/2011, foi juntada aos autos a resposta da Universidade de São Paulo, informando a impossibilidade de indicação de profissional da entidade para a realização da perícia. Diante da relevância da resposta e dos argumentos trazidos, exporemos parte da manifestação:

“(...) ”

A Universidade de São Paulo é autarquia estadual de regime especial, entidade de ensino e pesquisa, sem fins lucrativos, regida por Estatutos próprios, com base no artigo 207 da Constituição Federal.

São fins da USP, conforme artigo 2º de seu Estatuto (...):

I – promover e desenvolver todas as formas de conhecimento, por meio de ensino e pesquisa;

II – ministrar o ensino superior visando à formação de pessoas capacitadas ao exercício da investigação e do magistério em todas as áreas do conhecimento, bem como à qualificação para atividades profissionais;

III – estender à sociedade serviços indissociáveis das atividades de ensino e pesquisa.

É preceito, no âmbito administrativo, que o Administrador somente pode realizar os atos descritos na lei, não lhe aproveitando a faculdade de fazer tudo aquilo que a lei não prevê como ilícito.

(...)

O custo das perícias judiciais não está previsto em nossas diretrizes orçamentárias, nem esta Universidade poderá submeter seus docentes à realização de trabalho alheio às suas atribuições, arcando os mesmos com os custos das diligências.

Nesse sentido, para corroborar o acima exposto, pede-se vênua para transcrever parte de voto de relatoria do Ilustríssimo Desembargador Eduardo Antonio Di Rissio Barbosa, no qual o magistrado aborda o tema com singular exatidão:

‘(..).a Universidade, através de seu corpo docente, não tem a obrigação legal de realizar perícias judiciais. É verdade que os professores e pesquisadores, muitos catedráticos das Universidades Paulistas, são pessoas de saber elevado e, portanto, possuem capacidade técnica suficiente para resolverem os problemas que se apresentam em juízo. Poderiam, sim, figurar como peritos judiciais por seu conhecimento. Mas, não é essa a questão. O problema é a inexistência do dever legal de fazê-lo’. HC 990.09.158056-2. TJ-SP (grifos nossos)

Ressalte-se, ainda, que a Universidade de São Paulo não pode se responsabilizar, inclusive institucionalmente, por quaisquer erros nas perícias decorrentes de tais indicações – justamente por não ter a obrigação legal de fazê-las.

(...)

Diante do exposto, lamentamos a impossibilidade em atender esse d. Juízo e nos colocamos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários”.

Em manifestação de fls. 690/690v, o Ministério Público afirmou que o autor havia atingido a maioria, de forma que não mais caberia atuação da entidade.

A fls. 693 despachou o magistrado requerendo expedição de ofício ao médico neurologista indicado, determinando que este designasse horário e local para a realização da perícia. Em resposta, o *expert* indicou o horário e o local e requereu o pagamento mínimo de R\$ 6.000,00, a título de honorários.

Em sequência, despachou o Juiz:

“(...) Págs. 695/696: digam os interessados uma vez que o profissional não pretende realizar os trabalhos sem a remuneração ali estipulada, a despeito de que o convênio estadual apenas faz contribuições módicas em hipóteses desse jaez”.

Os autores, em petição de fls. 707/711, concordaram com o valor requerido pelo perito, fazendo a ressalva de que o acórdão proferido não fez menção ao pagamento da prova com os recursos do Fundo de Assistência Judiciária. Consequentemente, o arbitramento não deveria, necessariamente, realizado em função da tabela da Defensoria Pública. Como solução para o pagamento, os autores requereram inversão do ônus da prova ou, subsidiariamente, que o Juízo expedisse título executivo extrajudicial para que o *expert* pudesse executar seus honorários diretamente do Estado.

Finalmente, em 01/09/2011, foi juntado aos autos o laudo pericial elaborado pelo médico neurologista indicado pela Escola Paulista de Medicina. Em sua avaliação, o perito considerou a atuação do médico da ré como correta e afastou qualquer responsabilidade. Diante do laudo apresentado, os autores requereram esclarecimentos do perito, pedido que foi deferido pelo Juiz.

Embasado no prova pericial, o Juiz julgou improcedente a ação, afastando a responsabilidade da ré. Após recurso de embargos de declaração opostos pelos autores, não houve recurso de apelação, transitando a sentença em julgado.

4.3.4. Conclusão parcial

Por adotarmos a técnica de praticamente transcrever os atos dos processos analisados, entendemos ser importante tecer breves considerações antes do encerramento do presente capítulo. Esta conclusão parcial servirá para destacar os pontos principais de cada caso e, conseqüentemente, facilitará as propostas que serão elaboradas no capítulo 6 do trabalho.

No primeiro caso, encontramos uma situação que foi resolvida de maneira mais célere. No entanto, destacamos que o juiz, a despeito dos autores terem o seu direito à gratuidade de justiça reconhecido, determinou que depositassem o valor dos honorários. Mostrou-se no caso concreto aquilo que tinha sido exposto na apresentação das entrevistas, ou seja, que os juízes de primeira instância utilizam o parcelamento da remuneração do perito como forma de “solucionar” o problema. No caso, os autores não foram demovidos de sua posição e não aceitaram qualquer forma de pagamento.

Destacamos ainda, dentro do primeiro caso, a posição do perito, que estimou os seus honorários em valor muito superior ao pago com os recursos do Fundo de Assistência Judiciária. Contudo, por motivos que não podem ser extraídos dos autos, o perito aceitou o encargo recebendo remuneração a quem da pleiteada. Assim, baseado nos próprios cálculos

apresentados pelo profissional, pudemos concluir que ele sofreu prejuízo com o serviço realizado.

No segundo caso apresentado observamos, no início, o mesmo procedimento. Diante dos ínfimos valores pagos pela Defensoria Pública do Estado, o Juízo arbitrou honorários em valor superior e determinou que os autores arcassem com esse custo. Assim como visto no primeiro caso, o magistrado sugeriu que as partes parcelassem o montante.

Porém, ao contrário do caso anterior, no segundo caso as partes recorreram da decisão, através de agravo de instrumento. O juiz, ao prestar informações ao Tribunal de Justiça, relatou a dificuldade em encontrar um perito que realizasse o serviço pelo valor da tabela de honorários da Defensoria Pública. Além disso, argumentou no sentido de que o valor fixado era inferior ao que arbitraria nas situações em que a parte requerente não tivesse justiça gratuita.

A despeito da justificativa do magistrado de primeira instância, o Tribunal de Justiça, levando em consideração as previsões constitucionais e a Lei 1.060/50, reconheceu que não cabia aos agravantes (autores) arcarem com os honorários do perito, mesmo que de forma parcelada. Assim, o recurso foi provido para adequar os honorários arbitrados ao valor estipulado pela tabela da Defensoria Pública, determinando-se que fossem pagos através dos recursos do Fundo de Assistência Judiciária Gratuita.

Diante do valor reduzido, o perito recusou o serviço, afirmando que o montante não cobriria nem as despesas, ou seja, teria prejuízo. Em face da situação, as partes requereram que o Juízo intimasse estabelecimentos oficiais para a realização da perícia (o que, aliás, é a determinação do Superior Tribunal de Justiça), mas não obtiveram êxito.

O juiz, então, intimou um novo perito que, assim como outro, informou que o valor pago pela Defensoria Pública era insuficiente e estimou honorários em patamar superior. O magistrado, novamente, arguiu sobre a possibilidade dos autores parcelarem o montante, mesmo após a decisão do Tribunal de Justiça.

Por fim, mesmo reconhecendo a injustiça da medida, os autores aceitaram realizar o parcelamento, porque o processo já estava paralisado há praticamente um ano. Ou seja, no

final, os autores foram “vencidos pelo cansaço” e a decisão do Tribunal de Justiça, apesar de correta do ponto de vista formal, não conseguiu ser efetivada e, conseqüentemente, não trouxe solução ao problema.

O último caso, como vimos, foi o mais problemático. Tratava-se de ação indenizatória, decorrente de erro médico, na qual se tutelava o interesse de uma criança. No início, destacamos que a primeira perícia foi realizada de maneira célere pelo IMESC. Além disso, devemos levar em consideração que, em um primeiro momento, a ré não disponibilizou todos os documentos para que o órgão pudesse elaborar o laudo.

A despeito disso, podemos indicar como problemática a falta de profissionais habilitados. No caso, o órgão não possuía um médico neurologista para a realização de perícias. Ora, um instituto que atua na realização de perícias médicas precisa ter à sua disposição um corpo médico completo.

Contudo, mais grave do que a falta de um corpo técnico qualificado, ressaltamos a demora do instituto em responder as solicitações do juízo, haja vista a enorme quantidade de ofícios enviados. Isso mostra o excesso de trabalho ao qual o IMESC está submetido, o que acarreta laudos mal elaborados, além de uma longa espera para sua realização¹⁴⁹.

Na impossibilidade de utilizar os serviços do IMESC, o juiz se viu sem alternativas para designar um perito para realizar o procedimento. Destaque-se que a Defensoria Pública do Estado, em sua Deliberação n.º 92, prevê expressamente que não pode ser disponibilizados recursos do Fundo de Assistência Judiciária para o pagamento de perícias médicas, em razão dos órgãos públicos que prestam esse serviço, ou seja, o IMESC. Assim, caso o instituto não possa realizar a avaliação ou o seu trabalho não seja considerado suficiente pelo juiz, este não pode nomear um particular requerer recursos do FAJ. No caso, o juízo nem possuía cadastro de profissional com a qualificação necessária.

O Tribunal de Justiça quando instado a analisar a questão, reconheceu, como sempre, o direito dos agravantes (autores) a terem os custos da perícia suportados pelo Estado.

¹⁴⁹ Nesse sentido, um dos juízes entrevistados destacou a má qualidade do serviço prestado por esse instituto.

Em sua determinação, os desembargadores determinaram que o juiz nomeasse um médico neurologista, que deveria ser remunerado com recursos públicos.

Ao final, após alguns percalços, o juiz conseguiu um profissional para realizar o serviço. No caso, o médico neurologista foi localizado a partir de um ofício expedido para a Escola Paulista de Medicina. Porém, devemos ressaltar a resposta dada pela Universidade de São Paulo que, ao declinar da intimação, afirmou que não poderia colaborar com o Poder Judiciário na indicação de profissionais do seu corpo acadêmico, dentre os motivos, por não estar prevista tal prática no seu estatuto.

Essa situação é particularmente importante porque, como vimos quando da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a posição consolidada é de que o juiz, caso não encontre um profissional para a realização da perícia, deve se valer dos profissionais de órgãos públicos. Na prática, como demonstrado no caso, esses órgãos não estão preparados ou nem podem, estatutariamente, receber essas incumbências. Assim, não basta que os tribunais superiores determinem que os juízes oficiem os estabelecimentos públicos se, na prática, muitas vezes não atendem aos pedidos.

Por fim, a perícia foi realizada por um profissional que pleiteou valor muito superior ao pago pela Defensoria Pública (não há nos autos qualquer concordância do médico em receber esse montante). Além disso, os próprios autos não demonstram qual foi a solução dada para o pagamento dos honorários

5. Ações coletivas

Apresentaremos no presente capítulo os dados coletados pela pesquisa em relação a questão dos honorários periciais nas ações coletivas. Diferentemente da situação das ações individuais com gratuidade de justiça, não há legislações estaduais específicas (exceção feita aos fundos de reparação dos direitos difusos)¹⁵⁰. Assim, abordaremos apenas a jurisprudência

¹⁵⁰ Sobre os fundos de reparação dos direitos difusos, ver item 3.3.3.

dos três estados selecionados. Posteriormente, apresentaremos o resultado das entrevistas realizadas. E, por fim, traremos a análise do caso selecionado.

5.1. Análise da jurisprudência

Começamos agora a análise da jurisprudência no caso das ações coletivas, analisando em primeiro lugar um julgado do Supremo Tribunal Federal, depois os julgados do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, os julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro.

5.1.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Tento em vista que a regulação da matéria sobre a qual nos debruçaremos no presente capítulo é eminentemente de legislação federal, natural que o STF não tenha se manifestado em muitas ocasiões sobre o tema. Apesar disso, destacaremos um julgamento, citado por algumas decisões, que possui relevância para o nosso estudo. Trata-se do julgamento da Reclamação 14.536 São Paulo, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.¹⁵¹

O Ministério Público de São Paulo ajuizou a mencionada reclamação perante o STF contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento, que determinou ao reclamante o adiantamento dos honorários periciais, afastando a incidência do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública. Sustentou o reclamante que tal decisão violaria o disposto pela súmula vinculante 10 do STF, ao violar a cláusula de reserva de plenário.¹⁵²

¹⁵¹ STF - Rcl: 14536 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/09/2012, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 21/09/2012 PUBLIC 24/09/2012.

¹⁵² Súmula vinculante 10 do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

O relator entendeu que a decisão do Tribunal Paulista violava o dispositivo previsto pelo artigo 97 da Constituição Federal, a chamada reserva de plenário, pois afastava a incidência do artigo 18 da mencionada lei. Dessa forma, o julgador fulminou o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. Com isso, reforçou-se a posição sobre a impossibilidade de se impor ao Ministério Público o adiantamento dos honorários periciais.

5.1.2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Começamos esse ponto adiantando que o entendimento do STJ sobre a questão do adiantamento dos honorários periciais em ações coletivas (sob o pálio da isenção estabelecida pelo art. 18 da Lei da Ação Civil Pública) está consolidado. Endente-se que cabe à Fazenda Pública a qual se vincula o Ministério Público autor da ação adiantar essa despesa, por aplicação analógica da súmula 232 do próprio STJ. Essa consolidação foi alcançada através do julgamento dos embargos de divergência EREsp 981.949/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, e posteriormente reforçada pelo julgamento do REsp 1.253.844/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell, utilizando a técnica do artigo 543-C do CPC (que será explicada abaixo).¹⁵³

Diante desse quadro nos interessa demonstrar como esse posicionamento foi construído ao longo do tempo, abordando outros posicionamentos que foram abandonados durante o percurso, para que possamos analisar criticamente a solução encontrada.

Dito isso, começamos com o julgamento do EREsp 981.949/RS que ocorreu em outubro de 2010 e foi publicado no diário oficial eletrônico em fevereiro de 2011. Os embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal visam pacificar a jurisprudência que vinha sendo dividida por dois posicionamentos distintos da Primeira e Segunda turmas do STJ. De um lado tínhamos a posição da Segunda Turma, representada no julgamento pelos REsp 928.397/SP e 716937/RN, que dispensavam o Ministério Público,

¹⁵³ EREsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011 e REsp 1253844/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013.

quando autor da Ação Civil Pública, do adiantamento dos honorários periciais.¹⁵⁴ De outro lado, a posição da Primeira Turma, representada pelo acórdão recorrido, que sustentava que o Ministério Público deveria adiantar os honorários periciais.

Os pedidos do embargante eram para que fosse reconhecida a dispensa do Ministério Público de antecipar os honorários do perito e para que esse ônus fosse transferido para o réu. Dessa forma, os julgadores se debruçaram sobre essas duas questões.

Assim como expusemos na parte teórica a dinâmica do adiantamento dos honorários da perícia nas ações coletivas, o Ministro Relator lembrou em seu voto da regra geral de adiantamento prevista no CPC e falou das peculiaridades criadas pela Lei da Ação Civil Pública.¹⁵⁵ Afirmou que a intenção da mencionada lei ao isentar os legitimados do adiantamento de despesas, era retirar qualquer óbice (principalmente financeiro) à propositura da ação e assim prestigiar o princípio do acesso à Justiça.

Em outro ponto, discorreu sobre a edição da Súmula 232/STJ (*“A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”*) que regulamentou a extensão da previsão do artigo 27 do CPC, reconhecendo que as despesas referidas nesse artigo não englobavam o adiantamento dos honorários periciais.¹⁵⁶ Assim, questionou-se sobre a aplicação dessa súmula no caso de adiantamento dos honorários pelo Ministério Público. Prevaleceu o entendimento de uma aplicação por analogia que resultou na isenção do Ministério Público.

Ao final, ao analisar os pedidos formulados pelo embargante o relator aplicou o que chamou de “terceira tese”, que consistiu em reconhecer a isenção do adiantamento das custas da perícia pelo Ministério Público autor, negando provimento, contudo, em relação ao pedido de inversão desse ônus. Em seu voto-vista a Ministra Eliana Calmon afirmou que

¹⁵⁴ REsp 928397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007 e REsp 716939/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 10.12.2007.

¹⁵⁵ Sobre a dinâmica do adiantamento e pagamento dos honorários periciais nas ações coletivas ver capítulo 3.

¹⁵⁶ “Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido”.

caberia à Fazenda Pública o adiantamento dos honorários, por analogia à súmula 232/STJ. Contudo, no dispositivo do acórdão não houve expressa menção da aplicação dessa solução.

Após esse julgamento, as decisões que se sucederam eram praticamente uníssonas.¹⁵⁷ Dessa forma, utilizou-se a técnica de julgamento pelo regime do artigo 543-C do CPC (e da Resolução STJ 88/08). Denominada de julgamento de recursos repetitivos esse método funciona, em síntese, da seguinte forma: havendo multiplicidade de recursos sobre a mesma questão de direito, o Tribunal de origem determina a escolha de um ou mais casos representativos da demanda e os encaminha ao STJ, suspendendo os demais recursos (caso o Tribunal de origem não o faça, o STJ pode através do relator do Recurso Especial adotar essa técnica). Feito o julgamento existem duas possibilidades: caso o acórdão recorrido (no Tribunal de origem) coincida com a posição do julgamento, o recurso é inadmitido; caso a decisão recorrida seja divergente, cabe ao Tribunal *a quo* examinar novamente a questão.

O recurso escolhido foi o REsp 1.253.884/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell.¹⁵⁸ Reiterando basicamente os argumentos trazidos no julgamento do EREsp 981.949/RS o relator deu parcial provimento ao recurso para que o adiantamento dos honorários periciais fosse feito pela Fazenda Pública à qual se vincula o Ministério Público autor. Em seu voto o Ministro Herman Benjamim manifestou o entendimento de que não existe vinculação do Ministério Público à qualquer Fazenda Pública. Existiria apenas o reconhecimento de que caberia a Fazenda Pública da esfera governamental correlata ao âmbito de atuação do Ministério Público realizar o adiantamento.

Destacamos, por fim, o voto vencido do Ministro Napoleão Nunes. A sua divergência foi no sentido de que uma vez que o artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública isenta o autor do adiantamento das despesas, determinar que a Fazenda Pública proceda com esse adiantamento seria derrogar o mencionado artigo. Além disso, o Ministro também fez

¹⁵⁷ REsp 1188803/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2011 e AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010

¹⁵⁸ REsp 1253844/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013

ressalvas à utilização do termo *vinculado* empregado para descrever a relação entre o Ministério Público e a Fazenda Pública.

Exposta a posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça e descrevendo a forma pela qual se sucedeu essa consolidação, iniciaremos agora a análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça, observando especificamente como vem sido aplicada a essa decisão do Tribunal Superior.

5.1.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

A partir da observação de diversos julgados pudemos perceber que a decisão do STJ elaborada a partir do julgamento com a técnica do 543-C do CPC, tem sido acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Em alguns casos, os Desembargadores tiveram que readequar seus entendimentos por conta desse precedente.¹⁵⁹ Contudo, achamos interessante destacar outras soluções que foram encontradas, não só pelo Tribunal, mas também pelos magistrados de primeira instância (observadas a partir dos acórdãos)

Em dois casos determinaram os juízes que o Ministério Público, atuando como autor, adiantasse os honorários do perito. Nesses mesmos casos, o Tribunal reformou as decisões aplicando o precedente do STJ.¹⁶⁰ Em outros dois casos, os juízes inverteram o ônus de adiantar as despesas das perícias aos réus. Na primeira situação, o Tribunal reformou a decisão.¹⁶¹ Na segunda, o Tribunal manteve a decisão de primeira instância e não mencionou a decisão do STJ.¹⁶² Interessante destacar que nesse último caso o juiz tentou oficiar o Fundo

¹⁵⁹ Como exemplo: AI n.º 0077211-98.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Cavalheiro, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 31.07.2014.

¹⁶⁰ AI n.º 2057982-50.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 31.07.2014 e AI n.º 2022645-97.2014.8.26.0000, Rel. Des. Rubens Rihl, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 25.07.14

¹⁶¹ Novamente o acórdão AI n.º 0077211-98.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Cavalheiro, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 31.07.2014.

¹⁶² AI n.º 2090596-1.2014.8.26.0000, Rel. Des. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 07.07.2014

de Assistência Judiciária para custear a perícia, mas a Defensoria Pública, gestora do fundo, afirmou que os recursos do fundo não poderiam ser utilizados com essa finalidade.

Importante consignar que antes do mencionado precedente do STJ o Tribunal de Justiça de São Paulo, principalmente as Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, possuíam o entendimento pela utilização dos recursos do Fundo Especial de Reparação dos Interesses Difusos para o custeio da prova pericial, quando esse ônus recaia sobre o Ministério Público. Em um dos acórdãos pesquisados, a Relatora asseverou que apesar da existência da previsão do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, não pode o perito ser obrigado a trabalhar sem remuneração.¹⁶³ Na sequência, levantou três possíveis soluções: o perito trabalhar de graça; o perito aguardar até o final para receber; ou ser designado um integrante do funcionalismo público para realizar o trabalho.

Em seguida, a julgadora apresentou outra solução, considerada por ela “*bem mais realista*”: utilizar os recursos do mencionado fundo para adiantar os honorários periciais. Segundo sua visão, o custeio da prova pericial iria ao encontro de uma das finalidades do fundo, que seria a preservação do meio ambiente, além de acomodar a disposição do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública. Além disso, destacou a possibilidade de reembolso dos valores pelo vencido ao final da demanda. Dessa forma, a Desembargadora manteve a decisão de primeira instância. Contudo, após o julgamento do REsp 1.253.884/SC, e por meio da oposição de embargos de declaração, a julgadora reviu seu posicionamento e determinou que os honorários fossem adiantados pela Fazenda.¹⁶⁴

Gostaríamos, nesse momento, de dar maior destaque e analisar mais detidamente um acórdão recente que trouxe reflexões muito interessantes. Trata-se da reanálise de um agravo de instrumento que já havia sido julgado, mas retornou ao Desembargador por força do §7º do artigo 543-C, ou seja, para que fosse reanalisado após o precedente do STJ. Estamos nos referindo à reanálise do Agravo de Instrumento n.º 0086902-39.2012.8.26.0000,

¹⁶³ Ai n.º 0098270-11.2013.8.26.0000, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 27.03.2014

¹⁶⁴ EDcl em Ai n.º 0098270-11.2013.8.26.0000, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 22.05.2014

de relatoria do Desembargador Torres de Carvalho, da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.¹⁶⁵

O Desembargador, em um voto duro, se negou a rever sua posição de manter o adiantamento dos custos da prova pericial pelo autor Ministério Público, consignando que o entendimento do STJ sobre a aplicação da súmula 232/STJ precisava ser alterado.¹⁶⁶

De início, o Desembargador mencionou uma tese anterior do STJ sobre a forma de aplicação da mencionada súmula ao Ministério Público:

“Ficou assentada a tese de que inexiste qualquer disposição normativa que obrigue o réu a adiantar as despesas de perícia requerida pelo autor, ainda que seja ele o Ministério Público; e que os honorários do perito, segundo entendimento pacificado nesse tribunal, não se inclui nas despesas mencionadas no art. 27 do CPC ou no art. 18 da LF nº 7.347/85, estendendo ao Ministério Público o comando da Súmula STJ nº 232 (...)”.

Após mencionar que o STJ havia alterado o seu entendimento através do julgamento do REsp 1.253.844/SC, o Desembargador iniciou uma série de críticas sobre esse posicionamento:

“(...) O art. 18 da LF nº 7.347/85 leva a um impasse, como reconhecido desde a sua promulgação; dispensa o autor (não apenas o Ministério Público) da antecipação das despesas processuais, mas não oferece solução para a remuneração de terceiros chamados a intervir no processo. É o

¹⁶⁵ AI n.º 0086902-39.2012.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 31.07.2014

¹⁶⁶ A Câmara, por unanimidade, proveu o agravo para determinar que as partes indiquem com clareza se estão ou não requerendo a prova pericial; confirmar a validade em juízo das vistorias e laudos produzidos pela CETESB e outros órgãos públicos; afastar a inversão dos ônus da prova e da obrigação da ré custear a prova do autor; e aplicar as regras usuais que regem a questão: o autor arca com os ônus da prova que requereu ou determinada pelo juiz, a ré arca com os honorários, se requerente da prova (fls. 1.932/1.945 e 1.979/1.984, vol. 10). O Ministério Público interpôs recurso especial (...)”

conflito do sonho com a realidade: o autor é dispensado do pagamento, não há como obrigar o réu a custear a prova do autor e o perito não pode ser compelido ao trabalho gratuito (...)”.

Posteriormente, afirmou que os problemas semelhantes que ocorriam quando a Fazenda Pública era autora, em face da previsão do artigo 27 do CPC, foram solucionados com a edição da súmula 232/STJ, que obrigou esse ente a adiantar os honorários do perito. Em seguida, o julgador exemplificou o problema enfrentado pelos juízes quando precisam adiantar as despesas periciais e o Ministério Público é autor, bem como as sucessivas soluções testadas:

“Tentou-se superar o impasse recorrendo a órgãos públicos que fizessem a perícia sem ônus para o autor ou para o réu; a experiência indicou a inadequação dessa solução, pois tais órgãos não dispõem de pessoal nem de tempo para dedicar à perícia judicial e os processos se arrastaram por anos a fio com ofícios sucessivos aos institutos universitários e outros órgãos públicos. Tentou-se depois debitar a despesa ao Fundo Especial de Defesa dos Interesses Difusos uma vez que a defesa de tais interesses passa pelas perícias, a solução do processo leva à devolução do dinheiro e destino melhor se dá ao dinheiro lá existente; o Superior Tribunal de Justiça acompanhou o entendimento até voltar atrás. Depois veio a solução aqui cuidada, de debitar os honorários periciais à Fazenda Pública”.

Prosseguindo, apresentou o Desembargador três principais problemas no novo posicionamento do STJ. Em primeiro lugar, mencionou a contradição existente em isentar o Ministério Público de adiantar os honorários, a partir da previsão do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública, e ao mesmo tempo impor esse adiantamento a um terceiro, ou seja, a Fazenda Pública. Em segundo lugar afirmou que a súmula 232/STJ obriga a Fazenda Pública a adiantar

os honorários do perito, apesar de disposição contrária da lei. Aplicar por analogia essa súmula seria determinar que o Ministério Público adiantasse essas despesas, e não obrigar que a Fazenda Pública o faça. Por fim, afirmou que a decisão estabeleceu uma vinculação entre o Ministério Público e a Fazenda Pública, tese veementemente rechaçada pelo primeiro.

Em seguida o Desembargador apontou quatro problemas práticos que decorreriam da aplicação do entendimento do STJ. O primeiro seria que a previsão só beneficiaria o Ministério Público, deixando desamparadas as demais associações legitimadas para a propositura de ações coletivas, sendo que o primeiro teria recursos e as segundas não. O segundo seria que o entendimento não solucionaria a questão caso houvesse coautoria do Ministério Público com outras pessoas jurídicas. O terceiro seria a impossibilidade prática do juiz obrigar o Estado a arcar com esse custo, uma vez que não há previsão orçamentária.¹⁶⁷ O último problema ocorreria quando o Estado estivesse no polo passivo da ação e tivesse que arcar com os honorários periciais, ocorrendo uma inversão imprópria do ônus da prova. Assim, o relator concluiu: “(...) *tal entendimento não contribui para a pacificação do processo, mas para conturba-lo*”.

Na sequência do voto o julgador ainda falou da capacidade financeira do Ministério Público:

“(...) O Ministério Público não gasta dinheiro próprio, mas o dinheiro arrecadado da sofrida população e arca com as despesas necessárias à movimentação dos processos em que participa: salários, vencimentos, material de escritório, ativo imobilizado, pessoal de apoio, locação de prédios e veículos, e assim por diante; o pagamento dos honorários periciais é uma despesa como as outras que, como elas, vai ser paga com o dinheiro alocado em orçamento. Basta que orce, basta que queira (como fez

¹⁶⁷ “ (...) não se vê como o juiz possa cumprir a Súmula 232; não pode sequestrar o dinheiro do erário, não há autorização orçamentária para que o Estado arque com a despesa e o Estado, como sua manifestação indica, não pretende arcar com o pagamento. A consequência não será mais rapidez, mas uma litigância acrescida entre o juiz, o Ministério Público e o Estado a causar trabalho e demora enquanto o meio ambiente permanece desprotegido. A reação será maior quando for autor uma associação civil (...)”.

o Estado em obediência ao entendimento sumulado), para que a Súmula STJ nº 232 possa ser-lhe aplicada da forma correta, as distorções terminem e os processos tenham regular andamento (...)”.

E comparou a situação do Ministério Público com a da Fazenda Pública:

“(...) A firmeza demonstrada com a Fazenda Pública eliminou o problema; a mesma firmeza demonstrada com o Ministério Público igualmente eliminará esses incidentes repetidos. É a realidade a se impor. Não há espaço para orgulho ou vaidade institucional em uma questão simples como essa”.

Por fim, o Desembargador falou da possibilidade da utilização dos recursos do Fundo Especial de Reparação dos Interesses Difusos, mencionando que não cabia ao Ministério Público se opor a essa medida. Além disso, observou que a Câmara Ambiental tem utilizado os laudos produzidos pelas agências ambientais como alternativa às custosas provas periciais.

Achamos importante analisar profundamente essa decisão, inclusive transcrevendo diversos trechos, porque ela traz diversos pontos relevantes sobre a aplicação do precedente do STJ. Assim, os argumentos mencionados pelo Desembargador serão posteriormente abordados e utilizados em nossas conclusões sobre o ponto e no estudo das propostas no capítulo 6.

5.1.4. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

De maneira semelhante ao que ocorre em São Paulo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem adotado em seus julgamentos mais recentes o entendimento do STJ

consolidado pelo REsp 1.253.884/SC. Em alguns casos o Tribunal havia decidido pelo adiantamento das despesas periciais pelo Ministério Público, porém após o julgamento do STJ teve que alterar suas decisões.¹⁶⁸ Por outro lado, destacaremos duas situações excepcionais observadas.

Observamos que o Tribunal do Rio Grande do Sul utiliza em alguns acórdãos um precedente do STF, o julgamento da Reclamação 11.951 Rio Grande do Sul. Em uma situação muito semelhante ao que estudamos no início do capítulo, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou reclamação perante o STF com o mesmo fundamento: violação à reserva de plenário.¹⁶⁹ Os fatos, contudo, são um pouco distintos. Nesse caso entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que os honorários na fase de liquidação seriam suportados pelo autor, no caso, o Ministério Público.¹⁷⁰ Ajuizada a reclamação, o relator reconheceu que determinar o pagamento pelo autor seria negar a incidência do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública, violando a cláusula de reserva de plenário. Dessa forma, determinou que o Tribunal *a quo* revisse sua decisão, o que foi efetivamente feito.

Destacamos, por fim, uma decisão que estabeleceu que o adiantamento dos honorários fosse feito com os recursos do Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados.¹⁷¹ Contudo, em sua fundamentação, o relator citou tanto uma decisão antiga do STJ que fala da possibilidade de utilização dos recursos dos Fundos Especiais, quanto a decisão do REsp 1.253.844/SC.¹⁷² Assim, o Desembargador determinou que os honorários fossem suportados pelo Estado do Rio Grande do Sul, mas através dos recursos do Fundo Especial.

¹⁶⁸ AI n.º 0515381-64.2012.8.21.7000, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 03.09.2014

¹⁶⁹ STF - Rcl: 11951 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/11/2013, Data de Publicação: DJe-225 DIVULG 13/11/2013 PUBLIC 14/11/2013.

¹⁷⁰ AI n.º 0138918-91.2011.8.21.7000, Rel. Des. Denise Oliveira Cezar, 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 16.07.2014

¹⁷¹ AI n.º 0073669-91.2014.8.21.7000, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 21.05.2014

¹⁷² Decisão do STJ sobre a possibilidade de utilização dos recursos dos Fundos Especiais: RMS nº 30.812-SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.03.2010, DJe 18.03.2010

5.1.5. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Finalizando a análise jurisprudencial das ações coletivas, temos o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ao contrário dos outros dois Tribunais de Justiça analisados, observamos que no Rio de Janeiro não houve a adequação dos julgados ao entendimento consolidado do STJ. De fato, na maior parte dos julgados não há sequer menção desse precedente. Além disso, nas decisões em que houve a menção o posicionamento não foi seguido, adotando-se outra solução: a ausência de adiantamento dos honorários do perito.¹⁷³

A posição consolidada nesse tribunal é a de que o perito deve aceitar o encargo sem qualquer adiantamento, devendo ser pago ao final pelo sucumbente. No caso de não concordar com tal condição, o juiz deve determinar que o Estado forneça um profissional para realizar a perícia. Os acórdãos não mencionam o que fazer caso o sucumbente seja o autor, que estaria dispensado de arcar com a sucumbência, e nem o que fazer caso o Estado não tenha um profissional apto a realizar o serviço.

Para finalizar, devemos destacar que a postura adotada pelo Tribunal do Rio de Janeiro, apesar de trazer outras dificuldades práticas e de descumprir o entendimento do STJ, é a que mais se aproxima da interpretação literal do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública, ou seja, a isenção do adiantamento dos honorários periciais.

5.1.6. Conclusão parcial: do equivocado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Gostaríamos de demonstrar, em forma de conclusão parcial, o desacerto do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a impossibilidade de solução da questão pela via da interpretação legal.

¹⁷³ Exemplos de julgados: AI n.º 0024969-89.2014.8.19.0000, Rel. Des. Guaraci Vianna, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, j. 13.08.2014; AI n.º 0017157-93.2014.8.19.0000, Rel. Des. Luciano Carvalho, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, j. 30.07.2014; e AI n.º 0065156-76.2013.8.19.0000, Rel. Des. Benedicto Abicair, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, j. 10.07.2014

De início, retomamos a lógica por trás da formação da súmula 232/STJ. Conforme vimos o artigo 27 do Código de Processo Civil determina que os atos processuais requisitados pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público serão pagos ao final pelo vencido. Diante disso, criou-se um problema nos casos em que a Fazenda Pública requeria a prova pericial e, utilizando o mencionado artigo, se recusava a adiantar os honorários. Diante do impasse, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a posição, por meio da súmula 232/STJ, de que os honorários periciais não estariam englobados pela isenção legal do art. 27.

Temos como caso semelhante a previsão dos arts. 17 e 18 da Lei da Ação Civil Pública que isentam os autores de adiantarem as despesas processuais, dentre elas os honorários do perito. Da mesma forma, criou-se um impasse: o Ministério Público, maior autor de ações coletivas, se negava a adiantar os honorários periciais por força dos supracitados artigos. Em face dessa situação, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou sua posição, através do julgamento do REsp 1.253.844/SC como recurso repetitivo (utilizando a técnica do artigo 543-C do CPC), de que a súmula 232/STJ deveria ser aplicada por “analogia” ao caso, determinando que a Fazenda Pública a qual se vincula o Ministério Público adiante os honorários.

Intuitivo concluir que a chamada interpretação por analogia da súmula 232/STJ não tem base legal, assim como observado pelo Desembargador Torres de Carvalho no acórdão acima destrinchado. Tendo em vista que o objetivo da súmula é afastar uma isenção legal e obrigar o beneficiário a adiantar os honorários periciais, a correta aplicação por analogia seria afastar a isenção do Ministério Público e determinar o adiantamento dos honorários das ações coletivas de que fosse autor. Assim, a aplicação analógica carece de fundamento interpretativo. Ressalvamos que não estamos analisando, por enquanto, a opção política do Superior Tribunal de Justiça de manter a isenção ao Ministério Público e impondo o ônus à Fazenda Pública; apenas ressaltamos que a fundamentação jurídica para isso possui falhas interpretativas.

Interessante notar que parte da argumentação para não impor ao Ministério Público o adiantamento dos honorários periciais reside na impossibilidade de se violar expressa disposição da Lei da Ação Civil Pública. Analisando-se de forma aprofundada, deve-

se concluir que qualquer tipo de adiantamento de despesas processuais nas ações coletivas é uma violação da disposição expressa da lei, pois a previsão é:

“[n]as ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais” (grifei).

Dessa forma, a posição sustentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que como vimos determina que não haja adiantamento, devendo o perito receber ao final, é a mais consentânea com o dispositivo de lei, apesar de não resolver os problemas práticos.

Acrescente-se ao todo as decisões do Supremo Tribunal Federal, que em julgamentos de reclamações propostas pelo Ministério Público, afirmou que impor a este o adiantamento das custas viola a cláusula de reserva de plenário, pois afasta a incidência de dispositivo de lei. A partir desse raciocínio não seria a Fazenda Pública legitimada para ajuizar uma reclamação ao Supremo Tribunal Federal com idêntica fundamentação? A justificativa seria a de que se está afastando dispositivo de lei (*não haverá adiantamento*) e se está imputando um ônus a um ente sem qualquer previsão legal.

Diante dessa situação, concluímos que não é possível, valendo-se da estrita legalidade, com o nosso atual arcabouço jurídico sobre a questão, dar uma solução eficiente para esse problema. A lei prevê a isenção do pagamento das despesas e qualquer determinação de adiantamento já é uma violação. E como vimos o perito normalmente se recusa a trabalhar sem adiantamento. Adicione-se, por fim, a ausência de previsão para que os Fundos Especiais possam arcar com essa despesa, o que poderia ser uma solução. Por isso, sem uma reforma legal para que se discipline de forma específica essa questão continuaremos no “conflito do sonho com a realidade”, como mencionou o Desembargador Torres de Carvalho.

5.2. Apresentação das entrevistas – Ações coletivas

As perguntas formuladas para integrar o questionário das entrevistas tinham como objetivo coletar três informações principais. A primeira informação seria se na opinião do entrevistado a questão do custeio da prova pericial em ações coletivas era um problema. A segunda informação seria se o entrevistado já havia se deparado com essa situação e qual solução foi encontrada no caso concreto. Por fim, caso considerasse a questão como problemática, o entrevistado deveria expor quais soluções poderiam ser implementadas.

Dos quinze entrevistados somente um respondeu negativamente à primeira pergunta, ou seja, entende que a questão analisada é um problema. Esse entrevistado atua como perito e afirmou sobre o pagamento da perícia que “(...) considerando que seu custo é compartilhado, na grande maioria das vezes o custo é menor para cada um dos autores/réus”. Todos os outros entrevistados responderam que a questão analisada é problemática e trouxeram como justificativa os argumentos a seguir expostos.

Na opinião da maioria dos entrevistados o problema do custeio das perícias em ações coletivas decorre da legislação que o regula. Isso porque o artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública isentou o autor da ação coletiva de adiantar os honorários do perito, mas não estabeleceu quem arcaria com essa despesa e como seria a dinâmica do pagamento ao final. Além disso, o mesmo artigo estabeleceu a não sucumbência do autor no caso de improcedência da demanda, salvo casos de comprovada má-fé.

“O fato de não haver adiantamento de custas (art. 18 Lei da Ação Civil Pública) faz com que muitos profissionais recusem a nomeação como Perito, gerando sérios problemas no andamento destas ações. Mais do que isso: a Lei prevê que as custas serão pagas, ao final, pelo vencido. Todavia, na hipótese de a ação ser julgada improcedente (o réu ser vencedor,

portanto), o perito pode não ser remunerado, já que o Ministério Público é isento de custas e as ONGs também o são (salvo má fé)” (Advogado)

“Sim [é um problema], na medida em que por lei o Ministério Público e associações legitimadas são dispensadas do adiantamento dos honorários periciais (art. 18 da LAC, art. 87 do CDC) e, mesmo em caso de derrota, só são responsabilizados pelas despesas processuais na hipótese de reconhecimento de má-fé”. (Magistrado)

Complementando essa questão da ausência de regulamentação específica da situação, os entrevistados consignaram outros problemas, como a especificidade das perícias, que demandam profissionais altamente especializados e que cobram honorários mais altos, além da ausência de uma fonte de custeio ou da falta de recurso dos legitimados, no caso de associações.

“(...) As perícias são geralmente muito específicas, com dificuldades de se encontrar profissionais habilitados na área. Logo os que existem – e que se dispõem a elaborar a perícia – estimam honorários em valores expressivos”. (Magistrado)

“(...) Não há um fundo estadual ou federal para o custeio dos peritos particulares nomeados pelo Estado-Juiz, tampouco um corpo de peritos oficiais (no judiciário ou em órgãos públicos) capazes e dispostos a realizar a perícia (...)” (Magistrado)

“(...) A lei isenta o autor, mas não indica a fonte de recursos para o custeio do perito (...)”. (Promotor)

“O custeio dos honorários do perito é um problema, porque os legitimados para ajuizar as ações coletivas não costumam ter recursos financeiros para arcar com eles”. (Advogado)

Ainda na esteira da questão da legislação, alguns entrevistados questionam a aplicação da isenção prevista pelo artigo 18 ao Ministério Público, reconhecido como autor mais recorrente de ações coletivas. Além disso, outros entrevistados questionam problemas em relação à regra de inversão do ônus da prova.

“Veja o caso de uma ação Civil Pública, ninguém quer custear, e o MP se embasa no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, com isso o processo não vai para frente e fica entupindo o Judiciário”. (Perito)

“A questão é um dos maiores problemas da ACP, quando envolve o Ministério Público no pólo ativo. O MP sustenta que não tem obrigação legal de adiantar os custos da perícia nesses processos. Isso não é, a rigor, verdadeiro, pois apenas as associações são isentas desse adiantamento, mas esse é o entendimento predominante na jurisprudência (ou era, como veremos adiante)”. (Magistrado)

“(…) Por fim, o MP – autor da maioria das ações coletivas –, mesmo tendo orçamento próprio e suficiente, se escuda em problemático dispositivo da LACP (17 e 18) para sustentar não ter que adiantar o custeio de perícias, mesmo sendo o requerente da prova (art. 33 CPC). (Magistrado)

“Sim, é um problema, porque, não obstante a regra de inversão do ônus da prova, tem se entendido que isso não acarreta a inversão do pagamento de custas do processo. E muitos réus não têm interesse em produzir a prova pericial, por exemplo”. (Magistrado)

“O problema acontece por causa das regras de distribuição dos ônus da prova, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Assim, a solução processual para a falta de adiantamento dos custos da perícia, necessária, seria o julgamento conforme essa regra de distribuição: a demanda seria julgada improcedente (claro, isso depende de os fatos terem sido impugnados na contestação, mas se isso não ocorreu não seria necessária a prova a respeito).

Essa consequência, entretanto, é recusada pela jurisprudência”. (Magistrado)

Concluindo essa parte de apresentação dos problemas mencionados pelos entrevistados, destacamos uma situação específica que já havia aparecido quando da análise das ações com gratuidade de justiça. Trata-se do problema da vinculação do juiz que nomeia um perito para exames considerados ruins. Conforme pudemos observar não raro os juízes fazem compensações entre perícias consideradas boas (com boa remuneração) e perícias consideradas ruins (com baixa remuneração), com o fito de diluir os prejuízos do profissional. Essa situação, na prática, acaba acarretando um pagamento indireto pelos litigantes das outras ações.

“Se o perito aceita alguns trabalhos “gratuitos”, duas consequências podem ocorrer, pois o juiz de alguma forma se vincula a esse perito, procurando compensar os trabalhos gratuitos com outros remunerados. Daí, a impessoalidade é prejudicada (o que nem é problema tão grave, em

princípio, pois deve haver uma relação de confiança entre juiz e o perito por ele nomeado).

O problema maior, entretanto, mesmo considerando que o problema acima é, felizmente, excepcional, é o de que o perito usará os outros processos em que nomeado para ‘compensar’ as perícias que realiza gratuitamente, cobrando mais caro dos outros autores (o que equivale a cobrança de tributo!). além disso, o compromisso do perito com o laudo gratuito é menor, gerando laudos menos confiáveis e entregues em prazos mais longos”. (Magistrado)

Expostos os problemas identificados pelos entrevistados, passaremos para as soluções que eles presenciaram em casos concretos. Observamos que são utilizados os mais diversos expedientes para tentar contornar o problema. Entre eles, destacamos a utilização de órgãos públicos, a determinação do pagamento pelo autor (normalmente o Ministério Público), inversão do ônus para o réu ou determinação de que o perito trabalhasse de graça.

“A solicitação da colaboração de órgãos públicos, como Universidades, nem sempre com sucesso, pois alega-se fugir a solicitação de perícia judicial às funções institucionais correspondentes”. (Magistrado)

“Aplicar a regra da inversão e, por conta da não produção da prova pericial pelo réu, julgar o processo em seu desfavor (desde que, evidentemente, verossímeis as alegações do autor)”. (Magistrado)

“Pessoalmente, todas as vezes que tive problema com a realização de perícia, algum órgão público ou, eventualmente, o réu acabou pagando pela realização”. (Promotor)

“Nos casos concretos, ou o réu se dispõe a adiantar os honorários periciais (como já ocorreu com muitos de nossos clientes); ou o Juiz nomeia os assistentes técnicos do próprio Ministério Público/CAEX, nos casos de ações propostas por ONGs; ou o Juiz nomeia um instituto público como Perito (ex: IPT, CBRN etc.)”. (Advogado)

A última fala nos indicou algo que já havíamos notado a partir da análise dos julgados, que normalmente os réus se recusam a aceitar a prova produzida pelo Ministério Público como laudo pericial idôneo. Nos casos em que esse órgão atua como autor, normalmente são produzidos laudos pelo CAEx (Centro de Apoio Operacional à Execução).¹⁷⁴ Devido à sua vinculação ao autor, normalmente é alegada a impossibilidade de utilização desse laudo como prova técnica imparcial.

“Mas entendo que isso [laudo realizado por órgão público] pode comprometer a imparcialidade do perito – especialmente no caso do CAEX”. (Advogado)

Outra solução apresentada foi a utilização dos recursos do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos:

“Eu já presenciei vários casos como esses. Já vi o Juiz mandar o Perito trabalhar de graça; ele se recusou, daí o J. Mandou o MP pagar; esse agravou e o TJ mandou o FID pagar”. (Procurador do Estado)

“O Judiciário, quando provocado, tem decidido que o Fundo Especial de Defesa dos Interesses Difusos faça a antecipação de pagamento ou que a

¹⁷⁴ Em São Paulo, regulado pelos atos normativos 532-PGJ e 540-PGJ.

Fazenda Pública à qual esteja vinculado autor da demanda o faça”.
(Procurador do Estado)

Por fim, transcrevemos as respostas de outros entrevistados que indicaram outras soluções em suas respostas:

“Vários casos concretos. Soluções variadas, nenhuma delas satisfatória: realização da perícia por Universidade Pública; imputação das despesas e honorários ao Estado, que posteriormente vem a impugnar, por não ser parte na ação; determinação de pagamento com recursos do FID; determinação de inversão do ônus, e adiantamento dos recursos pelo réu, embora sem que haja previsão legal para tanto; o processo não caminha, ficando "suspense", ou então, em outros casos, decisão dando por preclusa a prova”. (Promotor)

“Diversas foram as soluções adotada dentre as quais merecem destaque: (i) a imposição à Fazenda Pública a qual o Ministério Público se achasse vinculado o custeio da obrigação de efetuar o adiantamento dos honorários periciais, como decorrência da aplicação analógica da súmula 232 STJ (ii) a utilização do dinheiro do Fundo de Defesa de Direitos Difusos STJ, RMS n. 30.812, Relator Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2010, DJe 18/03/10.; (iii) a obrigação do próprio autor Ministério Público ou a associação em efetuar o adiantamento; (IV) até obrigação do perito realizar a perícia e receber somente ao final”.
(Procurador do Estado)

Para concluir a apresentação dos resultados das entrevistas, abordaremos agora as sugestões dos entrevistados de como resolver essa situação que foi considerada por quase

todos como problemática. Faremos aqui somente a exposição das propostas, deixando a análise crítica para o capítulo 6.

A maioria das respostas indicou a necessidade de reforma legislativa para que se regulamentasse de forma específica a dinâmica do custeio da prova pericial. Dentre as sugestões de alteração legal, temos a reforma dos artigos 17 e 18 da Lei da Ação Civil Pública, a autorização legal para utilização dos recursos dos Fundos Especiais e a criação de fundos específicos.

“(...) Além da dispensa de adiantamento, deveria a lei prever que o Estado custeará, caso a ação seja julgada improcedente, ao final (na hipótese de procedência, evidentemente, não há necessidade de qualquer alteração, pois os encargos financeiros recaem sobre o vencido)” (Promotor).

“Rever o art. 17 e 18 [da Lei da Ação Civil Pública] e determinar ao MP a antecipação do custo da prova que requerer, o que corroborará, inclusive, para evitar os requerimentos inconsequentes” (Magistrado)

“A segunda é modificação legislativa, para que o MP possa utilizar, para essa finalidade, o dinheiro do Fundo de Reparação dos Interesses Difusos. Essa lei, local, já existe em alguns Estados, mas não em São Paulo”. (Magistrado)

“Na minha opinião a isenção deveria existir apenas para as associações autoras que provassem sua hipossuficiência financeira, hipótese em que o Poder Público interessado na medida visada pela ACP deveria arcar com o adiantamento dos honorários em razão do disposto no inciso LXXIV, artigo 5º, da Constituição Federal”. (Procurador de Justiça)

Por outro lado, alguns entrevistados sugeriram a utilização dos recursos dos fundos sem mencionar a necessidade de alteração legislativa.

“A utilização dos valores arrecadados pelo fundo de proteção aos interesses difusos, com o objetivo de custear as perícias”. (Magistrado)

“Considerando nossa experiência, sugerimos que esses recursos também sejam utilizados para pagar a realização de provas de fatos de alta complexidade e de custos elevados”. (Advogado)

Por fim, entre outras sugestões destacamos a criação de um banco de peritos, a celebração de convênios entre o Poder Judiciário e os órgãos públicos de especialização técnica ou a criação de um órgão específico encarregado dessa função.

“O estabelecimento de convênios entre o Poder Judiciário e determinados órgãos públicos com especialização técnica, no sentido de regulamentar satisfatoriamente a colaboração desses, o adequado aparelhamento de tais órgãos para a execução dessas tarefas. Finalmente, a criação de órgãos com atribuição específica para tais trabalhos, eventualmente com recursos advindos do Fundo a que alude o art. 13 da LAC”. (Magistrado)

5.3. Apresentação do caso

Assim como afirmado quando da apresentação da metodologia e estruturação da apresentação do trabalho, decidimos incluir a análise de um caso que envolve a questão da perícia em ação coletiva. Tendo em vista a sempre enorme quantidade de volumes em ações coletivas, escolhemos apresentar somente um caso, em comparação com os três casos

apresentados nas ações individuais. Esclarecemos que o caso foi escolhido aleatoriamente e que serve apenas como um exemplo de um possível problema com a realização da prova pericial em demandas coletivas.

Escolhemos como exemplo uma Ação Popular proposta originalmente por Julio Ruiz, que posteriormente desistiu da ação e foi substituído pelo Ministério Público, em face do ex-prefeito de Mairiporã e da empresa Execução Serviços Ltda. O objeto da ação seria um suposto caso de improbidade administrativa, decorrente de irregularidades com a licitação da empresa co-ré. A ação foi proposta em 19.02.2008.

Após o desenvolvimento da fase inicial do processo, com aditamento da inicial, citação das rés e apresentação das defesas, o juiz determinou a manifestação sobre a produção de provas em 13.05.2010. O Ministério Público, que na época atuava como fiscal da lei requereu a produção de prova pericial, enquanto que os réus não a requereram. Diante da situação o juiz intimou o Ministério Público para que se manifestasse sobre a produção da prova:

“Para que o feito possa ser corretamente saneado, à luz do microssistema que rege o processo civil coletivo, esclareça o Ministério Público se dispõe de meios para a produção da perícia contábil que, como fiscal da lei, requereu”

Diante do despacho, manifestou-se o Ministério Público pela produção de prova pelo seu órgão interno CAEx. Os réus, contudo, se opuseram à realização da prova pericial pelo CAEx por entenderem que sendo vinculado ao Ministério Público, esse órgão não teria a imparcialidade necessária para a produção da prova pericial. Em 07.10.2011, o juiz reconheceu a desistência da ação por parte do autor original e aceitou o ingresso do Ministério Público no polo ativo. Além disso, decidiu sobre os honorários do perito:

“Ante as impugnações de fls. 1208/1211 e 1217/1218 e o entendimento majoritário de que o Ministério Público, quando autor e fiscal da lei, não adianta despesas e honorários periciais, serão as despesas antecipados pelos Réus, solução que me parece mais justa ao caso concreto”.

Diante dessa decisão, a empresa co-ré interpôs agravo na modalidade de instrumento, alegando que não deveria arcar com o pagamento dos honorários do perito. O recurso teve indeferido o seu pedido de efeito suspensivo e ao final teve negado provimento. O outro réu não se insurgiu contra a decisão. Em 16.03.2012 o juiz determinou a intimação do perito.

Somente em 03.02.2014 o juiz deferiu o pedido de parcelamento formulado pelo ex-prefeito. Contudo, a outra ré informou que não tinha condições de arcar com a sua parte no adiantamento dos honorários, situação que criou um impasse no processo. Isso porque o ex-prefeito, que já havia antecipado a sua parte, afirmou que não adiantaria o restante, pois essa obrigação não lhe cabia.

Atualmente o processo encontra-se parado por conta da discussão sobre o adiantamento dos honorários periciais.

Concluindo, destacamos que a ação foi proposta em 2008 e ainda hoje, 2014, não foi realizada a perícia. Assim, pudemos demonstrar um exemplo de como a questão do pagamento dos honorários periciais em ações coletivas pode tornar a tutela dos direitos coletivos excessivamente demorada e consequentemente ineficiente.

6. Análise de viabilidade das propostas

Durante toda a pesquisa, apontamos problemas estruturais que prejudicam a efetiva prestação do serviço jurisdicional, especificamente em relação à prova pericial, em dois casos: quando requisitada pelo beneficiário da gratuidade de justiça e nas ações coletivas.

No decorrer do trabalho, pudemos também ventilar possíveis propostas de modificações que melhorariam o quadro atual, destacando as opiniões dos profissionais entrevistados.

Diante disso, iniciaremos agora uma análise de viabilidade de algumas propostas que foram sugeridas e outras que surgiram a partir dos dados coletados. Tendo em vista que a regulamentação da questão da prova pericial nos casos de gratuidade de justiça possui disposições específicas em cada Estado, nos focaremos em São Paulo, não obstante algumas sugestões sejam válidas em âmbito nacional. Já em relação às ações coletivas, tendo em vista o caráter mais homogêneo da questão dentro do País, as sugestões terão, em geral, maior abrangência.

Algumas propostas por serem comuns a ambas as situações serão tratadas de forma conjunta. Outras, entretanto, por sua especificidade, serão tratadas separadamente.

6.1. Proposta de parcelamento

Uma proposta que não foi ventilada pelos entrevistados, mas que decorre das respostas e dos dados levantados, é a criação de um possível mecanismo através do qual a parte beneficiária da gratuidade de justiça ou o autor da ação coletiva pudessem realizar um parcelamento dos honorários do perito. Como vimos, apesar da doutrina e da jurisprudência dos tribunais, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, rejeitarem a imposição do parcelamento em ambas as situações, os magistrados reiteradamente se valem dessa prática para “solucionar” a falta de especialistas.

Assim, uma proposta seria o Estado fornecer uma espécie de parcelamento oficial dos honorários do perito. Poderia o Estado, nesse caso, pagar a remuneração ao profissional e, de outro lado, cobrar esse custo do requerente, de forma parcelada.

Apesar de ser uma boa saída para resolver o problema dos escassos recursos públicos, além de possibilitar um aumento na remuneração dos peritos, tal disposição violaria frontalmente a lei específica, no caso das ações coletivas, e também a Constituição Federal no caso das ações individuais. Tivemos a oportunidade de expor que a Lei 1.060/50 é expressa,

ao incluir no rol dos atos pelos quais o beneficiário não deve arcar, os honorários do perito. Dessa forma, qualquer disposição que visasse a estabelecer uma forma de pagamento dessa remuneração, mesmo que parcelada, seria contrária à lei. Não obstante, a própria Constituição estatui que cabe ao Estado promover a assistência integral e gratuita aos hipossuficientes.

Da mesma forma, vimos que a Lei da Ação Civil Pública isenta o autor da ação coletiva do pagamento de custas, no intuito de retirar o óbice financeiro para a propositura da demanda. Assim, o parcelamento institucional violaria essa legislação específica.

Por tanto, rejeitamos essa proposta como uma possível solução.

6.2. Proposta de criação de um cadastro unificado de peritos

Uma proposta que não demandaria muitos gastos ao erário público seria a criação de um cadastro unificado de peritos junto ao Tribunal de Justiça do Estado. Apesar de não atuar no cerne da questão e não solucionar totalmente o problema, a proposta traria grandes benefícios e efetividade ao sistema, em ambas as situações. Isso porque, como vimos, em muitos casos o juiz não possui um profissional de confiança que exerça um determinado serviço, de modo que acaba por ter que procurá-lo. Essa busca representa, na maioria dos casos, um grande entrave ao prosseguimento do processo.

Reforçando o cabimento dessa sugestão, vimos, a partir da análise das legislações dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, que estes já contam com esse tipo de banco de dados. Ademais, foi exposto que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 127, também recomendou aos Tribunais que mantivessem um banco de peritos credenciados. Assim, esses entes já reconheceram a importância de tal medida, de modo que o Estado de São Paulo está defasado nessa matéria.

Destacamos ainda que na última versão do projeto de novo Código de Processo Civil, finalizado pela Câmara dos Deputados, tal medida foi regulamentada. Referimo-nos ao artigo 157, do projeto votado pela Câmara em 26.03.2014, que menciona a existência de um

cadastro de peritos em cada Tribunal.¹⁷⁵ Mais do que isso, o mencionado artigo deixa a entender, em seu § 5º, que a prioridade deve ser a nomeação de peritos inscritos nesse cadastro.¹⁷⁶ Nos casos em que não houver o cadastro ou não houver perito com as qualificações necessárias, poderá ser nomeado um perito particular.

Assim, reconhecendo que a medida analisada não possui grande impacto sobre as contas públicas, mas por outro lado que possui o potencial de aumentar a efetividade da prestação jurisdicional, através da facilitação da busca por um profissional especializado, consideramos a proposta como viável.

6.3. Proposta de restrição da concessão de gratuidade de justiça

Quando da exposição do resultado das entrevistas, afirmaram alguns profissionais que uma das principais causas do problema dos honorários do perito, no caso das ações individuais, é o excesso de concessões de gratuidade de justiça. Conjuntamente, propuseram a limitação do uso do Fundo de Assistência Judiciária (FAJ), para o custeio da prova pericial, somente a aqueles que fossem assistidos pela Defensoria Pública do Estado.

Trata-se de assunto delicado, pois envolve a prestação do serviço jurisdicional estatal à população carente. Um primeiro ponto que deve ser destacado é que não há forma legal de restringir o acesso à Justiça, pelos motivos que passamos a apresentar. Em primeiro lugar, ao contrário do que foi dito, não se trata de “concessão” de benefício de gratuidade de justiça (nomenclatura usual), mas sim, como vimos no capítulo 3, de reconhecimento de um *direito* aos cidadãos. Ou seja, não é um “favor” que o Estado presta aos hipossuficientes econômicos. Pelo contrário, entende a doutrina apresentada, posição ao qual nos filiamos, que

¹⁷⁵ “§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou órgãos técnicos interessados”.

¹⁷⁶ “§ 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia”.

o acesso à Justiça é um dever do Estado, que decorre da sua própria organização como Estado Democrático de Direito.¹⁷⁷

Em segundo lugar, a Constituição Federal, no inciso LXXIV, do seu artigo 5º, estabelece que o Estado é obrigado a prestar assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovem insuficiência de recursos. Cogita-se, a partir da leitura dessa disposição, se a comprovação deveria ser feita pelo requerente. Há intenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade de prova da hipossuficiência econômica, porque a lei específica que regula o caso (Lei 1.060/50) estabelece que a assistência deve ser prestada aos que apenas declararem a impossibilidade de arcar com os custos do processo, sem necessidade de maiores comprovações. Assim, haveria conflito entre a disposição constitucional e a legislação específica. Contudo, nos posicionamos favoráveis à parte da doutrina que entende que não há necessidade de comprovação de insuficiência de recursos, bastando a declaração da parte, que pode ser feita por meio do seu procurador.

Por último, a Lei 1.060/50, ao dispor sobre quem são os legitimados a terem reconhecido o seu direito à gratuidade de justiça, não fixa um parâmetro fixo de rendimentos. Como vimos, a redação afirma que os abrangidos pela norma são os que não possuem condições de arcar com os custos do processo, sem prejuízo da própria subsistência. Percebe-se, assim, que a lei não estabeleceu um parâmetro numérico, exatamente para que não houvesse restrições. Por tanto, a análise do reconhecimento do direito depende do caso concreto, sendo que qualquer norma que vise a restringir esse direito *a priori* padece de ilegalidade (frente à Lei 1.060/50) e de inconstitucionalidade (inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal).

Destacamos, ainda, que perante a legislação atual, o juiz possui pouca discricionariedade para o indeferimento do pedido de gratuidade de justiça. Isso porque, retomando o que dissemos, basta a simples declaração de hipossuficiência econômica para o reconhecimento do direito. Permite a lei, no máximo, que o juiz determine a apresentação da *carteira de trabalho e previdência social* (§ 3.º, art. 4º), como substitutos do mencionado

¹⁷⁷ Ver tópico sobre a garantia à assistência jurídica ampla e gratuita no capítulo 3.

“atestado de pobreza”. Com o objetivo de evitar fraudes, dispõe a lei ser presumida a pobreza da parte que realizar a declaração, até que se prove o contrário. Como forma de sancionar e coibir a fraude há a pena do pagamento do décuplo das custas judiciais (§ 1.º, art. 4.º). Ou seja, estabeleceu-se que cabe à parte contrária a impugnação à gratuidade de justiça e não ao juiz. Por fim, reforçando o que foi dito, diz o artigo 5.º da lei que o juiz, caso não tenha fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo procedente, confirmando a presunção de veracidade da pobreza declarada.

Destacamos que no projeto de novo Código de Processo Civil, na última versão da Câmara dos Deputados (mencionada acima), a questão da gratuidade de justiça foi especificamente regulada, nos artigos 98 a 102. Em relação ao reconhecimento da gratuidade pelo juízo, o § 2º do artigo 99 estabeleceu uma verdadeira presunção legal de veracidade da alegação de hipossuficiência.¹⁷⁸ Nesse sentido, em seu § 1º consignou que o juiz somente poderá indeferir o pedido de gratuidade de justiça caso haja elementos nos autos que evidenciem a ausência dos pressupostos, reforçando a ideia de presunção de veracidade.¹⁷⁹

Por tanto, diante do exposto, entendemos que a restrição à gratuidade de justiça é ilegal e inconstitucional. Além disso, na legislação atual não cabe ao juiz, mas sim a outra parte, a impugnação da declaração de pobreza, com o fim de elidir a presunção legal. Por fim, caso fosse reconhecido que o excesso de gratuidade fosse a principal causa do problema do pagamento dos honorários periciais, algo que não estamos convencidos, a sua restrição dependeria de profunda alteração legislativa.

Finalizando este tópico, estudaremos a viabilidade da proposta de restrição da utilização dos recursos do FAJ para o custeio da prova pericial, somente àqueles que forem assistidos pela Defensoria Pública. Observamos que, assim como já afirmado, esse tipo de limitação é contrária à própria norma que regulamenta o mencionado fundo, a qual dispõe expressamente sobre o pagamento das perícias requisitadas pelo beneficiário da *assistência*

¹⁷⁸ “§ 2º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

¹⁷⁹ “§ 1º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para concessão da gratuidade; neste caso, antes de indeferir o pedido, deverá o juiz determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos para a concessão da gratuidade”.

jurídica (expressão utilizada de forma equivocada).¹⁸⁰ Em não sendo todos os que possuem gratuidade de justiça assistidos pela Defensoria Pública (aliás, esta entidade não possui nem estrutura para tanto), não se pode restringir a utilização do FAJ somente às causas patrocinadas por ela.

Nesse sentido, destacamos ao analisar a legislação do Estado de São Paulo, que a Defensoria Pública, ao editar a Deliberação n.º 56, tinha como objetivo operar essa restrição. Porém, diante dos sucessivos pronunciamentos do Tribunal de Justiça reconhecendo a patente ilegalidade da medida, a entidade foi forçada a revogá-la, a partir da promulgação da Deliberação n.º 92 e, assim, acabando com a restrição.

Por fim, afirmamos sermos contrários à restrição da utilização do Fundo de Assistência Judiciária somente aos assistidos pela Defensoria Pública. Além da ilegalidade, deve-se destacar que essa entidade não possui estrutura para atender a todos os hipossuficientes econômicos, os quais ainda dependem do patrocínio de suas causas por outros meios. Por isso, a limitação prejudicaria as diversas pessoas que não são atendidas pela Defensoria Pública, mas que necessitam da prestação dessa tutela específica (gratuidade de justiça e isenção do pagamento das despesas processuais) por parte do Estado.

6.4. Proposta de modificação das tabelas de pagamento de honorários

Ao apresentarmos o problema do custeio da prova pericial requisitada pelo hipossuficiente econômico, a primeira e mais óbvia solução que se poderia cogitar seria o aumento da remuneração paga ao perito. Contudo, caso a solução fosse tão simples, provavelmente já teria sido implementada. Deve-se lembrar de que o aumento do valor pago aos peritos depende de uma maior utilização dos já escassos recursos públicos, sendo nesse ponto que reside toda a complexidade do tema.

Um ponto levantando durante a pesquisa foi a necessidade de modificação da tabela que regulamenta os honorários periciais (constante da Deliberação n.º 92 do Conselho

¹⁸⁰ Sobre essa questão, ver tópico sobre a legislação do Estado de São Paulo, no capítulo 4.

Superior da Defensoria Pública). Uma primeira sugestão, que não resulta necessariamente no aumento dos gastos públicos, é a readequação dos parâmetros de fixação. Vimos que no Estado de São Paulo o valor da remuneração do profissional técnico é única e diretamente proporcional ao valor da causa. Assim, independentemente do tipo de serviço a ser prestado, o pagamento depende exclusivamente do valor da demanda.

A grande crítica a ser feita a esse sistema (segundo a resposta de um dos peritos entrevistados¹⁸¹) é que na maioria dos casos, a complexidade do serviço não guarda qualquer relação com o valor da causa. Ou seja, uma perícia em uma ação de R\$ 3.000,00 (três mil reais) pode ser muito mais complexa e, conseqüentemente mais cara, do que outra em uma causa de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Por tanto, tal parâmetro é ruim tanto para o Estado, pois este paga a mais em trabalhos de menor complexidade, quanto para os peritos, que recebem menos em serviços com maiores dificuldades (e gastos).

Como contraponto a esse sistema de remuneração, apresentamos, no capítulo específico sobre legislações, a tabela de fixação de honorários periciais do Estado do Rio Grande do Sul (estabelecido pelo Ato do Presidente do Tribunal de Justiça n.º 051/2009-P).¹⁸² Demonstrou-se que nesse Estado o pagamento pelo serviço do perito é feito segundo o tipo perícia a ser realizada. Assim, existe um rol de procedimentos e para cada um deles há uma remuneração específica.

Entendemos que esse tipo proposta, apesar de não solucionar por completo o problema, traria grandes benefícios. Como dissemos, a partir de uma fixação mais lógica, o Estado poderia economizar em procedimentos mais simples e gastar mais em procedimentos complexos. Ou então, mesmo que não se refletisse necessariamente em economia para os cofres públicos, indiscutível que esse parâmetro é muito mais justo do que o atual.

Outro ponto levantado é o valor das remunerações em si. Segundo todos os peritos e alguns juízes entrevistados, o montante pago pela Defensoria Pública do Estado traz, em regra, prejuízo ao perito. A proposta feita foi a da elaboração de uma tabela de honorários em conjunto com os órgãos de classe (CREA, CRM, etc) e entidades de representação dos peritos

¹⁸¹ Ver capítulo sobre apresentação dos resultados das entrevistas no capítulo 4.

¹⁸² Ver apresentação da legislação do Estado do Rio Grande do Sul no capítulo 4.

(como, por exemplo, o IBAPE). Apesar de significar um provável aumento nos gastos, tal solução resultaria no fim da compensação, expressa ou tácita, entre perícias consideradas boas ou ruins.¹⁸³ Reconhecemos, contudo, que a adoção dessa medida depende de uma análise financeira que extrapola os limites do presente estudo, mas deve ser considerada.

Na esteira da proposta acima mencionada, outra sugestão feita foi a possibilidade de um previsão específica de pagamento de honorários superior ao disposto na tabela oficial. Essa disposição permitiria que em procedimentos muito complexos fosse permitido um pagamento suplementar ao perito, o que evitaria que este suportasse prejuízos. Expusemos que previsão semelhante já existe na legislação do Rio Grande do Sul, na qual o presidente do Tribunal de Justiça pode autorizar um pagamento superior ao estabelecido na tabela.

Essa proposta, sem dúvidas, traria um impacto financeiro, mas permitiria uma maior maleabilidade do sistema e evitaria o prejuízo dos peritos. Assim, entendemos que é uma sugestão que deve ser considerada para o aumento de efetividade da prestação jurisdicional.

Em relação aos exames periciais em ações coletivas, cabe fazermos uma ressalva. Vimos que para esses tipos de demandas não há uma tabela oficial que dê parâmetros para a fixação dos honorários, pois não há a utilização dos recursos do FAJ. Contudo, entendemos que uma tabela a ser editada pelo próprio Tribunal, em conjunto com entidades de classe, auxiliaria o arbitramento dos honorários pelos juízes.

6.5. Proposta de convênio com órgãos públicos

Outra proposta ventilada é a celebração de convênios entre o Tribunal de Justiça ou a Defensoria Pública do Estado (quanto gestora do FAJ) e entidades públicas ou particulares, nos moldes do que ocorre com o IMESC. Trata-se de questão que envolve, assim como outras já apresentadas, a necessidade de um estudo financeiro de viabilidade. As

¹⁸³ Ver apresentação do resultado das entrevistas nos capítulos 4 e 5.

vantagens, do ponto de vista do desenvolvimento do processo, seriam, em teoria, muito grandes, pois existiriam órgãos que supririam a falta de profissionais dispostos a trabalhar pela baixa remuneração que hoje é paga. Assim, acabar-se-ia com a longa busca do magistrado por um perito que aceite a incumbência.

Contudo, a celebração do convênio não garante a solução total dos problemas. Isso porque, para uma resolução definitiva da questão, seriam necessários convênios que abrangessem todas as áreas em que são requisitados os conhecimentos técnicos para uma perícia, o que resulta em uma dificuldade operacional. Além disso, correríamos o risco desses órgãos ficarem saturados de trabalho em decorrência do excesso de demanda, assim como ocorre atualmente com o IMESC. Como vimos, um laudo produzido por esse órgão pode demorar anos e, ainda, com uma qualidade que é muitas vezes questionável.

Em complementação, foi proposta por um dos entrevistados a celebração de convênios com universidades, o que permitiria de um lado a vazão da demanda e, de outro lado, abriria a oportunidade de estágios para os alunos da instituição. A princípio, tal proposta parece ser boa, porém devem ser feitas algumas considerações. Além da análise financeira, exposta acima, seria necessário analisar se as universidades têm intenção de firmar esse tipo de convênio, com a assunção de um alto grau de responsabilidade. Ademais, a ideia de oferecer um local de estágio para os estudantes precisa ser vista com cautela. Corre-se o risco de que, caso não haja um efetivo controle e supervisão, as perícias sejam feitas por estudantes que não possuem formação integral. E com isso, estaríamos diante de uma situação em que os litigantes que tivessem condições de remunerar um profissional particular, obteriam uma perícia de qualidade; do outro lado, aqueles que dependessem de uma perícia paga pelo Estado, obteriam a avaliação de um estudante que se presume não estar capacitado para a função.

Em relação às ações coletivas outro ponto deve ser destacado. Em decorrência da alta complexidade e da variedade dos exames periciais nessas demandas, seria praticamente impossível que os convênios cobrissem todas as áreas necessárias. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que caso os convênios englobassem parte das perícias, especificamente as mais realizadas, já haveria um grande ganho para o sistema.

Considerando as observações feitas, entendemos que a proposta de celebração de convênios com órgãos públicos ou entidades particulares possui chances de êxito, desde que realizados com cuidado necessário. Porém, consideramos que a sugestão provavelmente não solucionaria todos os problemas, pelos motivos expostos. Destarte, o grande entrave para realização seria, mais uma vez, a questão financeira.

6.6. Proposta de criação de um corpo de peritos

Outra proposta seria a criação de um corpo de peritos pelo Tribunal de Justiça, eventualmente remunerados com os recursos do Fundo de Assistência Judiciária, no caso das ações individuais. De todas as propostas que analisamos esta seria, provavelmente, a que teria um maior impacto dentro das contas do Estado. Assim, retomando a ressalva já feita, a adoção dessa proposta dependeria de uma intensa análise financeira, levando-se em consideração a demanda por perícias que são requisitadas por hipossuficientes econômicos. Tendo em vista a limitação do presente estudo, nos deteremos apenas nos pontos que entendemos ser positivos ou negativos, sob a óptica da efetividade do processo.

As vantagens e desvantagens seriam, basicamente, as mesmas já indicadas quando da análise da proposta de celebração de convênios. Como ponto positivo, teríamos o fim da busca por um profissional que aceite trabalhar pelos valores pagos pela Defensoria Pública do Estado, resultando, inicialmente, em um menor período de paralisação do processo. Além disso, ao ganharem uma remuneração fixa mensal, os peritos não mais suportariam prejuízos com as ações sob o pálio da gratuidade de justiça. Por fim, acabariam as compensações entre perícias pagas pelo Estado (valor baixo) e as que são pagas por particulares (valor alto) que, na realidade, transferem os custos das primeiras às segundas.

Como ponto negativo, destacaríamos a possível saturação dos profissionais face à demanda (como ocorre com o IMESC), resultando na permanência do problema do tempo de paralisação do processo. Além disso, observando-se os serviços que são prestados diretamente pelo tribunal, como avaliação psicossocial e contábil, destacamos que estes nem sempre são

prestados com a maior eficiência possível. Pode-se levantar como causa o grande volume trabalho. Dessa forma, a formação de um grupo de peritos depende de um estudo de produtividade pessoal, para que não se contratem profissionais em excesso (o que seria um gasto inútil para o Estado) e nem especialistas de menos (o que levaria ao excesso de trabalho e consequente demora e baixa qualidade).

Em relação às ações coletivas fazemos a mesma ressalva. Por conta da variedade e da alta complexidade dessas perícias, um corpo de peritos dificilmente supriria todas as necessidades. Porém, indiscutível a melhora da situação caso esse corpo pudesse atuar nas perícias mais requisitadas.

Em resumo, a adoção dessa sugestão, assim como outras já estudadas, depende mais de análises estatísticas de demanda e análises financeiras (conhecimentos que extrapolam os limites do conhecimento de profissionais do direito), do que análises propriamente jurídicas.

6.7. Proposta de utilização do CAEx para a realização das perícias

Um ponto que foi abordado pelas entrevistas foi a utilização do Centro de Apoio Operacional à Execução (CAEx)¹⁸⁴, órgão vinculado ao Ministério Público de São Paulo, para a realização das provas periciais em ações coletivas nas quais este é o autor. Apesar de encontrarmos algumas decisões favoráveis à utilização do laudo desse órgão como laudo pericial, possuímos entendimento contrário por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, vimos que a imparcialidade é um dos pressupostos para a atuação do perito. Levando-se em consideração a vinculação do CAEx ao Ministério Público, analisando especificamente as considerações feitas pelo Ato Normativo n.º 532-PGJ, torna-se difícil acreditar que esse órgão possa atuar de forma imparcial em suas avaliações.¹⁸⁵ Em

¹⁸⁴ Disciplinado pelo Ato Normativo n.º 532-PGJ, de 29 de abril de 2008.

¹⁸⁵ “(...) Considerando a necessidade de reorganizar a estrutura material dos órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público; (...) Considerando constituir objetivo geral do CAEX o oferecimento de suporte

segundo lugar, o próprio ato normativo que regula as funções do CAEx não abre a possibilidade desse órgão ser utilizado para a realização de perícias judiciais, vinculando sua atuação somente ao auxílio dos membros do Ministério Público.¹⁸⁶

Pelos motivos expostos, entendemos que a proposta de utilização do CAEx para a realização de perícias judiciais é inviável.

6.8. Propostas de alterações legislativas

6.8.1. Primeira proposta de alteração legislativa: exclusão do Ministério Público da isenção dos artigos 17 e 18 da Lei de Ação Civil Pública

A alteração da legislação específica foi uma das sugestões mais recorrentes nas entrevistas. Isso mostra a dificuldade de se encontrar uma solução satisfatória à questão com a utilização dos atuais instrumentos jurídicos. Assim, abordaremos a primeira alteração legal

operacional e serviços de inteligência e informações as Promotorias e Procuradorias de Justiça do Estado de São Paulo”;

¹⁸⁶ “Art. 2º - Ao Centro de Apoio Operacional à Execução incumbirá atuar como órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, cumprindo-lhe o exercício de atividades indutoras da política institucional e, em especial:

- I – conferir apoio de natureza técnica ou científica às funções de execução do Ministério Público;*
- II – elaborar, quando solicitado, estudos, pareceres, apontamentos ou periciais nas áreas de medicina, engenharia, contabilidade e auditoria, entre outras;*
- III – elaborar, quando solicitado, estudos técnicos ou trabalhos periciais na condição de assistente para as ações judiciais de interesse do Ministério Público;*
- IV – elaborar, quando solicitado, estudos técnicos necessários à instrução de procedimentos investigatórios de alçada do Ministério Público;*
- V – realizar diligências de interesse dos órgãos do Ministério Público para a identificação e localização de pessoas físicas e jurídicas;*
- VI – oferecer suporte técnico necessário à atuação de Grupos Especiais de Atuação e de equipe de membros do Ministério Público designados para atuações específicas;*
- VII – sugerir a elaboração de convênios e termos de cooperação técnica com entidades governamentais e não-governamentais, sobretudo no que diz respeito à obtenção de laudos periciais, estudos e pareceres nas diversas áreas, destinadas a instruir procedimentos e processos;*
- VIII – receber e responder às solicitações de apoio técnico-científico dos membros do Ministério Público, registrando-as e encaminhando-as aos técnicos das áreas respectivas, do seu próprio corpo técnico ou das entidades conveniadas;*
- IX – organizar e alimentar banco de dados específicos ao apoio à execução, instituindo um setor próprio de inteligência;*
- X – prestar outros serviços de apoio, compatíveis com sua finalidade”.*

proposta, o adiantamento e/ou pagamento dos honorários pelo Ministério Público quando autor da ação coletiva.

Antes ressaltamos que diante da atual disposição normativa é inviável se cogitar o adiantamento ou o pagamento das despesas periciais pelo Ministério Público ou por qualquer outro legitimado. Os artigos 17 e 18 da Lei da Ação Civil Pública são expressos ao conferir a isenção. Assim, qualquer tentativa de imputação de despesa ao autor, mesmo na forma de adiantamento, mostra-se ilegal.

Dito isso, uma possibilidade seria uma reforma nos mencionados artigos. Na entrevista de alguns atores e em alguns acórdãos encontramos uma posição que sustenta que o Ministério Público possui recursos para arcar com as perícias que requisita. Nesse sentido, uma proposta seria a alteração da lei para que o Ministério Público fosse excluído da isenção.

Entendemos que para ser realizada tal alteração seria necessário um estudo aprofundado que comprovasse que o Ministério Público possui tais recursos e que essa modificação não traria prejuízos ao desenvolvimento de sua função. Como se sabe, a esse órgão cabe a defesa do interesse público, de forma que uma alteração legal que prejudique sua atuação seria incoerente e, de toda maneira, inconstitucional. Caso fosse comprovado que o orçamento do Ministério Público pudesse suprir essa demanda, poderíamos cogitar como sendo uma possível solução a ser implementada.

Contudo, consignamos que tal medida não solucionaria a questão em relação aos outros legitimados, como, por exemplo, as associações. Dessa maneira, na possibilidade de se encontrar uma medida que englobe todos os legitimados, essa proposta de exclusão do Ministério Público da isenção legal deveria se preterir.

6.8.2. Segunda proposta de alteração legislativa: utilização dos recursos dos Fundos Especiais

Antes de analisarmos a segunda proposta de alteração legislativa, realizaremos uma breve análise da possibilidade de utilização dos recursos dos Fundos Especiais para o custeio da prova pericial, sob a perspectiva da atual legislação.

De pronto adiantamos nossa posição no sentido do cabimento da utilização dos recursos dos Fundos Especiais, mesmo sob a égide da atual legislação. Isso porque essa medida vai ao encontro do objetivo dos fundos que é a proteção e reparação de violações aos direitos difusos. Ora, deve-se observar que a efetiva proteção aos direitos difusos, especificamente aos já violados ou na iminência de violação, passa por uma adequada tutela jurisdicional. Como sustentamos ao longo do trabalho, problemas com a produção da prova pericial, especialmente nas ações coletivas que demandam perícias complexas, acarretam inegável prejuízo à tutela pleiteada. Nesse sentido, a demora é um fator a ser considerado, pois como sabemos a tutela tardia é equivalente ao não recebimento de tutela, mormente em relação aos direitos coletivos.

Assim, perfeitamente possível interpretar os dispositivos que regulam os Fundos Especiais para se permitir a utilização dos seus recursos para o custeio da prova pericial, mesmo sem expressa disposição. Além disso, poderíamos até considerar a seguinte possibilidade: esses recursos seriam utilizados somente para o adiantamento das despesas e deveriam ser repostos pelo sucumbente no caso de procedência da demanda (o reembolso pelo réu); caso a demanda fosse improcedente, caberia ao Estado pagar o restante dos honorários e reembolsar o fundo. Assim, já solucionaríamos o problema do adiantamento, que emperra o desenvolvimento processual.

Contudo, devemos reconhecer que por ausência de disposição expressa é difícil ao Administrado Público, no caso aos gestores dos Fundos Especiais, permitir o emprego desses recursos para o custeio de perícias, principalmente pela sua vinculação ao princípio da estrita legalidade. Mesmo assim, mantemos nossa posição favorável à utilização desse dinheiro.

Chegamos assim ao ponto central da questão. Apesar de entendermos pela possibilidade de utilização desses recursos, reconhecemos que uma alteração legislativa que regule de forma específica essa questão é necessária. Assim, sustentamos a necessidade

da reforma dos regulamentos dos Fundos Especiais para que seja expressamente permitido o custeio da prova pericial, adotando, por exemplo, a sugestão feita acima (somente adiantamento) ou até mesmo considerando o pagamento integral, uma vez que se trata da efetiva proteção dos direitos coletivos.¹⁸⁷

6.8.3. Terceira proposta de alteração legislativa: criação de fundos específicos para o custeio da prova pericial em ações coletivas

Por fim, analisaremos a possibilidade da criação de um fundo específico para o custeio da prova pericial. Levando-se em consideração os argumentos já expostos no item anterior, nos focaremos na questão procedimental da criação desse fundo. Entendemos que este poderia ser criado a partir de parte dos recursos que atualmente são encaminhados para os Fundos Especiais existentes. Óbvio que a correta porcentagem dependeria de estudos financeiros e de análises de demanda.

Entendemos, ainda, que para evitar o pagamento de valores excessivos aos peritos, esse fundo deveria ser gerido por uma comissão que, ao ser demandada pelo juiz para o pagamento dos honorários, sugerisse o valor a ser remunerado. Essa definição deveria ser embasada por tabelas de órgãos de classe e outros indicadores, bem como por tabelas próprias que seriam consolidadas ao longo do tempo. Consignamos que esse método poderia ser utilizado nos Fundos já existentes, no caso da adoção da proposta acima.

Em relação ao reembolso dos valores adiantados, poderíamos pensar em duas possibilidades: (i) a dinâmica proposta acima, ou seja, o reembolso pelo réu sucumbente ou pelo Estado no caso de improcedência da demanda; (ii) ou somente o reembolso no caso de procedência da ação, de modo a desonerar o Estado desse encargo. Reforçando o que dissemos anteriormente, o montante dos recursos a serem aportados ao fundo, bem como a

¹⁸⁷ Ressaltamos, novamente, que os fundos possuem expressiva arrecadação, como, por exemplo, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos que arrecadou no ano de 2013 o montante de R\$ 120.228.753, 13 (cento e vinte milhões, duzentos e vinte e oito mil e setecentos e cinquenta e três reais e treze centavos) (ver nota 83).

dinâmica do pagamento, necessitam de estudos financeiros e de demanda, que extrapolam, e muito, o âmbito do presente trabalho.

6.9. Conclusões parciais

Finalizando o presente capítulo gostaríamos de reforçar que as propostas aqui analisadas dependem de estudos mais aprofundados para serem consideradas como plenamente viáveis, principalmente com auxílio de outras áreas do conhecimento para análises como as de demanda, as financeiras e as econômicas. Destacamos que a nossa intenção foi analisar eminentemente sob o ângulo jurídico algumas possíveis soluções ventiladas, fomentando assim a discussão da questão.

Consignamos, por fim, que muitas das propostas apresentadas não são excludentes, podendo (ou devendo) ser implementadas em conjunto.

7. Conclusão

Para finalizar o trabalho, apresentaremos de forma sucinta nossas conclusões gerais sobre o que foi estudado, considerando que a análise de viabilidade das soluções já propiciou a oportunidade para as conclusões específicas.

Em primeiro lugar, concluímos que a diversificação dos meios de pesquisa foi essencial para o desenvolvimento do trabalho, pois a doutrina não mostra muito interesse pelo tema, apesar de demonstrada sua importância.

Além disso, a diversidade de dados levantados permitiu que pudéssemos traçar um quadro geral bastante completo das questões. Nesse sentido, pudemos concluir definitivamente que a questão dos honorários periciais é um problema tanto nas ações individuais com gratuidade de justiça quanto nas ações coletivas. Percebemos, ainda,

principalmente quando da análise da viabilidade das soluções, que as duas situações possuem diversas semelhanças, o que justifica um estudo conjunto.

Por fim, talvez a conclusão mais importante seja que o descuido do legislador ao formular as leis pode resultar em problemas práticos difíceis de serem superados. Nas situações analisadas percebemos que a falta de uma regulamentação específica sobre o custeio da prova pericial prejudica, em muitos casos, o regular desenvolvimento do processo, especialmente contribuindo com a demora da prestação da tutela jurisdicional. Apesar de uma solução definitiva somente ser alcançada através de mais recursos financeiros, o que torna a questão mais problemática, entendemos que as devidas reformas legislativas trariam uma maior racionalidade e, conseqüentemente, uma grande melhoria ao sistema.

8. Bibliografia

- ASSIS, Araken de. Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade. In: José Rogério Cruz e Tucci. (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 9 – 46;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: José Rogério Cruz e Tucci. (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 151-189;
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Primeiro Volume. São Paulo: Saraiva, 2012;
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2, Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012;
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2012;
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988;
- COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Acesso à Justiça e Carência Econômica.*;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Primeiro Volume. São Paulo: Malheiros, 2010;
- GARCIA, Francisco de Assis. *A prova pericial no processo civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2000;
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: José Rogério Cruz e Tucci. (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 47 – 90;
- MAIA NETO, Francisco. *Da prova pericial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;
- _____. *Ação Civil Pública*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;
- MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996;
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e juízo*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001;
- MILLS, C. Wright. *A Imaginação Sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969;
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Assistência jurídica, Defensoria Pública e o acesso à justiça no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997;
- MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1984;
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009;
- NOBRE, Marcos. *Apostamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil*. São Paulo: Cadernos Direito GV, Vol. 1, 2002;

- SARANTOPOULOS, Sócrates. *Perícia judicial e administrativa, uma abordagem prática*. São Paulo: Atlas, 2005;
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, 6.º, VIII). *Revista de Processo*. Ano 32, n.º 146, abr./2007;
- _____. *Preclusão processual civil*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1;
- _____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1;
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003;
- TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. 2011. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011;
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001;
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Prova pericial médica: proposta de atenuação da regra do art. 434 do CPC maior eficácia do sistema*. São Paulo: Carta Forense, set. 2011, p. A 4.

ANEXO I – Dados da pesquisa

Jurisprudência – ações individuais

A jurisprudência referente às ações individuais foi pesquisada da seguinte forma e durante determinado período nos seguintes tribunais:

Supremo Tribunal Federal

Termo pesquisado: ““gratuidade de justiça” E “honorários periciais””

Período de pesquisa: 28.10.2013

Número de resultados: 8 decisões monocráticas

Decisões analisadas: todas

Superior Tribunal de Justiça

Termo pesquisado: “‘gratuidade de justiça’ E ‘honorários periciais’”; “‘perito’ E ‘justiça gratuita’”

Período de pesquisa: 27.08.2013 e 05.09.2013; 14.10.2014.

Número de resultados: 12 acórdãos com o primeiro termo, 131 com o segundo. Na segunda pesquisa, 136 acórdãos.

Decisões analisadas: 17, no primeiro período e 5 no segundo.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Termo pesquisado: “‘gratuidade de justiça’ E ‘honorários periciais’”

Período de pesquisa: 22.07.2013 e 14.10.2014.

Número de resultados: 1047 na primeira pesquisa; na segunda pesquisa 2728.

Decisões analisadas: na primeira pesquisa 50; na segunda pesquisa 10.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Termo pesquisado: “‘gratuidade de justiça’ E ‘honorários periciais’”

Período de pesquisa: 22.07.2013 e 25.08.2013; 14.10.2014.

Número de resultados: na primeira pesquisa, 1900; na segunda pesquisa, 1500.

Decisões analisadas: na primeira pesquisa 20; na segunda pesquisa 10.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Termo pesquisado: “‘gratuidade de justiça’ E ‘honorários periciais’”

Período de pesquisa: 25.08.2013 e 14.10.2014.

Número de resultados: na primeira pesquisa 237; na segunda pesquisa 234.

Decisões analisadas: na primeira pesquisa 23; na segunda pesquisa 10.

Entrevistas – ações individuais

As entrevistas foram realizadas por e-mail no período de 27.05.2013 a 12.09.2013. Foram entrevistados: 4 peritos, 9 magistrados e 2 promotores de justiça. (As respostas se encontram no Anexo II)

As perguntas feitas foram (organizado por categoria):

Perito

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

- 3 – Quais as áreas do Direito e quais os tipos de processo que o senhor mais atua?
- 4 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?
- 5 – Quando o senhor foi designado para trabalhar em um processo no qual o ônus do pagamento dos seus honorários recaiu sobre um beneficiário da gratuidade de justiça, quem realizou o pagamento e como este foi feito?
- 6 – Quais são as dificuldades que o senhor identifica no atual sistema de remuneração do perito nos casos em que o ônus do pagamento recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça?
- 7 - Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

Magistrado

- 1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?
- 2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?
- 3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?
- 4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?
- 5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

Promotores de Justiça

- 1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?
- 2 – Em quais das funções do Ministério Público o senhor teve contato com essa questão?
- 3 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?
- 4 – Nos processos em que o senhor estava atuando, quais foram as soluções encontradas pelo juiz para resolver essa questão?

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

Jurisprudência – ações coletivas

A jurisprudência referente às ações coletivas foi pesquisada da seguinte forma e durante determinado período nos seguintes tribunais:

Superior Tribunal de Justiça

Termo pesquisado: “ação civil pública” E “honorários periciais”; “honorários periciais E ações coletivas”

Período de pesquisa: 09.09.2014, 13.09.2014 e 15.09.2014 (o primeiro); 15.09.2014 (o segundo)

Número de resultados: 59 o primeiro e 4 o segundo

Decisões analisadas: 20

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Termo pesquisado: “honorários periciais” E “ação coletiva”; “ação civil pública” E “honorários periciais”

Período de pesquisa: 28.07.2014 (o primeiro); 04.08.2014 e 06.08.2014 (o segundo)

Número de resultados: 351 o primeiro e 1952 o segundo

Decisões analisadas: 60

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Termo pesquisado: “ação civil pública” E “honorários periciais”

Período de pesquisa: 15.09.2014 e 16.09.2014

Número de resultados: 141

Decisões analisadas: 20

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Termo pesquisado: ““ação civil pública” E “honorários periciais””

Período de pesquisa: 17.09.2014

Número de resultados: 69

Decisões analisadas: 20

Entrevistas – ações individuais

As entrevistas foram realizadas por e-mail no período de 06.08.2014 a 22.09.2014. Foram entrevistados: 2 peritos, 5 magistrados e 2 advogados, 2 promotores de justiça e 4 procuradores do Estado. (As respostas se encontram no Anexo II)

As perguntas feitas foram (organizado por categoria):

Magistrado, promotor de justiça, advogado e procurador do Estado:

- 1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?
- 2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?
- 3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

Perito

- 1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

3 – Caso senhor tenha sido designado para trabalhar como perito em uma ação coletiva, quem requisitou a perícia, quem realizou o pagamento dos honorários e como este foi feito?

4 - Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

ANEXO II – Respostas das entrevistas

Ações individuais

Perito 1

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Todas relacionadas a engenharia civil, tais como: revisionais, renovatórias, usucapião, medidas cautelares, demarcatórias, avaliações de imóveis em geral, etc.

3 – Quais as áreas do Direito e quais os tipos de processo que o senhor mais atua?

R. Eu mais atuo em ações de desapropriações.

4 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. Acredito que em todas as áreas do Direito e em todos os tipos de processos, pois basta solicitar gratuidade que a maioria dos Juízes concedem.

5 – Quando o senhor foi designado para trabalhar em um processo no qual o ônus do pagamento dos seus honorários recaiu sobre um beneficiário da gratuidade de justiça, quem realizou o pagamento e como este foi feito?

R. Na maioria das vezes foi a Defensoria, cujo valor vem do Fundo de Assistência Judiciária. Valor esse ridículo, que não cobre nem os custos de um trabalho simples.

Gostaria de deixar anotado que foram raras as vezes que aceitei fazer trabalhos gratuitos.

6 – Quais são as dificuldades que o senhor identifica no atual sistema de remuneração do perito nos casos em que o ônus do pagamento recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça?

R. A falta de boa vontade do “Estado” suportar tais ônus.

7 - Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. A solução seria do “Estado” pagar os profissionais de maneira digna.

Perito 2

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, pois o recurso disponibilizado pela DPE é, muitas vezes, escasso e insuficiente para arcar com os próprios custos da perícia. Entretanto, não pode ser fator decisivo nas apurações técnicas e os Juízes, sempre, contrabalanceiam este prejuízo, distribuindo equiparidade de nomeações boas (com condições de cobrança, independente da parte que a quitará) com ruins (casos de justiça gratuita). Aliás, este é um acordo tacitamente firmado quando qualquer engenheiro procure trabalhar em parceria com o judiciário.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Perícias de engenharia civil, marcas e patentes, avaliação de imóveis e contábil, esta última com algumas restrições.

3 – Quais as áreas do Direito e quais os tipos de processo que o senhor mais atua?

R. Direito civil, sendo mais comuns as ações indenizatórias, civil-públicas, nunciação de obras novas e produção antecipada de provas.

4 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. No geral, as nomeações com benefício de gratuidade judiciária ocorrem no âmbito das produções antecipadas de provas, quase sempre tendo relação com questões relativas ao direito de vizinhança: áreas de servidão mal alocadas, infiltrações no imóvel vizinho, etc. O objetivo é quase sempre avaliar a relação causal entre o dano e denunciado.

5 – Quando o senhor foi designado para trabalhar em um processo no qual o ônus do pagamento dos seus honorários recaiu sobre um beneficiário da gratuidade de justiça, quem realizou o pagamento e como este foi feito?

R. O pagamento se fez pela DPE que, mediante determinação expressa do juízo, reservou o numerário nos termos de seu regimento interno. Entregue os Autos, o levantamento dos honorários se fez mediante levantamento de guia conforme determinar o Juíz.

6 – Quais são as dificuldades que o senhor identifica no atual sistema de remuneração do perito nos casos em que o ônus do pagamento recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça?

R. Os honorários são baixos e calculados pela DPE em proporção ao valor da causa, que quase nunca guarda proporcionalidade com as dificuldades do trabalho pericial. Não é incomum ações com valor da causa estipulado em R\$ 1.000,00 demandarem perícias mais trabalhosas que ações cujo valor da causa ultrapassa R\$ 30.000,00, por exemplo.

7 - Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Embora seja um conservador-liberal em termos políticos, entendo que o poder judiciário é responsabilidade do Estado e que este, portanto, é responsável pela quitação dos honorários periciais aos beneficiários de justiça gratuita, afinal, em última análise, foi ele quem concedeu o benefício ao beneficiário. Esta medida, embora ideal, acho impraticável em vista a escassez de recursos. Assim, creio que uma regulamentação, ou simples sugestão, para que os juízes limitem as nomeações em casos de justiça gratuita na proporção de 1/4 do total de nomeações amenizaria, consideravelmente, os prejuízos deles decorrentes.

Perito 3

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, não diria que é um problema, diria que é um grande problema, na medida em que o perito realiza o trabalho sem ter pelo menos os custos suportados sem receber qualquer valor a título de honorários, na medida em que o perito trabalha como autônomo.

Se esse benefício fosse concedido criteriosamente, em favor de quem realmente precisa, seria sim um problema, mas até certo ponto contornável. O que ocorre é que esse benefício está se estendendo de uma tal forma que está ficando impossível aceitar trabalhar dessa forma. Entendo que os benefícios da justiça gratuita deveriam ser concedidos apenas àqueles que se valem da Defensoria Pública para representá-los em juízo. O que está ocorrendo é que a parte beneficiária constitui advogado particular, apresenta trabalho técnico elaborado por assistente técnico indicado no processo, e protesta pelo benefício da gratuidade somente em relação às custas processuais que acabam por incluir os honorários periciais.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Os tipos são os mais diversos, tais como: apuração de haveres, prestação de contas, cálculos financeiros em geral (bancos, sistema financeiro da habitação, etc.), ações indenizatórias, lucros cessantes / danos emergentes e débitos fiscais.

3 – Quais as áreas do Direito e quais os tipos de processo que o senhor mais atua?

R. Atuo mais em ações cíveis (Varas cíveis) e tributárias (Varas da Fazenda).

4 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. A maior incidência dessa questão ocorre na área cível, principalmente em ações que visam recálculo de contratos de financiamento bancário, financiamento de imóveis e cartões de crédito.

5 – Quando o senhor foi designado para trabalhar em um processo no qual o ônus do pagamento dos seus honorários recaiu sobre um beneficiário da gratuidade de justiça, quem realizou o pagamento e como este foi feito?

R. Na maioria dos casos, não recebi honorários. Às vezes o pagamento é feito pela Defensoria Pública, cujos valores variam entre R\$ 190,00 e R\$ 600,00.

Quando o Juízo determina que o pagamento dos honorários se dará ao final pelo sucumbente, o que ocorre é que nunca haverá recebimento algum, especialmente se o sucumbente for o beneficiário da justiça gratuita.

6 – Quais são as dificuldades que o senhor identifica no atual sistema de remuneração do perito nos casos em que o ônus do pagamento recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça?

R. Todas. É quase impossível qualquer recebimento. Aliás, não me lembro de ter recebido nunca em casos que tais.

7 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Primeiramente o Estado deveria tomar para si esse ônus. Caso houvesse necessidade da ajuda dos civis, que fosse determinado criteriosamente quem devesse ser beneficiado pela gratuidade. Por exemplo: somente aqueles que se valessem da Defensoria Pública para representá-los em Juízo é que poderiam ser os beneficiados.

Na minha opinião, a gratuidade deveria recair sobre as custas e despesas processuais, mas jamais se estender aos honorários periciais, posto que o perito judicial é auxiliar da justiça que presta seus serviços como profissional autônomo, porquanto os honorários tem caráter alimentar e, por conseguinte, não pode nem deve financiar o processo.

Perito 4

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim. Para realização de qualquer trabalho, a perícia calcula honorários para cobertura de despesas e para remuneração pelo desempenho da função. Quando o ônus do pagamento dos honorários recai sobre o beneficiário da gratuidade da justiça, indubitavelmente, o Perito tem prejuízos, porque não receberá o valor total pelos trabalhos realizados (recebendo verba com valor insignificante) e às vezes com muitos meses de atraso.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Perícia Contábil nas Áreas: Cível, Família, Estadual e Tribunal Arbitral

3 – Quais as áreas do Direito e quais os tipos de processo que o senhor mais atua?

R. Área Cível (Dissolução de Sociedade, Apuração de Haveres, Prestação de Contas, Recálculos de Contratos Financeiros, etc.)

4 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. Recálculos de Contratos Financeiros

5 – Quando o senhor foi designado para trabalhar em um processo no qual o ônus do pagamento dos seus honorários recaiu sobre um beneficiário da gratuidade de justiça, quem realizou o pagamento e como este foi feito?

R. Até o presente momento, declinei de dois processos que tinham gratuidade de justiça.

6 – Quais são as dificuldades que o senhor identifica no atual sistema de remuneração do perito nos casos em que o ônus do pagamento recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça?

R. O principal problema é estabelecer um valor condizente com o trabalho a ser desenvolvido, por exemplo, um processo que deve ser revista a cobrança, por parte de Bancos, de juros sobre juros, na movimentação da conta corrente e sobre os limites de cheque especial concedidos, durante um período de 05 anos ou 60 meses, o trabalho pericial deverá ser feito com a revisão e elaboração de cálculos para demonstrar a cobrança, mês a mês, ou seja, demandará tempo, análise e recálculos que infelizmente com a gratuidade da justiça, o Perito não consegue sequer cobrir as despesas e o material que gasta para execução deste trabalho, isto sem falar nos esclarecimentos que devem ser prestados.

7 - Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Acredito que poderia haver uma elaboração de Tabelas de Preços, juntamente com os Conselhos Regionais (Contabilidade, Economia, Engenharia, Etc.), que estabeleceriam valores mais adequados para cada tipo de serviço a ser realizado e poderia haver determinação específica dos M.M.Juizes para, quando fossem requeridas as provas periciais pelas partes e

solicitação de gratuidade da justiça, que os custos fossem arcados pelos próprios patronos, já que são os maiores interessados na realização da perícia e para obtenção de êxito na ação.

Magistrado 1

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Em termos práticos, sim. Não concordo com a posição dos que entendem que a hipossuficiência do interessado na prova justifique o custeio pela outra parte, ou que isso deva ocorrer quando por exemplo invertido o ônus da prova. Mas, permanecendo o ônus com o beneficiário da gratuidade, cria-se um problema em relação ao perito, que normalmente é um profissional privado exercendo um munus público, e que nesse caso precisa trabalhar sem remuneração, inclusive arcando com os custos do laudo. Isso faz com que muitos peritos, sob os mais variados pretextos, acabem declinando da nomeação. Há uma verba da Defensoria Pública destinada a arcar com os custos de perícias em favor dos beneficiários de gratuidade (ainda que não representados pela própria Defensoria), mas é de valor reduzido, inferior ao que normalmente seria arbitrado pelo juiz.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Basicamente na esfera cível, mais particularmente quanto a litígios que envolvam perícias contábeis (comuns em demandas relativas a problemas financeiros, por exemplo) ou provas de engenharia. Em matéria de família e responsabilidade civil (aqui, para a verificação de lesões pessoais e possíveis sequelas) o problema também existe, mas nesses casos normalmente as perícias são confiadas a um órgão especialmente destinados a realizá-las, o IMESC, com todos os inconvenientes que isso traz (dada a grande sobrecarga desse órgão e consequente demora no atendimento das requisições judiciais).

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Respondido no item anterior

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Não há muito o que fazer. Os juízes acabam na prática dependendo, por incrível que pareça, da boa vontade dos peritos com quem trabalham, no sentido de aceitar as nomeações para casos em que a parte não pode pagar, mesmo não sendo eles obrigados, a rigor, a isso. Muitas vezes, acaba sendo feito um parcelamento dos honorários do perito, mas é uma solução que foge ao problema, pois a parte beneficiária não é obrigada a aceitá-la, podendo insistir na gratuidade plena. Nos casos em que possível, alguns juízes chegam a determinar que sejam pagos apenas os custos em que o perito incorrerá em seu trabalho. Às vezes, busca-se obter a colaboração de órgãos públicos diversos, mediante a indicação de profissionais de seus quadros, o que todavia envolve a dificuldade natural decorrente de não serem eles obrigados ao atendimento.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Uma das alternativas que vejo é a criação e aparelhamento, com pessoal e material, de órgãos especializados, nas diferentes áreas, para a execução dessa atividade, nos moldes do IMESC, mas com estrutura para suportar a carga de trabalho. Hoje, o IMESC chega por vezes a demorar mais de três anos para realizar uma perícia.

Magistrado 2

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, mas o problema é maior que o da gratuidade, envolve também as causas em que o interessado na prova é isento do adiantamento de custas, como o MP.

Em ambos os casos, o juiz deve nomear perito capaz de esclarecer a questão técnica. O perito, entretanto, não é servidor público, mas particular (nos casos em que há corpo de peritos do Estado o problema não existe, ou a questão se limita a eventual demora, como no caso dos exames de DNA pelo IMESC), e não pode ser constrangido a trabalhar sem receber, ou mesmo a correr esse risco.

Ele pode, eventualmente, aceitar esse encargo, mas há um sério problema nisso: o perito financiará esses custos com os honorários de outras perícias, que serão consequentemente mais caras. Em outras palavras, outras partes arcarão com o custo da perícia em processos nos quais não estão envolvidos, como se fosse um tributo informal.

O perito não é obrigado a aceitar o encargo, pois ele é um particular que eventualmente colabora com o Estado, em circunstâncias bem determinadas, e ninguém pode ser obrigado a trabalhar (muito menos sem a remuneração que considere adequada para que voluntariamente exerça o trabalho).

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Tanto em vara de Fazenda Pública como de família - muito menos nestas, porque a perícia mais comum é a de DNA ou psico-social, havendo, para ambas, corpo de profissionais do Estado.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Perícias de engenharia ou contábeis, além de eventual perícia grafotécnica.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

Tentar encontrar perito que exerça a função pelos honorários oferecidos pelo Estado (que são bastante reduzidos, mas normalmente cobrem ao menos os custos da perícia), embora possa haver o problema mencionado no item 1.

No limite, ou seja, quando não seja possível nomear perito, a solução é aplicar a regra da distribuição dos ônus da prova. Apesar da eventual injustiça de não ser possível produzir a prova, o processo não pode ficar parado indefinidamente a sua espera. Assim, aquele fato relevante deve ser tido como não provado.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. A formação de um corpo de peritos é desnecessária; basta aumentar a remuneração para patamares condignos e será possível solucionar a maioria das questões.

O problema permanecerá quando necessária a produção de provas muito custosas - o que em números absolutos não parece muito relevante - mas em sua maioria pode ser solucionado permitindo a utilização pelo MP de verba para custear as perícias. Esta observação decorre de minha experiência, em que a maioria dos casos em que a perícia é custosa e não se realiza acontece em processos ajuizados pelo MP.

Magistrado 3

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, é um problema bastante sério, pois o Estado não dispõe de recursos e profissionais habilitados à realização de perícias sem remuneração. Muitas vezes o trabalho pericial é complexo e impõe custos (viagens, materiais, impressões, exames etc.). Assim, a lei garante os benefícios da assistência judiciária aos necessitados, mas não enfrenta os problemas decorrentes.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. É um problema recorrente em ações de natureza cível e direito de família.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Há um agravamento desse problema em casos relacionados a erros médicos, bem assim processos que envolvem perícias na área de engenharia.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Há tentativa de oficiar órgãos públicos e universidade solicitando a indicação de profissionais dispostos a aceitar o encargo. Em outras oportunidades, busca-se a designação de uma audiência com o propósito de sensibilizar as partes acerca da necessidade de realização da prova com a melhor qualidade possível, de modo que possam contribuir para os custos. Por fim, peritos que usualmente trabalham na Vara costumam aceitar eventuais nomeações gratuitas.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. É preciso restringir o benefício da assistência judiciária àqueles que efetivamente necessitam. Ademais, importante garantir o acesso ao Judiciário. Algumas espécies de ações, contudo, são custosas, de sorte que deve ser sopesado se o Estado tem o dever de arcar com os custos de uma ação de natureza privada, como ocorre, por exemplo, quando há a concessão do benefício a pessoas jurídicas, em demandas claramente empresariais.

Magistrado 4

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. De início, é preciso distinguir a obrigação de pagar e a obrigação de antecipar as despesas com honorários periciais. Quando se fala na obrigação de pagar os honorários periciais, pressuponho que a parte hipossuficiente perdeu a causa e, com isso, foi condenada a pagar as verbas de sucumbência, hipótese em que a eficácia dessa condenação ficará condicionada à superveniência de condições financeiras pelo vencido.

Agora, quando se fala na obrigação de antecipar as despesas com os honorários periciais, acho que existe sim um problema.

2 - Em quais áreas do Direito houve contato com tal questão?

R. Tive contato com esse problema no campo do Direito Processual Civil, em ações envolvendo responsabilidade civil e também usucapião.

3 - Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Não tenho essa informação.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Conteí com a colaboração de peritos que prestavam serviços na Vara, de sorte que não foi preciso que o beneficiário da gratuidade antecipasse as despesas com honorários. Ou seja, a solução não foi jurídica. O problema surgiu porque, no caso, a Defensoria Pública não pagava

o tipo de perícia necessária ou só pagava na hipótese de a gratuidade ter sido deferida a pessoa que tivesse passado pela triagem econômica da Defensoria.

5 - Quais as possíveis sugestões para solução definitiva da questão?

R. Penso que a solução definitiva seria dotar a Defensoria Pública de disponibilidade financeira capaz de custear todo e qualquer tipo de perícia, isso em todos os casos de gratuidade de justiça e não só naqueles em que a Defensoria tenha feito a indicação de advogado pelo convênio. Em suma, entendo que a atuação da Defensoria Pública seria essencial para resolução do problema.

Magistrado 5

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sem dúvida alguma. Os peritos não aceitam o encargo para recebimento ao final, mesmo sabendo que receberão do Estado. O problema surge com mais frequência quando o autor é beneficiário da justiça gratuita. A inversão do ônus da prova feita com o objetivo de inverter o custo financeiro é medida inadequada e não tem respaldo legal. A solução vem com a escolha de peritos que auxiliem o juiz, aceitando a nomeação com para receberem ao final. Algumas decisões têm determinado ao Estado que adiante o pagamento dos honorários. Todavia, os tribunais de justiça têm anulado essas determinações, e isso causa sérios transtornos ao bom andamento processual. Em suma, é um problema cuja solução ainda não foi encontrada.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. DPVAT, Ação Declaratória de Inexistência de Débito – constatação administrava de fraude no equipamento medidor de energia elétrica e Ação de Cobrança de Seguro Privado.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. DPVAT.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Nos casos de relação de consumo – Ação Declaratória de Inexistência de Débito por constatação administrava de fraude no equipamento medidor de energia elétrica e Ação de Cobrança de Seguro Privado, por exemplo –, quando preenchidos os requisitos do artigo 6º, VIII, do CDC, há inversão do ônus da prova. Importante esclarecer que referida inversão não acarreta, necessariamente, o pagamento dos honorários do perito, mas apenas o deslocamento do ônus da produção da perícia (com os efeitos dela decorrentes, caso não produza a prova).

Relativamente ao Seguro DPVAT, embora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul aplique diretamente o CDC para inverter o ônus da prova, revela-se apropriada a aplicação analógica do diploma consumerista, a fim de possibilitar a inversão do ônus da prova. Confira-se decisão de processo de minha relatoria...

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. O Tribunal de Justiça deveria instituir quadro permanente de perito, conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça - Resolução n. 127 de 15 de março de 2011 -, de modo a viabilizar o pagamento dos honorários periciais, quando o ônus recai sobre beneficiário da justiça gratuita.

Magistrado 6

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, é um problema cotidiano no Fórum, pois, conquanto a gratuidade vise a atenuar a questão da litigiosidade contida, o Estado não está aparelhado para fomentar essa garantia;

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Área cível e de família;

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Pedidos de indenização em razão de seguro DPVAT, indenizações por erro médico, ações coletivas, avaliações de bens na fase executiva;

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Solicitar o pagamento através da Defensoria Pública; atentar para a correta dinâmica do ônus da prova, invertendo-o, quando for o caso;

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Aparentamento do Estado para a efetiva garantia da gratuidade, com a formação de corpo profissional de peritos, notadamente na área médica e de engenharia; verificação, no caso concreto, da correta imputação do ônus da prova.

Magistrado 7

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, é um problema. Há muita burocracia para a reserva dos honorários e muitos peritos não aceitam a nomeação em razão dos baixos valores previstos na tabela da Procuradoria. O processo acaba se arrastando por anos até a realização da prova pericial.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Tenho contato com a questão na área cível.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Ações de indenização, com a necessidade de perícia em imóvel, apuração de prejuízo. Nas questões que envolvem perícia médica, o IMESC realiza o trabalho, embora os laudos sejam ruins.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. Em casos que a parte é beneficiária da gratuidade, a regra é oficiar à Procuradoria, com reserva dos honorários periciais, fixados de acordo com tabela. Após a entrega do laudo, os honorários são depositados na conta do perito.

Tratando-se de caso complexo, é muito difícil encontrar perito que aceite realizar o trabalho. A remuneração é fixada de acordo com o valor da causa e é baixa. Nestes casos, determino o

adiantamento dos honorários pela parte contrária, se não beneficiária (em caso de grandes empresas, por exemplo) ou entro em contato com perito de confiança e que aceite o encargo por consideração.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Imprescindível a elevação dos honorários e a elaboração de cadastro de peritos em todas as áreas, de forma a facilitar a nomeação. No mais, de suma importância a apreciação pelo juízo das reais condições financeiras da parte, de forma a conceder o benefício apenas aos realmente necessitados.

Magistrado 8

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Grande problema. Os órgãos estatais de prestação de serviços de assistência judiciária remuneram de modo aviltante o profissional/perito nomeado pelo juiz e criam diversos embaraços para o pagamento, restringindo, ainda, as áreas em que é possível a nomeação. Dá a impressão que a Defensoria Pública, órgão que gerencia essas verbas em SP, acredita que apenas nos feitos em que ela patrocina (e não todos os que têm beneficiários da JG) há o dever de custeio, o que não é verdade.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Na área cível em geral.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Processos relacionados a atividade bancária e sistema financeiro da habitação (que, em regra, demandam perícia contábil/econômica), contratos em geral (muitas vezes com necessidade de perícias grafotécnicas) e atinentes à construção civil/direito de vizinhança (que impõem perícia de engenharia)

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas?

R. A Defensoria Pública paga valores módicos desde que o perito tenha paciência em esperar o pagamento (só paga ao final). Caso não se encontrem peritos dispostos a tanto, tenho tentado a realização de perícias com órgãos públicos (polícia, universidades, etc.) - nem sempre com êxito -, ou contar com a colaboração de peritos habilitados na vara onde atuo, que benevolmente trabalham de graça. Alguns juízes compensam os honorários não recebidos pelo perito em casos de JG com a fixação de valores mais altos em outras perícias. Eu evito fazer isso por acreditar que as partes de outros feitos não tem culpa pela má prestação dos serviços de assistência judiciária no país.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Primeiro: tirar da DP o gerenciamento do FAJ e passá-lo ao PJ, ao menos no tocante às verbas para pagamento de peritos nos processos da AJ (como ocorre na JF). Segundo: contratação, pelo PJ, de profissionais/peritos em áreas estratégicas (engenharia e contabilidade), que atuarão nas regiões administrativas do Estado. Esses peritos teriam atribuição de atuarem nos processos relacionados à JG, como já funciona bem como IMESC (órgão estatal em SP que faz perícias médicas). E terceiro: celebração de convênios entre PJ e universidades públicas para prestação parcial desses serviços, propiciando, inclusive, estágio prático aos estudantes de áreas técnicas (contabilidade, engenharia, economia, etc.).

Magistrado 9

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Sim, apenas quando o custo da perícia supera o valor da tabela da Defensoria Pública do Estado.

2 – Em quais áreas do Direito o senhor teve contato com essa questão?

R. Na Vara de Registros Públicos, em que atuamos com ações de usucapião.

3 – Quais são os processos em que essa questão se apresenta de maneira mais frequente?

R. Na Vara em que atuo: ações de usucapião, em que, frequentemente, as despesas do perito com levantamento topográfico superam os honorários pagos pela Defensoria Pública do Estado.

4 – Caso o senhor tenha se deparado com essa questão, quais foram as soluções adotadas? R. Explica-se o impasse à parte e, caso seja possível, a parte colabora com as despesas, ao menos em parte. Às vezes, os peritos realizam o trabalho e têm prejuízo.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. A Defensoria Pública do Estado deveria permitir que os peritos comprovassem despesas que superassem o valor da tabela, ainda que mediante três orçamentos. Nessas hipóteses excepcionais, deveria ser destinada verba suplementar para que o perito não tivesse prejuízo financeiro e, ainda, para que o beneficiário da gratuidade não fosse privado do acesso à justiça.

Promotor de justiça 1

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Não. Se for imposta a sucumbência ao beneficiário da gratuidade, ela fica com sua exigibilidade suspensa. Deve custeá-la o Estado, por força das disposições da Lei 1060.

2 – Em quais das funções do Ministério Público o senhor teve contato com essa questão?

R. Na função de curador cível (atual promotoria de família, promotoria cível, promotoria de registros públicos).

3 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. Questões de família. O maior número de processos de família (divórcio, antigamente a separação, alimentos, investigação de paternidade, etc.) envolve pessoas carentes.

4 – Nos processos em que o senhor estava atuando, quais foram as soluções encontradas pelo juiz para resolver essa questão?

R. Aplicação da lei 1060. Pagamento ao final (sem antecipação) pelo Estado, mediante extração de certidão do feito.

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Criação de um fundo para o custeio de despesas periciais, a ser formado a partir de parcela de receitas decorrentes das custas judiciais.

Promotor de justiça 2

1 – O senhor entende que a questão dos honorários do perito quando o ônus de pagá-los recai sobre o beneficiário da gratuidade de justiça é um problema?

R. Em tese sim, porque traz para o processo um problema que pode inviabilizá-lo. Se o beneficiário da gratuidade da justiça, por um lado, tem o ônus de pagar a perícia, mas por outro lado, é deste ônus liberado pela própria ideia de gratuidade, cai-se em um vácuo: quem paga?

Você já deve saber disso, mas o CNJ tem indicado aos Tribunais a criação de dotação orçamentária próprio para o custeio de perícias justamente nesses casos, para tentar solucionar o problema (Resolução nº 127, de 15 de março de 2011).

Se não solucionado o processo pode ficar paralisado até que se resolva a questão do custo da perícia ou, ainda, podem ser buscadas soluções equivocadas como as que identificam a noção de ônus da prova (que nesses casos acaba sendo invertido) com ônus do pagamento da prova.

Entretanto, eu nunca vivenciei nenhuma situação mais grave nesse sentido. O custo da perícia é um assunto muito problemático no tratamento dos interesses difusos, mas é outro tema.

2 – Em quais das funções do Ministério Público o senhora teve contato com essa questão?

R. Especialmente com o beneficiário de justiça gratuita, na atuação como *custus legis* no âmbito cível.

Mas, como já disse, a questão do custo da perícia é mais problemática nos casos de interesses difusos e coletivos, em que a lei dispensa o autor do adiantamento dos custos periciais. Só que nesses casos, não são hipóteses de justiça gratuita.

3 – Quais as áreas do Direito e quais tipos de processos há maior incidência dessa questão?

R. Geralmente processos envolvendo direitos indisponíveis ou de família (p.ex. investigação de paternidade, interdição, infância e juventude, guarda, regulamentação de visitas, adoção etc.).

4 – Nos processos em que a senhora estava atuando, quais foram as soluções encontradas pelo juiz para resolver essa questão?

R. Nunca tive um processo em que essa questão tenha sido um problema grave para o processo. Nesses casos, geralmente o custo da perícia não era um problema, pois os exames eram realizados por órgãos estatais como o IC ou IML, rede de apoio dos Tribunais (psicólogos, assistentes sociais)...

5 – Em sua opinião, quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Nos casos de gratuidade da justiça, pela minha experiência, os órgãos de perícia estatais resolvem de forma adequada o problema.

Ações coletivas

Perito 1

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Não considero problema algum a questão da honorária nas questões coletivas; pelo contrário, considerando que seu custo é compartilhado, na grande maioria das vezes o custo é menor para cada um dos autores/réus.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Realizo perícias na área contábil (apuração de haveres, cálculo de fundo de comércio, prestação de contas, etc.) e tributária (ICMS, I.R.P.F., I.R.P.J., PIS, COFINS, etc.).

3 – Caso senhor tenha sido designado para trabalhar como perito em uma ação coletiva, quem requisitou a perícia, quem realizou o pagamento dos honorários e como este foi feito?

R. Já trabalhei em uma ação coletiva, quem requereu a realização da perícia foram os Autores, os quais pagaram a verba honorária arbitrada pelo MM. JUÍZO.

4 - Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. A questão da verba honorária, somente será resolvida a contento (de todas as partes: Juiz, Autor, Réu) a partir da data em que o MM. JUÍZO determine a quem de direito que deposite a respectiva verba.

Tenho informações de colegas do Rio de Janeiro, que naquela Comarca, esse problema foi resolvido a partir de quando a verba começou a ser depositada anteriormente à realização da prova pericial.

Perito 2

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, e muito. Veja o caso de uma ação Civil Pública, ninguém quer custear, e o MP se embasa no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, com isso o processo não vai para frente e fica entupindo o Judiciário.

2 – Quais os tipos de perícia que o senhor realiza?

R. Todas relativas a engenharia civil.

3 – Caso senhor tenha sido designado para trabalhar como perito em uma ação coletiva, quem requisitou a perícia, quem realizou o pagamento dos honorários e como este foi feito?

R. Atualmente estou com várias ações coletivas (Civil Pública), onde proponho meus honorários, caso não depositem eu declino.

4 - Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Que o MP concorde em remunerar os peritos de forma digna e honesta, pois os Promotores, nem ninguém, trabalham graciosamente.

Magistrado 1

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, na medida em que por lei o Ministério Público e associações legitimadas são dispensadas do adiantamento dos honorários periciais (art. 18 da LAC, art. 87 do CDC) e, mesmo em caso de derrota, só são responsabilizados pelas despesas processuais na hipótese de reconhecimento de má-fé. Essas prerrogativas colocam o Juiz na contingência de depender da colaboração de profissionais ou órgãos especializados que aceitem fazer o trabalho graciosamente, o que envolve não apenas a perspectiva de privação da justa remuneração como, para além disso, de arcarem os peritos com os próprios custos materiais da perícia, muitas vezes inviabilizando o trabalho,

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. A solicitação da colaboração de órgãos públicos, como Universidades, nem sempre com sucesso, pois alega-se fugir a solicitação de perícia judicial às funções institucionais correspondentes.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. O estabelecimento de convênios entre o Poder Judiciário e determinados órgãos públicos com especialização técnica, no sentido de regulamentar satisfatoriamente a colaboração desses, o adequado aparelhamento de tais órgãos para a execução dessas tarefas. Finalmente, a criação de órgãos com atribuição específica para tais trabalhos, eventualmente com recursos advindos do Fundo a que alude o art. 13 da LAC.

Magistrado 2

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, é um problema, porque, não obstante a regra de inversão do ônus da prova, tem se entendido que isso não acarreta a inversão do pagamento de custas do processo. E muitos réus não têm interesse em produzir a prova pericial, por exemplo.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Aplicar a regra da inversão e, por conta da não produção da prova pericial pelo réu, julgar o processo em seu desfavor (desde que, evidentemente, verossímeis as alegações do autor).

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Aplicar corretamente as regras sobre imputação do ônus da prova; criar um banco público de peritos.

Magistrado 3

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. SIM, É UM PROBLEMA. AS PERÍCIAS SÃO GERALMENTE MUITO ESPECÍFICAS, COM DIFICULDADES DE SE ENCONTRAR PROFISSIONAIS HABILITADOS NA ÁREA. LOGO, OS QUE EXISTEM - E QUE SE DISPÕEM A ELABORAR A PERÍCIA - ESTIMAM OS HONORÁRIOS EM VALORES EXPRESSIVOS.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. PROCUROU-SE UM PROFISSIONAL CUJOS HONORÁRIOS ERAM MAIS MÓDICOS. PORÉM, FOI PRECISO ACHAR UM PERITO EM BRASÍLIA E O

PROCESSO CORRIA NO INTERIOR DE SÃO PAULO. COM ISSO, VERIFICOU-SE UMA DEMORA EXAGERADA PARA REALIZAÇÃO DOS TRABALHOS PERICIAIS.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. A UTILIZAÇÃO DOS VALORES ARRECADADOS PELO FUNDO DE PROTEÇÃO AOS INTERESSES DIFUSOS, COM O OBJETIVO DE CUSTEAR AS PERÍCIAS.

Magistrado 4

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. A questão é um dos maiores problemas da ACP, quando envolve o Ministério Público no pólo ativo. O MP sustenta que não tem obrigação legal de adiantar os custos da perícia nesses processos. Isso não é, a rigor, verdadeiro, pois apenas as associações são isentas desse adiantamento, mas esse é o entendimento predominante na jurisprudência (ou era, como veremos adiante).

O problema acontece por causa das regras de distribuição dos ônus da prova, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Assim, a solução processual para a falta de adiantamento dos custos da perícia, necessária, seria o julgamento conforme essa regra de distribuição: a demanda seria julgada improcedente (claro, isso depende de os fatos terem sido impugnados na contestação, mas se isso não ocorreu não seria necessária a prova a respeito).

Essa consequência, entretanto, é recusada pela jurisprudência.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Já aconteceu comigo em alguns casos. No último deles, decidi que o MP deveria adiantar os custos para a perícia, fixando prazo para tanto, sob pena de preclusão da prova. O MP recorreu e o TJ deu provimento ao agravo, determinando que a prova fosse produzida sem o pagamento dos honorários e proibindo o julgamento no estado do processo.

Ofereci o trabalho a diversos peritos (engenheiros e contadores, pois eram necessárias duas perícias), que recusaram o encargo.

Ainda bem.

Se o perito aceita alguns trabalhos “gratuitos”, duas consequências podem ocorrer, pois o juiz de alguma forma se vincula a esse perito, procurando compensar os trabalhos gratuitos com outros remunerados. Daí, a impessoalidade é prejudicada (o que nem é problema tão grave, em princípio, pois deve haver uma relação de confiança entre juiz e o perito por ele nomeado). O grande problema é que isso pode iniciar relacionamento menos, digamos, republicano (alguns juízes foram postos em disponibilidade por nomearem peritos que lhes retribuía o “favor”, em dinheiro ou outros benefícios; isto é um extremo a que geralmente não se chega, mas o melhor é manter a distância protocolar).

O problema maior, entretanto, mesmo considerando que o problema acima é, felizmente, excepcional, é o de que o perito usará os outros processos em que nomeado para ‘compensar’ as perícias que realiza gratuitamente, cobrando mais caro dos outros autores (o que equivale a cobrança de tributo!). além disso, o compromisso do perito com o laudo gratuito é menor, gerando laudos menos confiáveis e entregues em prazos mais longos.

Mas voltemos ao caso do exemplo. Depois de ter indicado três peritos de cada área, sem sucesso, oficiei ao Tribunal indagando sobre o que poderia ser feito. Não houve resposta. Indaguei a mesma coisa ao CNJ, solicitando que fosse buscada alguma solução para o problema, bastante comum.

Nesse ponto, deixei a jurisdição temporariamente, pois fui convocado para a assessoria da Presidência do Tribunal de Justiça.

Quando voltei, descobri que o juiz que me havia substituído conseguira nomear peritos para que trabalhassem gratuitamente e, por causa disso, o CNJ – a quem aparentemente não interessa solucionar problemas gerais e estruturais – arquivou o procedimento.

O fato é que até agora as perícias não foram realizadas e o processo, uma ação de improbidade administrativa, está aguardando a realização das provas.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. São três as possibilidades para solucionar a questão. A primeira delas é mudança de mentalidade, para que se obrigue o autor a produzir a prova de seu interesse. Muito improvável.

A segunda é modificação legislativa, para que o MP possa utilizar, para essa finalidade, o dinheiro do Fundo de Reparação dos Interesses Difusos. Essa lei, local, já existe em alguns Estados, mas não em São Paulo.

A terceira é atribuir à Fazenda Pública o dever de arcar com esses custos, na esteira de recente decisão do STJ a respeito, com menção a jurisprudência estabelecida (AgRg no REsp 1.295.942, rel. Min. Benedito Gonçalves).

Parece que esta é a mais plausível, apesar da dificuldade que será impor esse pagamento (maior ainda se for entendido que não pode haver preclusão pela falta de pagamento...). a melhor, a meu ver, seria a segunda, mas é extremamente improvável.

Magistrado 5

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. GRAVE PROBLEMA. NÃO HÁ UM FUNDO ESTADUAL OU FEDERAL PARA CUSTEIO DOS PERITOS PARTICULARES NOMEADOS PELO ESTADO-JUIZ, TAMPOUCO UM CORPO DE PERITOS OFICIAIS (NO JUDICIÁRIO OU EM ÓRGÃOS PÚBLICOS) CAPAZES E DISPOSTOS A REALIZAR A PERÍCIA. NÃO SE TEM ADMITIDO, TAMBÉM, O USO DO FUNDO DE REPARAÇÃO DE BENS E DIREITOS LESADOS (ART. 13 DA Lei 7.347/85) PARA O CUSTEIO DESSAS PERÍCIAS. COMO SE ISSO NÃO BASTASSE, NO ESTADO DE SP. A DEFENSORIA PÚBLICA - QUE TUTELA O FUNDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (FAJ) -, NÃO ACEITA EMPREGAR TAL VALOR PARA O CUSTEIO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO SE TRATA, PROPRIAMENTE, DE TUTELA DO HIPOSSUFICIENTE. POR FIM, O MP -

AUTOR DA MAIORIA DAS AÇÕES COLETIVAS -, MESMO TENDO ORÇAMENTO PRÓPRIO E SUFICIENTE, SE ESCUDA EM PROBLEMÁTICO DISPOSITIVO DA LACP (17 E 18) PARA SUSTENTAR NÃO TER QUE ADIANTAR O CUSTEIO DE PERÍCIAS, MESMO SENDO O REQUERENTE DA PROVA (ART. 33 CPC),

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. NOMEAÇÃO DE PERITO PARTICULAR QUE, GRACIOSAMENTE, TRABALHOU NO CASO.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. REVER O ART. 17 E 18 E DETERMINAR AO MP A ANTECIPAÇÃO DO CUSTO DA PROVA QUE REQUERER, O QUE CORROBORARÁ, INCLUSIVE, PARA EVITAR OS REQUERIMENTOS INCONSEQUENTES; E B) CRIAÇÃO DE FUNDOS PRÓPRIOS, JUNTO AO TJ E TRF, PARA CUSTEIO DESSA PROVA.

Promotor de Justiça 1

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim. A lei isenta o autor, mas não indica a fonte de recursos para o custeio do perito.

Ressalvo a hipótese, extremamente rara, de perito oficial, em que esse problema seria mitigado.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Vários casos concretos. Soluções variadas, nenhuma delas satisfatória: realização da perícia por Universidade Pública; imputação das despesas e honorários ao Estado, que posteriormente vem a impugnar, por não ser parte na ação; determinação de pagamento com recursos do FID; determinação de inversão do ônus, e adiantamento dos recursos pelo réu,

embora sem que haja previsão legal para tanto; o processo não caminha, ficando "suspense", ou então, em outros casos, decisão dando por preclusa a prova.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. O Estado é responsável pela prestação da atividade jurisdicional. As ações coletivas envolvem manifesto interesse público. Além da dispensa de adiantamento, deveria a lei prever que o Estado custeará, caso a ação seja julgada improcedente, ao final (na hipótese de procedência, evidentemente, não há necessidade de qualquer alteração, pois os encargos financeiros recaem sobre o vencido).

Promotor de Justiça 2

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim. A dispensa de antecipação de custas e honorários gera o problema prático de se saber quem paga pela perícia. Esse problema se agrava quando, para além dos honorários do perito, a perícia em si é cara. Nesses casos, não se trata somente de um "adiamento" do pagamento da mão de obra pericial, mas também da viabilização prática da realização da perícia, pois é claro que o perito não terá a obrigação de desembolsar nenhum valor. É o caso de perícias ambientais de contaminação de solo, em que é necessário a perfuração do solo, p.ex.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Pessoalmente, todas as vezes que tive problema com a realização de perícia, algum órgão público ou, eventualmente, o réu acabou pagando pela realização. Porém, como promotora de justiça, já ouvi falar de várias demandas que chegaram a ficar anos paradas esperando o custeio de perícias caríssimas.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Discordo do posicionamento de que a solução do problema passa pela inversão do ônus da prova, mediante aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, como vejo sustentado pela doutrina e acolhido em algumas decisões, determinando que o réu custeie a perícia. Primeiro, não se trata de aplicação de carga dinâmica, porque não há necessariamente a aferição de quem tem melhores condições técnicas de realizar a prova. Além disso, a questão do custeio da prova não se relaciona com o respectivo ônus, mas sim com o requerimento. Paga quem requer a prova, não necessariamente quem tem o ônus de provar algum fato alegado controvertido, até mesmo porque nunca se sabe o resultado da prova a ser produzida.

Advogado 1

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, isto é um dos entraves das ações coletivas. O fato de não haver adiantamento de custas (art. 18 Lei da Ação Civil Pública) faz com que muitos profissionais recusem a nomeação como Perito, gerando sérios problemas no andamento destas ações. Mais do que isso: a Lei prevê que as custas serão pagas, ao final, pelo vencido. Todavia, na hipótese de a ação ser julgada improcedente (o réu ser vencedor, portanto), o perito pode não ser remunerado, já que o Ministério Público é isento de custas e as ONGs também o são (salvo má fé).

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Nos casos concretos, ou o réu se dispõe a adiantar os honorários periciais (como já ocorreu com muitos de nossos clientes); ou o Juiz nomeia os assistentes técnicos do próprio Ministério Público/CAEX, nos casos de ações propostas por ONGs; ou o Juiz nomeia um instituto público como Perito (ex: IPT, CBRN etc.). Mas entendo que isso pode comprometer a imparcialidade do perito – especialmente no caso do CAEX.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Aplicação da regra geral do CPC sobre ônus da prova (art. 333, I) e custeio da prova (art. 19). Seja quem for o autor da ação coletiva, os honorários periciais deveriam ser adiantados, com vistas a assegurar a continuidade/celeridade do processo coletivo.

Advogado 2

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. O custeio dos honorários do perito é um problema, porque os legitimados para ajuizar as ações coletivas não costumam ter recursos financeiros para arcar com eles.

As associações legitimadas a propor ações coletivas (as de moradores, ao menos, com as quais tive contato mais estreito) encontram dificuldade para arrecadar, pois a contribuição é sempre voluntária.

As ações judiciais que não trazem benefícios imediatos para a comunidade concorrem na distribuição da receita com a manutenção de necessidades específicas do bairro. Além disso, ainda não existe uma consciência de cidadania e solidariedade social, entre os moradores, para essas questões.

As ações coletivas que tratam de questões de fato complexas demandam a análise de profissionais de diferentes áreas de conhecimento, tornando a prova pericial necessariamente custosa. Portanto, o pagamento da perícia é sempre um problema.

Empresas com grandes recursos também podem ampliar indevidamente o âmbito da prova a ser produzida, aumentando ainda mais os custos.

Peritos qualificados para atuar em questões de pequena frequência e grande complexidade, no mais das vezes, adquiriram experiência prestando serviços para o Poder Público ou para grandes empresas privadas. Em se tratando de setores monopolistas, ou de litígios contra o Estado, torna-se muito difícil encontrar peritos ao mesmo tempo qualificados e independentes. Em síntese, em se tratando de perícias de alta complexidade, o hipossuficiente não encontra problemas apenas de ordem econômica, tem dificuldade para encontrar um perito qualificado e independente.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Sou casada com um advogado e o auxiliei na pesquisa e no atendimento a duas comunidades de moradores. Um dos casos aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 627.189).

Esse caso iniciou-se em 2000, e os autores são os moradores dos bairros City Boaçava e Alto dos Pinheiros, preocupados com o risco à saúde decorrente da substituição de torres e linhas de transmissão de energia elétrica instaladas na década de 1940.

A concessionária comunicou aos moradores que ela iria substituir os antigos postes por linhas mais seguras e modernas. Mas alguns moradores, engenheiros elétricos, perceberam que a substituição dos antigos cabos por outros mais grossos e pesados se destinava ao aumento de carga da energia elétrica transportada pelas linhas.

O aumento da carga aumenta a radiação e amplia os riscos à saúde dos moradores.

Consultados sobre as medidas cabíveis para mitigar o risco, revimos a bibliografia nacional e internacional sobre o risco provocado pelos campos eletromagnéticos emitidos pelas linhas de transmissão, que, na época, apontava para o risco em crianças e animais e pouco examinava a população adulta.

Esclarecemos que seria necessário contratar assistentes técnicos, pessoal especializado e traduções juramentadas dos estudos internacionais.

As duas sociedades se dispuseram a colaborar no estudo das questões técnicas, pois muitos moradores eram professores universitários e tinham condições de nos assessorar, quer na terminologia, quer no funcionamento do sistema de distribuição de energia elétrica.

Ajuizada a ação civil pública em face da concessionária de energia elétrica, as autoras contrataram o Instituto de Eletrotécnica – IEE da USP, que é o órgão competente em São Paulo para medir o índice da radiação.

Professores e engenheiros elétricos atuaram como assistentes técnicos, sem cobrar honorários. O mesmo ocorreu com professores de biologia.

A sentença, favorável aos moradores, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aplicou o princípio da precaução e determinou à concessionária que reduzisse os níveis do campo eletromagnético a limite seguro, conforme as pesquisas juntadas aos autos.

A concessionária recorreu ao Supremo Tribunal Federal. O relator do recurso extraordinário designou audiência pública, para debater com a sociedade os riscos e os custos da redução da radiação eletromagnética.

Convidamos profissionais que não estavam nos autos e não faziam parte do conflito. Eles não cobraram honorários, por reconhecerem o interesse público da causa. As associações custearam apenas as despesas de viagem e hospedagem.

Martin Blank, Professor Fisiologista da Universidade de Medicina de Columbia (EUA), participou da audiência pública e apresentou pesquisa sobre os efeitos biológicos decorrentes da exposição aos campos eletromagnéticos, ressaltando que as pesquisas biológicas podem estabelecer uma relação de causa e efeito entre a exposição e as doenças. A apresentação foi realizada em português e inglês, com tradução simultânea.

A concessionária de energia elétrica, por sua vez, levou uma grande comitiva de especialistas: alguns tinham atuado na primeira instância como assistentes técnicos; outros tinham elaborado medições da área em conflito; a maioria pertencia ao setor elétrico.

O recurso ainda não foi julgado.

As dificuldades na condução da causa ampliaram a noção de cidadania de todos que participaram dela.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. O legislador brasileiro criou um fundo de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados. Assim, nas ações coletivas o valor da indenização será revertido a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão, obrigatoriamente, o Ministério Público e os representantes da comunidade.

Considerando nossa experiência, sugerimos que esses recursos também sejam utilizados para pagar a realização de provas de fatos de alta complexidade e de custos elevados.

Sob a fiscalização do Ministério Público, adiantar-se-ia o pagamento para os peritos, assistentes técnicos e outras despesas necessárias. O ressarcimento ao fundo poderia ser feito com a verba decorrente da condenação no final da ação.

Seria necessário estudar qual o valor da antecipação, uma vez que os fundos devem estar vinculados ao Estado, à União e ao Município. O juiz da ação deve decidir sobre a necessidade, com a fiscalização do Ministério Público. Pelo princípio da comunhão das provas, entendemos ser do interesse da justiça a sua realização com rigor e competência. A prova não pertence a quem a realiza.

Acreditamos que essa medida poderia diminuir a desigualdade entre as partes, ainda que não represente uma solução definitiva para o problema.

Procurador do Estado 1

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, porque não há uma fonte de custeio destinado às perícias que o autor coletivo - normalmente o MP - pede em juízo. É preciso contar com a boa vontade de órgãos e entidades Privadas.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Encontramos uma entidade - crc ou crea - que forneceu um perito cujo pagamento só ocorreu ao final.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Precisamos de uma legislação que discipline o assunto.

Procurador do Estado 2

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. O custeio das perícias nas ações coletivas é um problema porque os Tribunais Estaduais e o STJ entendem que o perito não pode trabalhar de graça, a despeito do artigo 18 da LACP prever que a associação autora não adiantará honorários periciais. O primeiro dado que chama a atenção é que a jurisprudência, dando uma interpretação extensiva do texto normativo, estendeu referida isenção a todo e qualquer autor coletivo. Em que pese a importância desse entendimento, quando da publicação da LACP, diante da falta de estrutura dos demais legitimados, talvez no presente momento não faça sentido desonerar MP, Poder Público e Defensorias.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Diversas foram as soluções adotada dentre as quais merecem destaque: (i) a imposição à Fazenda Pública a qual o Ministério Público se achasse vinculado o custeio da obrigação de efetuar o adiantamento dos honorários periciais, como decorrência da aplicação analógica da súmula 232 STJ (ii) a utilização do dinheiro do Fundo de Defesa de Direitos Difusos STJ, RMS n. 30.812, Relator Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2010, DJe 18/03/10.; (iii) a obrigação do próprio autor Ministério Público ou a associação em efetuar o adiantamento; (IV) até obrigação do perito realizar a perícia e receber somente ao final.

Há que se destacar, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça, firmou o entendimento, em recurso especial, alçado à sistemática dos recursos repetitivos- art. 543-C do Código de Processo Civil, segundo o qual, em se tratando de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, na defesa dos direitos transindividuais, compete à Fazenda Pública, a qual estiver vinculado, a responsabilidade pelo custeio do adiantamento dos honorários periciais.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Não vejo com bons olhos a utilização a utilização dos recursos do FID para essa finalidade, pois corre-se o fundado risco de superfaturamento dos honorários periciais.

Na minha opinião a isenção deveria existir apenas para as associações autoras que provassem sua hiposuficiência financeira, hipótese em que o Poder Público interessado na medida visada pela ACP deveria arcar com o adiantamento dos honorários em razão do disposto no inciso LXXIV, artigo 5º, da Constituição Federal.

Procurador do Estado 3

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim. A questão do custeio dos honorários é extremamente tormentosa, pois nas ações civis públicas, que tratam de direitos difusos e coletivos, não haverá o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quais quer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé. O MPE entende que essa isenção a ele se aplica, o que resulta na dificuldade de saber então quem vai custear essa despesa, já que o Perito não pode trabalhar de graça e o réu não é obrigado a pagar por prova que será produzida contra ele.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. Eu já presenciei vários casos como esses. Já vi o Juiz mandar o Perito trabalhar de graça; ele se recusou, daí o J. Mandou o MP pagar; esse agravou e o TJ mandou o FID pagar.

Agora o TJSP entende que a FESP pagar, por aplicação por analogia da súmula 232 do STJ, deve pagar. **JÁ HÁ JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO SOBRE A QUESTÃO NO STJ (é só pesquisar)**

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. a reforma do CPC estabelecendo que o MP deve custear suas próprias perícias, inclusive nas ACPS)

Procurador do Estado 4

1 – O senhor entende que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema? Caso a resposta seja afirmativa, qual o motivo?

R. Sim, entendo que a questão do custeio dos honorários do perito nas ações coletivas é um problema. Um problema porque está gerando cada vez mais recursos nos processos judiciais em que a questão surge. Quando tal questão poderia ser facilmente resolvida administrativamente.

2 – Caso o senhor tenha presenciado essa questão em um caso concreto, quais foram as soluções adotadas?

R. O Judiciário, quando provocado, tem decidido que o Fundo Especial de Defesa dos Interesses Difusos faça a antecipação de pagamento ou que a Fazenda Pública à qual esteja vinculado autor da demanda o faça.

3 – Em sua opinião, quais as possíveis medidas que podem ser adotadas para que se solucione de forma definitiva essa questão?

R. Essa questão deveria ser resolvida administrativamente. Posto que, na maioria dos casos em que a questão surge, os autores das ações são o Ministério Público e a Defensoria Pública, que contam com orçamento próprio. Os Estados e os Municípios quando ajuízam tais ações fazem a antecipação do pagamento. O Ministério Público (art. 127, par. 3, CF) e a Defensoria Pública (art. 134, par. 3, CF) dispõem de autonomia administrativa e verbas próprias para sua gestão, de modo que devem disponibilizar, mediante inclusão no orçamento, de verbas próprias para custeio das despesas necessárias às suas atividades em juízo.