

Mandado de Injunção
(Irineu Strenger)

Comentários à Constituição Brasileira de 1988
(José Cretella Júnior)

Os Direitos da Personalidade
(Carlos Alberto Bittar)

O Empregado Doméstico na Nova Constituição
(José Cretella Júnior)

Responsabilidade Civil: Teoria e Prática
(Carlos Alberto Bittar)

Direito Penal/Objetivo
(Paulo José da Costa Jr.)

Os "Writs" na Constituição de 1988
(José Cretella Júnior)

Arte de Acusar
(J. A. Cordeliro Guerra)

UNIDADE XI
Leitura obrigatória

GRINOVER, O conteúdo da garantia do contraditório, p. 21-31

ADA PELLEGRINI GRINOVER

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL

DE ACORDO COM A
CONSTITUIÇÃO DE 1988

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

das atenções do juiz, a legitimar o próprio exercício da função jurisdicional e a aplicação da pena.

Questões como a presença do juiz e das partes na produção das provas; a relação entre a imputação e a sentença; a narração do fato pela denúncia; a citação e suas garantias; a autodefesa e a defesa técnica, como facetas da mesma garantia; o *direito de audiência* e o *direito de presença* do acusado, seu contato prévio com o advogado, a presença deste ao interrogatório, o compromisso constitucional do juiz penal com o equilíbrio das partes e a *par conditio* e o estímulo do contraditório efetivo; a caracterização da defesa técnica, como sendo de ordem pública, e seu controle pelo juiz; a problemática da presunção normativa de periculosidade; o sistema de nulidades, na hipótese de a defesa não ter sido corretamente desempenhada, com a tentativa de estabelecimento de uma tipologia, não simplesmente oriunda do CPP, mas também decorrente da Constituição; a intimação da sentença e sua motivação, como condições para o exercício da defesa técnica; a função do curador no processo penal; essas e outras questões são objeto de conclusões, assentadas após os debates que surgiam em torno das decisões do próprio Tribunal.

Com ele, a palavra. A ele, nossa admiração.

São Sebastião, fevereiro de 1984

2. O CONTEÚDO DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO *

SUMÁRIO: 1. A garantia do contraditório e seu conteúdo. 2. Direito à prova. 3. O contraditório como condição de validade das provas. 3.1. A presença do juiz como condição de validade das provas. 3.2. A presença das partes como condição de validade das provas. 3.3. Contraditório, depoimentos e interrogatório. 3.4. Prova documental e contraditório. 3.5. Contraditório e exames periciais. 3.6. Perdas antecipadas e contraditório diferido. 4. Contraditório e valoração das provas. 4.1. Valoração dos exames periciais. 5. Contraditório, livre convencimento e garantia de motivação da sentença. 5.1. O conteúdo da garantia de motivação. 5.2. Carencia de motivação e nulidade. 6. Contraditório e congruência dos prazos. 6.1. Controles sobre a integral utilização dos prazos. 6.2. A contagem dos prazos e sua inteireza. 6.3. Conhecimento inequívoco do início do prazo. 6.4. Intimação aos sábados.

1. A garantia do contraditório e seu conteúdo

Mesmo quando a Constituição garantia a observância do contraditório, na *atividade instrutória* (art. 153, § 15, da Constituição anterior), salientava-se que a participação na instrução devia ser entendida em seu sentido verdadeiro, não limitado à atividade probatória, mas estendido a tudo quanto servisse para preparar o espírito do juiz. Como bem apontava Cândido Dinamarco ("O princípio do contraditório", *In Rev. proc. geral do Estado*, São Paulo, n.º 19, 1981/82, p. 32 e segs.), "instruir" equivale a "preparar". Assim é que a instrução, em sentido lato, compreende as alegações que as partes produzem no processo e abrange todos os atos capazes de levar à efetiva tutela do direito material, pela prova e fora da prova.

Nesse enfoque, também as alegações das partes — inclusive as finais — integram a fase instrutória, e não a decisória. É expresso, nesse sentido, José Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1969, v. III, p. 277 e segs.), que distingue a instrução probatória da instrução em sentido lato, compreensiva dos debates. Na doutrina europeia, o ponto é pacífico: ver, por todos, Chiovato (*Processo e garanzie della persona*, Milão, 2. ed., 1982, v. II, p.

* Trabalho preparado para este volume, como resultado da fusão de alguns pareceres sobre diversos aspectos do contraditório.

157 e segs.), que destaca, quer para o processo civil, quer para o penal, a essencialidade do contraditório no "momento estritamente argumentativo", quando o princípio se traduz na exposição dialógica de razões e argumentos.

Não é por outra razão que nossa Corte Suprema tem anulado processos criminais, por entender indispensável à defesa e ao contraditório as apresentações de alegações finais (assim, por exemplo, os Acórdãos inseridos na RTJ, 78/435 e 758, na RTJ, 90/808, e na RTJ, 492/418).

E mais: esse contraditório, assim amplamente entendido, há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual.

De plenitude e efetividade do contraditório fala frequentemente a doutrina italiana (ver Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, p. 152, nota 150). Entre nós, Antonio Celso Camargo Ferraz, quando Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, utilizou a expressão (*apud* Cândido Dinamarco, *op. cit.*, p. 33). E plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões.

Mais ainda: no processo penal, com o seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente garantido, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os órgãos da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes (ver, de nossa autoria, "Defesa, contraditório, igualdade e "par condicio" na ótica do processo de estrutura cooperatória", neste volume, p. 1).

Algumas conseqüências podem ser imediatamente extraídas dessas considerações: o juiz deve assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*latu sensu*), em geral, compreensivas do momento argumentativo; toda e qualquer atividade instrutória há de ser produzida em contraditório; a autoridade judicial deve presidir à colheita de todas as provas; o juiz deve formar o seu livre convencimento baseando-se exclusivamente em provas produzidas judicialmente e em contraditório. E todas as provas e alegações carregadas aos autos devem ser cuidadosamente valoradas pelo juiz. Era o que afirmávamos em estudo anterior (*op. e loc. cit.*). Propomos agora analisar mais detidamente o conteúdo da garantia do contraditório, em alguns de seus aspectos.

2. Direito à prova

Do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação, que foi salientada pelas doutrinas alemã e italiana: o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo como oposição ou resistência, mas sim a "influência", tomada como "Mitwirkungsbefugnis" (Zieuner) ou "Einwirkungsmöglichkeit" (Baur), ou seja, "como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo" (Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milão, 1974, p. 371). É essa visão, já definitivamente conquistada também perante o nosso ordenamento, que coloca ação, defesa e contraditório como direito a se desenvolverem todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses, ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de garantias processuais que se subjetivizam quer no autor, quer no réu.

↪ Eis novamente a evidente convergência de conteúdo nos conceitos constitucionais de ação, defesa e contraditório, cujo denominador comum consiste "nella costante possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice" (Martinetto, verb. "Contraddittorio (principio del)" in *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, 1959, v. IV, p. 460; sem grifo no texto).

E não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa individualmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revertendo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.

É evidente, portanto, que o concreto exercício da ação e da defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas (assim Trocker, *op. cit.*, p. 510).

Por isso, em todos os ordenamentos doutrina e jurisprudência referem-se ao "direito à prova".

Nos Estados Unidos da América, fala-se de um verdadeiro *right to evidence* a favor de quem age e de quem se defende em Juízo, garantido pela cláusula do *due process of law*. É o que se vê em E. M. Morgan, "Federal Constitutional Limitations", in *Harv. Legal Essai*, Cambridge, 1934, p. 349. Reportamo-nos, ainda, à jurisprudência citada por Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionale del processo civile*, Milão, 1970, p. 87.

Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a tutela jurisdicional das situações jurídicas garantidas pelo ordenamento é inconstitucionalmente recusada ou limitada: "se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di

esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà" (sent. n.º 53, de 1966, *apud* Trocker, *op. cit.*, p. 517).

E a doutrina afirma que "il diritto di azione al pari di quello di eccezione non riuscirebbero a soddisfare gli interessi cui sono rivolti se non si accompagnasse ad essi la potestà di produzione di ogni specie di elemento probatorio della fondatezza delle ragioni allegate a sostegno delle pretese fatte valere da ciascuno" (Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8. ed., Pádua, 1969, v. II, p. 1149). Ver, também, Vigoriti (*op. cit.*, p. 93); Vassalli, "Il diritto alla prova nel processo penale", *in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 10; Denti, "La natura giurídica delle norme sulle prove civili", *in Riv. dir. proc.*, 1969, p. 25 etc.

Na Alemanha Federal, jurisprudência e doutrina reconhecem o "direito à prova", que não se esgota, aliás, na faculdade de produzir os meios representativos da realidade deduzida em juízo, mas ainda compreende uma verdadeira "pretensão de ver admitidas as provas propostas" (Beweishebungsanspruch): ver Trocker, *op. cit.*, p. 722 e segs., com a indicação, dentre outras, da sentença do Bundesgerichtshof, de 28.03.1973, *in Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1.192 e segs. No Uruguai, Eduardo Couture expunha análogos argumentos (*Las garantías constitucionales del proceso civil*, Buenos Aires, 1946, p. 42 e segs.).

E o Brasil acompanha, como não poderia deixar de ser, o mesmo entendimento. Cite-se, *in verbis*, Calmon de Passos (da arguição de relevância no recurso extraordinário, *in Rev. For.*, v. 259, p. 19):

"Pode-se afirmar (. . .) que do art. 153, § 4.º, da Constituição do Brasil deriva o direito de acesso aos tribunais mediante um processo em que esteja assegurado o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, pré-constituído pela lei (direito ao juiz natural), processo cujo custo não seja incompatível com a capacidade econômica dos litigantes e no qual, em todo o curso do procedimento, fiquem assegurados o contraditório, a igualdade das partes, o direito à prova e à motivação das decisões proferidas" (sem grifos no texto).

Se esse direito à prova deduz-se para o processo civil do § 4.º do art. 153, CF, mais claramente ainda é detectável no processo penal, em face das expressas garantias dos §§ 15 e 16 do mesmo artigo.

Veja-se, a propósito do direito à prova, como conteúdo do contraditório, a limpla lição de Barbosa Moreira:

"A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes não de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas. (. . .) Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados" ("A garantia do contraditório na atividade de instauração", *in Temas de direito processual*, Terceira Série, São Paulo, 1984, p. 67).

No mesmo sentido, é tranqüila a jurisprudência brasileira. Extremamente significativa é a decisão unânime da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Relator Corrêa Dias) que, ao decidir, em 24 de maio de 1982, a Apela-

ção n.º 287.299, da Comarca de Birigüí, deu-lhe provimento, para anular o processo, afirmando:

"Os parágrafos 15 e 16 do artigo 153 da Constituição Federal ressaltam o asseguramento de ampla defesa e do contraditório na instrução criminal, imprescindíveis para a segurança individual e prova de inocência, conferindo à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de matéria probatória que informe o alegado contra o réu. Dentre as garantias judiciais encontra-se também a possibilidade de o acusado defender-se realmente, não só aparentemente, permitindo-se-lhe, em sua defesa, todos os meios processuais inaceáveis" (fls. 4/5 do Acórdão).

Eis assim o direito à prova, caracterizado como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório.

3. O contraditório como condição de validade das provas

De extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento. E a relevância de tais atividades tem sido posta em destaque pela doutrina universal.

Lembraremos, por lapidar, a observação de Franco Cordero (*Ideologie del processo penale*, Milão, 1966), em cujo magistério "il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) è condizione di ogni atto formazione della prova" porque "non sono prove quelle formate fuori del contraddittorio" (p. 220, 219 e 218).

Ou, ainda, a afirmação de Luigi Paolo Comoglio (*La garanzia*, ed. cit., p. 219): "L' accertamento e la valutazione dei fatti dedotti in giudizio a fondamento di una pretesa devono scaturire dal contraddittorio dinanzi all'organo giudicante."

Isso, sem olvidar a íntima conexão que também existe entre participação das partes na produção das provas e princípio de imediação — exatamente entendido, como destaca Trocker (*op. cit.*, p. 548), no sentido de que a colheita das provas há de ser feita com a participação das partes, perante o juiz, conforme, aliás, expressamente determina a ZPO alemã, que enuncia o seguinte princípio geral:

"§ 355, caput ZPO: a produção das provas ocorre perante o órgão chamado a decidir a controversia". Ver, também, na doutrina alemã, J. Reichel, *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozessordnung*, Giessen, 1971, p. 25 e segs. e 73 e segs.

E na França, em termos semelhantes, Oppetit, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français*, no volume editado por Cappelletti e Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milão, 1973, p. 502.

A exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada, na experiência jurisprudencial e na lição doutrinária dos mencionados países, em diversos aspectos, assim resumidos por Tarzia (*La parità delle armi le parti e*

poteri del giudice nel processo civile, Studi parmensi, Milão, 1977, v. XVIII, p. 356):

"a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas."

Em última análise, tanto será viável a prova que for colhida SEM A PRESENÇA DO JUIZ, como o será a prova que for colhida pelo juiz, SEM A PRESENÇA DAS PARTES.

A concomitante presença de ambos — juiz e partes —, na produção da prova, é essencial à sua validade.

3.1. A presença do juiz como condição de validade das provas

Inválida é a prova produzida sem a presença do juiz. O Código de Processo Civil alemão, como se viu, é expresso na exigência de que a colheita de todas as provas judiciais seja feita perante o órgão jurisdicional (art. 355, *caput*), tendo sido salientado que esse princípio "seguramente representa um dos elementos estruturais fundamentais do vigente ordenamento processual alemão" (Trocker, *op. cit.*, p. 548).

Dessa afirmação básica decorre a inarredável consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação do seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais.

É irrelevante indagar se esses procedimentos prévios foram presididos por juizes porque aqui a regra, embora permanecendo um dos pontos centrais garantidos pelo contraditório, também se liga ao princípio do juiz natural, como salienta a doutrina (ver, por exemplo, dentre os italianos, Trocker, *op. cit.*, p. 550 e, dentre os alemães, Reichel, *Die Unmittelbarkeit*, ed. cit., p. 73/78, retomando a tese de Bosch, *Grundsatzfragen des Beweisrechts*, Gieseking, 1963, p. 123).

Lembre-se, a propósito, que o princípio do juiz natural é tutelado por uma dúplice garantia: de um lado, a proibição de tribunais extraordinários, ou de exceção, *ex post facto*; e, do outro, a não detração ao juiz constitucionalmente competente. Esse segundo aspecto, herdado do constitucionalismo norte-americano — como tivemos ocasião de salientar, em nosso "Procedimento sumário e princípio do juiz natural" (*in ADV — Advocacia dinâmica, seleções jurídicas*, n.º 17, p. 36 e segs.) — é consagrado em nossas Constituições, desde o Império (art. 149, II), mediante a garantia do juízo pela "autoridade competente", hoje subsumida ao art. 153, § 4.º, CF.

A lição é assim haurida em José Frederico Marques ("Juiz natural", verb. *in Enciclopédia saraviva do direito*, v. 46, p. 447): "Em nosso sistema normativo, o

que existe, de maneira concludente e clara, é o princípio de que ninguém pode ser subtraído de seu JUIZ CONSTITUCIONAL. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais."

Por isso, e já o afirmamos em *Procedimento sumário* (ed. cit., p. 42), o segundo aspecto do princípio do juiz natural vincula a garantia a uma ordem taxativa, e constitucional, de competências. Ou, como afirmou Cordero, "tra i giudici precostituiti vige un ordine tassativo di competenzaze, che esclude ogni alternativa risolvibile arbitrariamente" (*Procedura penale*, Milão, 1974, p. 130/131).

Sobre o juiz natural, no aspecto da garantia do juiz competente, escreveu densas páginas Taormina (*Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972, p. 27 e segs.). E não será demais lembrar que, na vigente Constituição italiana, a expressão "juiz natural" (arts. 25 e 102) tem sido interpretada, também pela jurisprudência constitucional (sent. n.º 88, de 03.07.1962, da Corte Constitucional, *in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 868, com nota de Foschini), não só como proibição de tribunais de exceção, mas ainda como garantia do juiz competente. Na Constituição belga de 1831, o princípio do juiz natural e a proibição de tribunais extraordinários vinham separados (o primeiro, no art. 8.º, e o segundo, no art. 94). No direito espanhol, a expressão "juiz natural" é substituída pela de "juiz competente" nas Constituições de 1876 (art. 16) e 1931 (art. 28). Na República Federal Alemã, a Lei Fundamental refere-se ao "juiz legal" e veda a "jurisdição de exceção" (art. 101, 1). E em Portugal, após a omissão da Carta de 1933, a Constituição de 1976 atribui a instrução criminal ao juiz competente (art. 32, 4), retomando princípio tradicional no constitucionalismo luso (art. 145, §§ 10 e 11, da Constituição de 1946; art. 18 da Constituição de 1838; art. 3.º da Constituição de 1911).

No Brasil, como se notou, a garantia do juiz competente, integrante do princípio do juiz natural, é ainda mais abrangente, porquanto, no plano da fonte, só a Constituição — e não a lei — pode instituir o juízo e fixar sua competência (José Frederico Marques, *Juiz natural*, ed. cit.). E nós mesmos já escrevemos:

"Tais garantias (do juiz natural) desdobram-se, na verdade, em três conceitos: são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juizes pré-constituídos vige uma ordem constitucional taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja, até mesmo do legislador" (*Procedimento sumário*, ed. cit., p. 45).

É por essa interligação entre os princípios do juiz natural e do contraditório, que a exigência de que este seja instituído perante o juiz da causa é rigorosamente cumprida: tanto assim que, ainda que a prova seja produzida com a participação das partes, a ausência do juiz natural impossibilita a convalidação do vício. É o que doutrina e jurisprudência denominam de impossibilidade de integração extrajudicial do contraditório (Comoglio, *Le garanzie*, ed. cit., p. 218; Corte Constitucional italiana, sent. n.º 70, de 1961, *in Giur. cost.*, 1961, p. 1.282 e segs.).

No processo penal, esse princípio geral toma dimensão mais ampla, na medi-

da em que as provas constantes quer do inquérito policial, quer de procedimentos ou sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento da denúncia. E, oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público provar o que alega, sendo inaceitável que alguém seja condenado apenas com base nos elementos do inquérito policial ou de quaisquer outros procedimentos administrativos prévios.

Essa posição, incontestemente na doutrina brasileira, é corroborada por julgados sem conta dos tribunais, afirmando que prova suficiente para a condenação é aquela colhida em juízo: só para exemplificar, veja-se Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Soares Munhoz, *in Rev. Trib.* 540/412. E recorde-se, ainda, a percuente observação de Alberto Silva Franco, juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que observou, com lógica irreduzível, que se uma condenação pudesse ter por suporte probatório apenas elementos retirados do inquérito policial, ficaria o Ministério Público, no limiar da própria ação penal, exonerado de comprovar a acusação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução criminal se transformaria numa atividade inconsequente (Tacrim, *Julgados*, 66/454).

3.2. A presença das partes como condição de validade das provas

Inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes. Também nesse ponto é expresso o Código de Processo Civil alemão, ao estatuir, nos §§ 357 e 397, que às partes assiste o direito de participar da produção da prova. A esse fundamento, tal princípio, doutrina e jurisprudência alemãs dão o nome de *Parteiloffentlichkeit*, reconhecendo-o como uma das garantias fundamentais do processo em geral e extra-reconhecendo-o como uma das garantias fundamentais das provas produzidas (ver indo de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas (ver doutrina e jurisprudência indicadas por Trocker, *op. cit.*, p. 553 e segs.).

Na Itália, não é diversa a posição da doutrina, que frisa que o suporte essencial do método de produção da prova, próprio dos ordenamentos processuais modernos, é o fato de ser realizado em contraditório (Denti, Perizic, *multitá processuali e contraddittorio*, *in Riv. dir. proc.*, 1967, p. 405). Nem na França, como se vê em

Légaix, *Les règles des preuves en droit civil*, Paris, 1955, p. 16. Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo reduzido a conhecimento privado do juiz. Expresso, nesse sentido, Trocker (*op. cit.*, p. 536/537 e 552 e segs.), com referências às copiosas doutrina e jurisprudência alemã e italiana.

Conclui-se, enfim, que quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se, perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte, e que a intervenção e a participação dos sujeitos do processo há de ser prévia.

É o que se depreende, também, da doutrina pacífica e da jurisprudência dos tribunais brasileiros, bastando lembrar, dentre todos, José Frederico Marques

(*Estudos de direito processual penal*, Forense, 1960, p. 46; e *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro, 1961, p. 82), bem como o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, anulando sentença criminal baseada em prova colhida de ofício pelo juiz, sem participação do réu, porquanto ofensiva ao princípio constitucional do contraditório (*Rev. Trib.*, 416/63).

3.3. Contraditório, depoimentos e interrogatório

Aplicam-se, tais princípios, a todos os meios de prova em direito admitidos. Com relação aos *depoimentos*, a questão não comportaria sequer aprofundamento, bastando lembrar que jamais se colocou em dúvida o direito às perguntas, erigido em norma supranacional pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que reconhece ao acusado o direito de "inquirir ou fazer inquirir as testemunhas" (art. 6º, nº 3, alínea "d"), em regra repetida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, nº 3, alínea "e"). Daí por que, ainda a nível intermunicipal, a Comissão Europeia assentou que, qualquer que seja o sistema processual penal adotado, as garantias do contraditório só podem consistir-se respeitadas, quando as testemunhas, ouvidas em fases anteriores, sejam reinquiridas na presença das partes (Comissão Europeia, 04.07.1979, *apud* Chavarrio, *Processo e garanzia*, ed. cit., p. 164). E, a nível nacional, a Corte Constitucional italiana, no caso de depoimentos *ad perpetuam rei memoriam*, estabeleceu a observância do direito de defesa já na fase do juízo de instrução, tendo em vista a irreversibilidade do ato (Corte Const., 16.12.1970, *apud* Chavarrio, *op. cit.*, p. 163). Aliás, releva notar que em um sistema penal em que a fase instrutória não se desenvolve em contraditório — como é o caso do juízo de instrução italiano —, a Corte tem seguidamente declarado a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, reconhecendo o direito do defensor e do imputado de participarem de uma série de atos, devendo ser previamente intimados de sua realização (ver especialmente sent. nº 63, de 1972 e, antes, as sent. nº 52/1965, 86/1968, 148/1969 e 190/1970, *apud* Chavarrio, *op. cit.*, p. 161).

No Brasil, nenhuma dúvida se põe quanto às testemunhas. Todavia, com relação ao interrogatório, embora seja pacífica a necessidade de sua reprodução em juízo, problemas surgem com relação à inquirição. É que os arts. 187 e 189 do CPP estabelecem a proibição de perguntas pelo defensor ao acusado e ao co-réu. Deixando de lado o art. 184 — que não constitui "ponto sensível" para a espécie em concreto —, não temos dúvidas em afirmar que a proibição de perguntas, quando o co-réu incrimina o outro, infringe frontalmente os §§ 15 e 16 do art. 153 da Constituição Federal de 1969.

É ingênuo que a palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser colhida senão sob o pálio do contraditório. Não pode o co-réu confessar pelo outro, não havendo possibilidade de dar efeitos de solidariedade a tal confissão. Ademais, grandes são os perigos da indevida incriminação de outra pessoa pelo

imputado, "pois pode muito bem acontecer que um acusado, vendo-se perdido diante de provas contra ele colhidas, procure arrastar consigo desafortunados ou inimigos seus" (Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, São Paulo, 1976, p. 102).

Por isso, pergunta Adauto Suannes, em trabalho específico sobre a matéria: "Assegurando a Constituição Federal ampla defesa (da qual não se pode excluir o princípio do contraditório), como poderá o contraditório tornar-se efetivo, se não se permite a presença de um co-réu ao interrogatório do réu que o acusa? Como falar-se em estar sendo obedecido o princípio, se ao defensor do co-réu imputado não se permite, através de perguntas, procurar mostrar que o imputado está mentindo?" (*O Interrogatório Judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal* — tese aprovada por unanimidade no VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada: *In Rev. tribs.*, v. 572, p. 289).

Por isso é que em diversos julgados, os Juizes do Terceiro Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo têm afirmado:

"Em fase do art. 153, § 16, da Constituição Federal, depoimento de réu somente pode ser aceito como prova contrária a co-réu se ao defensor do Comparsa assegurou direito de reperguntar, como concretização do princípio constitucional do contraditório" (*Rev.*, nº 118/510, de São Paulo, julgada a 06.04.1983).

3.4. Prova documental e contraditório

Não pode haver dúvida quanto à intransponível necessidade de qualquer documento junto aos autos ser cientificado às partes, para a observância do contraditório.

Além dos princípios e regras constitucionais que regem a matéria, o Código de Processo Civil é expresso, quando assegura:

"Art. 398: sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco dias."

A regra, como evidente emanção do princípio do contraditório, é de natureza integrativa, aplicando-se a qualquer processo; disso, e por isso mesmo, há de ser estendida a todo e qualquer caso de juntada de documento, provenha ela, ou não, de requerimento das partes.

Afirmo-o expressamente Moacyr Amaral Santos: "Ao documento, oferecido por uma das partes, OU POR QUALQUER OUTRA RAZÃO JUNTO AOS AUTOS, sempre será lícito opor outro documento, capaz de invalidá-lo, contrariá-lo ou esclarecê-lo" (*Comentários ao CPC*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, v. IV, p. 251). Sem grifos no texto.

E nem assim poderia deixar de ser, de vez que a regra do art. 398 do CPC reproduz, na substância, o art. 223, parágrafo único, do estatuto de 1939. Este, que foi "substituído na forma, sem alterar a substância", na expressão de Moacyr Amaral Santos (*op. cit.*, p. 253), assim dizia:

Art. 223, parág. único — "O juiz não poderá sentenciar no feito sem ouvir a

parte, dentro em quarenta e oito horas, sobre DOCUMENTO PRODUZIDO DEPOIS DA PETIÇÃO INICIAL OU DA DEFESA" (grifamos).

Por isso, não importa se o documento é produzido ou juntado de ofício pelo juiz. Vale recordar, a propósito, o que acima se disse quanto ao indispensável contraditório com relação às provas colhidas pelo juiz *ex officio*, com as referências à doutrina e jurisprudência estrangeiras e brasileiras (*supra*, n. 3.2).

Como se notou (Moacyr Amaral Santos, *op. cit.*, p. 254), do tom imperativo da disposição (o juiz sempre ouvirá) deduz-se que a sentença proferida sem que se observe sua determinação poderá ser nula, em havendo prejuízo. Afirma também a inevitável nulidade da sentença, decorrente da falta de pronunciamento, João Carlos Pestana de Aguiar (*Comentários ao CPC*, Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1974, v. IV, p. 241). E é igualmente peremptório José Manoel de Arruda Alvim ("A nulidade da sentença por infração ao art. 398 do CPC", *in Rev. proc.*, nº 3, p. 219/221), que assim conclui:

"Constatamos, portanto, que o réu tem o direito, antes da sentença de primeiro grau, de se manifestar sobre a documentação, principalmente tendo em vista que dita documentação foi levada em consideração pelo M. Juiz, ao decidir. Não tendo ocorrido, tal manifestação, o que ficou solaramente demonstrado, deverá, por esse motivo, ser anulada a sentença proferida."

Idêntica, e maciça, é a orientação dos nossos tribunais: lembrem-se, entre tantos, os arestos publicados *in RTJ*, 81/763 e 89/947; *RT*, 500/127; 502/80; 537/230; *RJTESP*, 63/151; *JTA*, 42/123.

3.5. Contraditório e exames periciais

Os mesmos princípios também se aplicam às perícias.

Este trabalho não comporta o exame, *ex professo*, da natureza jurídica das perícias judiciais. Diga-se apenas que, embora uma parte da doutrina lhes negue caráter de meio de prova, preferindo qualificá-las como meio de que se serve o juiz para avaliar a prova (Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro, 1982, p. 484), nossa tradição jurídica, os estatutos processuais vigentes, os projetos de reforma e a doutrina ainda dominante continuam a conceitua-las como meio de prova. Mas, para além desse dissenso, o importante a destacar é que a perícia, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua, deve ser produzida sob o pálio do contraditório, como toda e qualquer atividade que sirva para preparar o espírito do juiz e, conseqüentemente, a "instruir".

Lembre-se a admoestação de Vittorio Denti, quando se referia à orientação tendente a excluir a perícia do rol dos meios de prova:

"Il punto centrale non è (. . .) il pericolo da tante parti segnalato della 'dispartition du juge' di fronte al perito, quanto piuttosto quello della tendenza ad acquisire attraverso la perizia, elementi di prova formati senza un effettivo contraddittorio, tra le parti" ("Perizie, nullità processuali e contraddittorio", *in Riv. dir. proc.*, 1967, p. 405).

À mesma indispensabilidade do contraditório nas perícias também se referem Trocker (*op. cit.*, p. 534 e segs.) e Chiavario (*op. cit.*, p. 161 e segs.). E Romeu Pires de Campos Barros, conquanto fator da idéia que exclui a perícia dos meios de prova, alude repetidamente à sua necessária contrariedade (*op. cit.*, p. 471, 473 e 485).

Nem de outro modo poderia ser, porquanto — como se viu ainda na parte geral deste parecer (n.º 6, fl. 9) — a contrariedade é garantida na instrução, entendida em sentido lato, para nela se compreenderem todas as atividades que visam a preparar o espírito do juiz. Ainda que as perícias não caracterizassem propriamente um meio de prova, jamais poderiam ficar excluídas da garantia de contrariedade. E o que expressamente afirma a doutrina mais propensa à negativa sobre a natureza de meio de prova da perícia, "porquanto ela faz parte integrante da instrução probatória" (Andrioli, *Le riforme del codice di procedura civile*, Nápoles, 1951, p. 63. No mesmo sentido, ver outros autores, citados por Dentí, "Perizie", *ed. cit.*, p. 396, nota 5).

A jurisprudência constitucional da Alemanha federal e da Itália é copiosa nesse sentido. Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* tem afirmado com rigor a exigência do respeito ao contraditório com relação a perícias determinadas de ofício, conforme se lê em Trocker (*op. cit.*, p. 723) e consoante se vê das numerosas decisões anulatórias de processos que haviam desrespeitado a contrariedade nas perícias e nas inspeções (sent. n.º 3/1956, 34/1963, 5/1963 e 21/1966, *apud* Trocker, *op. cit.*, p. 535/536, nota 40). Na Itália, foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da lei ordinária, que atribuíam a órgãos administrativos, em procedimentos prévios, a realização de vistorias de imóveis para efeito de prorrogação da locação ou asseguravam à administração ferroviária a faculdade discricionária de coligir provas sigilosas sobre fatos apurados em inquéritos sobre sinistros: ver respectivamente sent. n.º 70/1961 (*Giur. cost.*, 1961, p. 1282 e segs.), onde a Corte observa que o procedimento previsto pela lei não permite ao interessado a possibilidade de produzir suas provas perante o juiz, ficando o direito à defesa prejudicado sempre que o contraditório não for assegurado; e sent. n.º 53/1966 (*Giur. cost.*, 1966, p. 858 e segs.), onde se diz que se nega ou se limita à parte o poder processual de representar ao juiz a realidade dos fatos que lhe sejam favoráveis, se lhe nega ou se lhe comprime o direito de produzir os meios representativos daquela realidade, recusa-se ou se limita a tutela jurisdicional.

Especificamente para o processo penal, em um sistema em que a fase instrutória ainda não se desdobra em contraditório — como o é o sistema europeu do "juizado de instrução" —, a Corte Constitucional italiana tem seguidamente declarado a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, reconhecendo, com base no princípio do contraditório, o direito do defensor e do imputado a participarem de uma série de atos, com prévia intimação da realização de operações, tais como perícias e inspeções (ver especialmente sent. n.º 63, de 1972, e antes, as sent. n.º 52/65, 86/68, 148/69 e 190/70, *apud* Chiavario, *Processo e garanzia*, *ed. cit.*, p. 161/162).

O que importa, pois, à margem da discussão sobre a natureza jurídica da perícia, é lembrar a lição de Cordero, aplicável ao procedimento instrutório preliminar italiano:

"Ogniqualevolta occorra compiere un atto istruttorio destinato a valere nel dibattimento (*perizia*, *ricognizione*, esame di testimoni a futura memoria) (...) si instaura un incidente con l'intervento del giudice e il rispetto del contraddittorio" (*Idologie*, *ed. cit.*, p. 222). Grifamos.

3.6. Perícias antecipadas e contraditório diferido

Duas palavras sobre uma distinção que é oportuno traçar, no campo das perícias. Perícias há — como o exame do corpo de delito, a perícia complementar e o exame do local do crime — que têm natureza cautelar e visam a assegurar o resultado da prova, ainda na primeira fase da *persecutio criminis*, ou seja, no inquérito policial. Como bem aponta Romeu Pires de Campos Barros (*op. cit.*, p. 34, 36 e 452, 472 e segs.), estamos aí perante cautelas que antecipam a produção da prova, visando a assegurá-la diante do perigo de dispersão dos elementos probatórios, mais grave ainda em matéria criminal, em face da distinção entre fatos permanentes e fatos transeuntes. O *periculum in mora* e o *funus boni iuris* autorizam e exigem mesmo a antecipação dessas provas, *ad perpetuam rei memoriam*. Mesmo com relação a tais cautelas, contudo, não se pode olvidar o princípio do contraditório, simplesmente deslocado para momentos sucessivos. É ainda Romeu Pires de Campos Barros que se refere à contraditoriedade no exame de corpo do delito (*op. cit.*, p. 473).

Todavia, só a necessidade de cautela e de segurança da prova permite a antecipação desses atos. Requisito indispensável para a validade da prova antecipada, e com contraditório diferido, é o *periculum in mora*, principalmente quando se trata de cautelas administrativas (Galeno Lacerda, *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro, Forense, v. VIII, tomo I, p. 19 e 28). Do contrário, a perícia há de ser produzida judicialmente perante o juiz da causa, e banhada pelo contraditório prévio.

Não é por outra razão que José Frederico Marques, escrevendo sobre perícias criminais, reconhece às partes o direito à participação na prova, assim:

"Acusação e defesa podem criticar o trabalho dos peritos, requerer novos exames, pedir esclarecimentos aos experts, apresentar quesitos e solicitar do juiz exames complementares ou repetição da perícia com a nomeação de novos técnicos" (*Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro, 1961, v. II, p. 355).

E mais:

"As partes poderão requerer ao juiz que mande os peritos prestar esclarecimentos, por escrito, ou, ainda, responder a quesitos suplementares. O juiz tem a faculdade de ordenar, de ofício ou a requerimento das partes (por força do princípio da verdade real), que os peritos compareçam a juízo para esclarecimentos orais. Do que disser cada um *coram iudice*, lavrar-se-á o respectivo termo, sendo conveniente

que o assinem o juiz, o perito, e também as partes, subscrivendo-o o escrivão." (*Op. e loc. cit.*, p. 356).

E Romeu Pires de Campos Barros, embora lamentando no Código vigente a ausência de "dispositivos claros e precisos, no sentido da ampla participação das partes na realização da perícia", não consolidando os existentes, "a amplitude do direito de defesa, assegurada na lei maior", reconhece a necessidade de "colaboração das partes na realização dos atos periciais, sendo que a contrariedade de tais atos constitui um momento essencial da dialética do processo, imprescindível à boa administração da Justiça" (*Processo penal cautelar*, ed. cit., p. 485).

Aliás, seguro indício da necessidade da concomitante participação do juiz e das partes nas provas periciais, é o do Código de Processo Penal Militar, promulgado em época mais recente e, conquanto autoritário, mais desperta para as garantias constitucionais da defesa e do contraditório: o parágrafo único do art. 325, CPPM, com efeito, expressamente determina a vista do laudo às partes, para oferecimento de quesitos suplementares e pedido de esclarecimento de peritos.

Mais ainda caminhou o Anteprojeto José Frederico Marques, ao prever a colaboração das partes nas perícias, permitindo-lhes indicação de assistente técnico e formulação de quesitos (art. 368); ao exigir que qualquer perícia, entendida necessária pelo MP antes do oferecimento da denúncia, fosse processada em juízo, quando preso o indiciado (art. 369); ao determinar que se o réu impugnasse o laudo apresentado durante o inquérito policial, o juiz determinaria a realização de outra perícia ou permitiria ao réu a indicação de assistente técnico para proceder à crítica do laudo (art. 370); e ao possibilitar pedido de produção de prova pericial ou de perícia complementar em juízo (art. 372).

Embora sem chegar a essa perfeição — lamenta-se ausência de referência expressa à possibilidade de indicação de assistentes técnicos, amplamente admitida em direito comparado (v. Chiavario, *op. cit.*, p. 135/136) —, o Projeto de Código de Processo Penal, encaminhado em 29.06.1983 ao Congresso Nacional, onde tomou o n.º 1.655/83, prevê a possibilidade de oferecimento de quesitos prévios, pelas partes (art. 323), bem como a determinação de nova perícia se o laudo oferecido no inquérito policial for impugnado na defesa prévia (art. 324), assim como a possibilidade de requerimento de prova pericial ou de perícia complementar (art. 326). Para a perícia judicial, está expressamente prevista a apresentação de quesitos (art. 327), assim como o pedido de esclarecimentos em audiência (art. 329). E o art. 328, autorizando o juiz a deferir a perícia somente nas hipóteses taxativamente previstas, equivale a consagrar sua obrigatoriedade, nas demais hipóteses, conforme observação de Romeu Pires de Campos Barros, à luz do dispositivo semelhante do Anteprojeto José Frederico Marques (*Processo penal*, ed. cit., p. 486).

Vale, ainda, frisar que as referências que se fizeram ao direito futuro não indicam diferença entre o regime jurídico das perícias, *de lege lata* e *de lege ferenda*: indica, isso sim, a maior sensibilidade do legislador contemporâneo, ao estabelecer expressamente a garantia do pleno contraditório para os exames periciais,

sem embargo de decorrer tal garantia diretamente da Lei Maior, interpretada à luz dos princípios e valores que hoje informam todo o sistema jurídico nacional.

Tanto isso é verdade, que a jurisprudência dos nossos tribunais, acolhendo as tendências doutrinárias, já havia estabelecido, para o processo civil, a invalidade de vistorias administrativas em carga avaliada, de vez que havia sido realizada sem a presença ou prévia intimação da parte (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 65.542, *in RTJ*, n.º 52, p. 480). E o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu cerceamento de defesa em processo em que o juiz deixara de marcar dia e hora para a realização de perícia, impedindo, assim, praticamente à parte o comparecimento à diligência (*Rev. For.*, v. 204, p. 211).

Em matéria penal, o Tribunal de Alcada Criminal de São Paulo recentemente processo em que o juiz, após a impugnação do laudo e juntada de parecer de técnico de confiança do acusado, havia indeferido pedido de manifestação do perito sobre o parecer oferecido pela parte (Apelação n.º 303.775/7, de Taubaté, Rel. Ercílio Sampaio, 5.ª Câmara Criminal, julg. 27.12.1983, v.u.).

E, em outro recente julgado, a mesma 5.ª Câmara, por intermédio do referido Relator, anulou condenação fundada em reconhecimento efetuado na polícia sem a presença e conhecimento do defensor (H.C. 117.324 de Campinas, 13.10.1982, v.u.).

4. Contraditório e valoração das provas

Evidentemente, de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento.

Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou da persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente neste. Por ele, como afirmamos, o juiz "forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode aliocegar-se sobre as provas existentes nos autos" (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2. ed., São Paulo, 1982, p. 57).

Essas idéias, esplendidamente lançadas por Nobili (*Il principio del libero convincimento del giudice*, Milão, 1974, p. 27 e segs.), transformam o rito probatório, de formalismo estéril, em instrumento de garantia, a ser respeitado como verdadeira exigência ética.

Na mesma linha, assim se exprime Chiavario: "I dati probatori che fanno legittimamente fatto ingresso nel processo sono destinati a far parte del materiale del giudice deve tener presente per accertare i fatti nel momento decisivo" (*Processo e garanzie*, ed. cit., 1982, v. I, p. 151) (grifos).

Por sua vez, acrescenta Trocker, referindo-se à jurisprudência da República Federal da Alemanha:

"In numerose decisioni del Bundesverfassungsgericht tedesco si afferma, com una formula quasi stereotipata, che l'art 103, comma 1º, del Grundgesetz comporta per il giudice il dovere di valutare le ragioni e le istanze presentate dalle parti e di tenere conto ai fini della pronuncia (...). Anche nella fase di valutazione degli elementi (da acquisire o acquisiti al processo, si delinea quindi la possibilità di una violazione del precetto costituzionale" (Processo, ed. cit., p. 457/458, com copiosa giurisprudência citada na nota nº 67) (sem grifos no texto).

E, entre nós, é categórico Barbosa Moreira:

"Last but not least, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se insita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos". ("A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito", in *Temas de direito processual*, Segunda Série, São Paulo, 1980, p. 88).

Também Nilo Bairo de Brum, ao tratar dos requisitos da sentença penal, afirma:

"O segundo requisito tem por fim a demonstração/ por parte do juiz, de que conhece o processo, ou por ter participado de todas as fases ou por ter examinado todas as suas peças. Visa também dar ao órgão superior, que eventualmente tenha de revisar tal decisão, uma idéia sobre a atuação efetiva das partes no processo, segundo as exigências do sistema contraditório, e a certeza acerca da regularidade do procedimento" (*Requisitos retóricos da sentença penal*, São Paulo, 1980, p. 4/6).

4.1. Valoração dos exames periciais

Quid inde do valor dos pareceres técnicos, quais sejam, dos laudos elaborados por experts não compromissados ou não nomeados pelo juiz?

Responde José Frederico Marques:

"Juntam, às vezes as partes (quase sempre o acusado) aos autos do processo, laudos periciais confeccionados por experts não compromissados em juízo: é o laudo *extrajudicial*, ou perícia *extrajudicial*, emanada de pessoa com habilitação técnica, mas sem a qualidade de perito do juiz. O trabalho dessa natureza possui o valor de simples parecer técnico.

O magistrado criminal (da mesma forma que o juiz do cível) não está vinculado às conclusões dos laudos periciais. *A fortiori*, preso não se encontra ele às deduções científicas dos peritos extrajudiciais. Mas, por isso mesmo, faculdade lhe é dada de *confrontar as conclusões técnicas dos peritos judiciais com as do laudo*

extrajudicial, e até mesmo optar pela orientação deste, no tocante à interpretação científica dos dados e indícios que servem de base à perícia" (*Elementos*, ed. cit., p. 360/361).

É que, no processo penal, qualquer elemento carreado aos autos pode ser utilizado para fortalecer a presunção de inocência, ou de não culpabilidade, em fração dos princípios do *favor libertatis*, do *favor rei*, do *in dubio pro reo*.

Por isso, como afirma Faranda, a utilidade da colaboração da parte privada à formação da prova é reconhecida e reafirmada por intermédio dos institutos das *perícias e dos pareceres técnicos* (*La "par condicio"*, ed. cit. p. 80/81).

É certo que os pareceres técnicos, trazidos aos autos por iniciativa da defesa, têm, em termos de elementos probatórios intrínsecos, valor oriundo da seriedade e credibilidade de seus argumentos.

Mas é igualmente certo que não pode o juiz deixar de avaliá-los, conquanto não fique adstrito às suas conclusões, como, aliás, não o fica com relação às perícias.

Isso tudo, de resto, nada mais representa do que o princípio geral de que o processo em contraditório não se esgota no direito à prova e à sustentação dos argumentos das partes, indicando ainda a exigência de o juiz valorar atentamente as atividades instrutórias e seus resultados. Princípio que, aplicado aos exames periciais, assim vem explicitado por Luiz Osório (apud Espínola Filho, *Código de processo civil anotado*, v. 2, p. 570):

"O exame pericial é um meio de prova e, assim, o seu resultado deve ser apreciado pelo juiz, a quem se costuma chamar o "perito dos peritos", não porque ele tenha mais capacidade técnica do que os peritos, mas porque, tendo a necessária capacidade para apreciar os raciocínios feitos pelos peritos, e tendo ao seu dispor outros elementos de prova, *decide acerca dessas conclusões e do que se deve considerar provado*" (sem grifos no texto).

Também a lição de José Frederico Marques sobre os pareceres técnicos, supra transcrita, nada mais é do que o desdobramento do princípio geral da necessária valoração pelo juiz de toda a prova carreada aos autos.

Por essas razões, especificamente com relação aos pareceres técnicos juntados pela defesa, a jurisprudência pátria firmou o entendimento de que suas conclusões podem ser rejeitadas pelo juiz, devido à regra da livre formação de seu convencimento. *Mas devem ser consideradas, analisadas, sopesadas. E, enfim, motivadamente acolhidas ou rejeitadas.*

O Tribunal de Alcáda Criminal de São Paulo, na Apelação nº 303.775/7, de Taubaté, teve oportunidade de firmar exatamente esse ponto de vista:

"O parecer técnico ofertado pelo réu deveria ter sido, quando pouco, considerado pelo D. Juiz de Direito.

Como *peritus peritorum*, o Magistrado, é bem verdade, poderia reftar as conclusões desse laudo extrajudicial, até dispensando, quem sabe, a manifestação a respeito dos peritos oficiais. Entretanto, não poderia ignorar, como o fez, a existência desse trabalho, que, em última análise, dá embasamento e é o fulcro principal de defesa do réu" (Rel. Ercílio Sampaio, v.u., 27 de dezembro de 1983).

5. Contraditório, livre convencimento e garantia de motivação da sentença

Liga-se aos princípios da ação, da defesa e do contraditório, e ao método do livre convencimento do juiz, a obrigação de motivação das decisões judiciais, vista sobretudo em sua dimensão política.

Com efeito, a razão da necessidade de motivar pode ter dois enfoques distintos. A mais antiga atém-se a razões exclusivamente técnicas, endoprocessuais, restritas às partes, às quais se assegura o direito de conhecer as razões da decisão, para, adequadamente, impugná-la; e aos órgãos de segundo grau, para dar-lhes meios de controlar a justiça e legalidade das decisões submetidas à sua revisão.

Por isso, é tradicional nos estatutos processuais a obrigação de motivar: desde as Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, § 7º), passando pelos Códigos Imperiais; pelo Regulamento 737, de 1850; pelo Código de Processo Civil de 1939; pelo de Processo Penal de 1941 (art. 381, III); e pelo Estatuto Processual Civil de 1973.

Mas, nessa linha, só haveria obrigação de motivar para as decisões suscetíveis de rescisão, podendo até imaginar-se técnicas utilizadas outrora (como no Código austríaco de 1981), consistentes em dar-se notícia da motivação às partes, a pedido destas, sem necessidade de fundamentação obrigatória e pública.

Todavia, acompanhando a mudança de enfoque das garantias do "devido processo legal", que se transmutou do individual para o social, a obrigação de motivar passou de garantia exclusiva das partes a garantia do exercício da jurisdição, assumindo dimensão política, que transcende o âmbito técnico do processo.

Salienta-se, hoje, a função política da motivação, sendo seus destinatários não apenas as partes e o juiz da impugnação, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se, em concreto, a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça de decisão (cf. Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Pádua, 1975, p. 405 e segs.; Ennio Amodio, "motivazione della sentenza penale", in *Enciclopedia del diritto*; Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 1974, p. 305; Barbosa Moreira, *A motivação das decisões*, ed. cit., p. 86 e segs.).

Por isso é que diversas Constituições modernas elevam o princípio da motivação à estrutura constitucional, o que não significa apenas conferir-lhe maior estabilidade, mas sobretudo atribuir-lhe dimensão de garantia do correto exercício da jurisdição (art. 111, Const. italiana; Constituição belga de 1831, art. 97; Constituição grega de 1968, art. 117; e diversas Constituições latino-americanas: v. Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 84; e, finalmente, a Constit. brasileira de 1988, no art. 93, IX).

Mesmo sem regra constitucional explícita, contudo, o alicerce político da garantia da motivação encontra-se na Lei Fundamental; assim, por exemplo, segundo a doutrina da República Federal alemã (Bruggeman, *Die Richterliche Begründungs pflicht*, Berlin, 1971, p. 125 e segs. e 152 e segs.) e, no Brasil, de acordo com o ensinamento de Barbosa Moreira, que extrai, no sistema constitucional anterior, do § 4º do art. 153 (*op. cit.*, p. 93).

Físe-se ainda que, entre as justificativas políticas do dever de motivar, insere-se inquestionavelmente o direito das partes de serem ouvidas e serem apreciadas as

questões suscitadas, as provas e as razões utilizadas. O que representa desdobramento das garantias do direito de ação e de defesa e do contraditório, satisfeitas agora pelo direito à avaliação dos argumentos e provas carreados aos autos.

Notou-se, assim, a relevância da necessidade de motivação, em nível constitucional, "in funzione di garanzia delle parti oltre che in funzione di tutela obiettiva della correttezza del processo" (Chiavario, *Processo*, ed. cit., l. p. 141).

É o que realça Trocker, quando afirma:

"Per gli interessati, la parte motiva della decisione diventa il più valido punto di riferimento per verificare se la loro attività difensiva sia stata effettivamente rispettata" (*Processo*, ed. cit., p. 460).

É o que reafirma Barbosa Moreira, quando inclui, nas garantias da ação e da defesa, a de as partes serem ouvidas e de serem examinadas pelo juiz as questões suscitadas, fazendo valer suas razões "de modo efetivo e, por conseguinte, de *reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos*" (*op. cit.*, p. 88).

É o que assenta a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente, ao estabelecer a ligação entre o livre convencimento e a obrigação de motivar:

"Nunca é demais, porém, advertir que *livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas (...). Não estará (o juiz) dispensado de *motivar* a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social" (inciso VIII).

5.1. O conteúdo da garantia de motivação

Observou-se, com acuidade, que o conteúdo mínimo e essencial da garantia de motivação compreende, em síntese: 1. O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) à sua qualificação jurídica; d) às consequências jurídicas desta decorrentes. 2. Aos nexos de imпликаção e coerência entre os referidos enunciados (Taruffo, *La motivazione*, ed. cit., p. 222 e segs. e 467).

É exatamente na configuração do juízo de fato que Taruffo observa ser ainda mais relevante a obrigação de motivar, porquanto é neste campo que o princípio do livre convencimento deixa ao juiz margem maior de discricionariedade (*op. cit.*, p. 444, nota 262), afirma o Autor:

"Nella configurazione del giudizio di fatto alla luce del principio del libero convincimento del giudice, la motivazione assume un ruolo fondamentale di razionalizzazione della valutazione delle prove, in quanto la discrezionalità di tale valutazione non esclude, ed anzi implica che questa sia adeguatamente giustificata" (*op. cit.*, p. 443/444).

Por isso mesmo, salienta Chiavario a necessidade de a motivação dos fatos compreender a exposição atinente às provas produzidas e aos respectivos critérios de avaliação (*Processo*, ed. cit., II, 3. ed., 1984, p. 95). E acrescenta:

"Dovrebbe essere chiaro che hanno da trovare risposta tutte le questioni esplicitamente sollevate dalle parti in corso di causa, e sulle quali il giudice no abbia gli a risposto con separato provvedimento" (*op. cit.*, p. 97).

Resulta daí que a carência de motivação pode revestir-se de diversos aspectos. Resulta daí que a carência de motivação pode revestir-se de diversas situações: a) apresentando-se, segundo o magistério de Bellavista, em três situações diversas: quando o juiz omite as razões de seu convencimento; b) quando as tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que extrai sua decisão possam ser consideradas *sicur no essent*; ou c) quando, *embora no seu contexto a sentença pareça motivada, tenha omitido o exame de um fato decisivo para o juízo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria alcançado uma decisão diversa* — *carência de motivação extrínseca* (*Lezioni di diritto processuale penale*, Milão, 1956, p. 230).

E, com relação à carência de motivação extrínseca, o Tribunal de Alçada criminal de São Paulo, ao abordar o tema *Motivação da Sentença*, chegou às seguintes conclusões:

I — A motivação de toda e qualquer decisão do juiz penal, que implique uma restrição à liberdade individual, é indispensável, como condição para o exercício da defesa.

II — A falta de motivação da decisão pode consistir:

- a) na omissão das razões do convencimento;
- b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extrai a decisão possam ser consideradas *sicur non essent* (carência de motivação intrínseca);
- c) na omissão de fato decisivo para o juízo (*carência de motivação extrínseca*).

Conclui-se, essas, de que o Tribunal retirou, para a carência de motivação extrínseca, duas relevantes consequências:

1. A falta de motivação da sentença acarreta sua nulidade.
2. Na motivação da sentença, o juiz deve referir-se aos argumentos da defesa, principalmente aos expostos nas alegações finais, em que se concretiza o princípio do contraditório (*O processo constitucional em marcha*, ed. cit. p. 253/254).

5.2. Carência de motivação e nulidade

Afora os casos extremos em que a carência de motivação pode levar à própria inexistência da sentença (cf. Taruffo, *op. cit.*, p. 466 e segs.), os demais vícios inerentes à falta ou deficiência de motivação levam à nulidade (*id.*, *ibid.*).

Nem poderia ser de outro modo, porquanto, assim como é insanavelmente viciado o processo que não respeite as garantias do "devido processo legal", também o é a sentença cuja motivação seja deficiente, exatamente na medida em que a obrigação de motivar decorre das mesmas garantias.

Não divergem, nesse ponto, doutrina e jurisprudência. Desde José Frederico Marques, que considera nula a sentença que não contenha motivação ou que a tenha incompleta ou contraditória (*Elementos*, ed. cit., v. III, p. 25), até o pronun-

ciamento recente dos nossos Tribunais, que chegaram a afirmar, como princípio geral, a nulidade da sentença em tais hipóteses (*supra*, n.º 5.1., *in fine*, Consequência n.º 1 do TACRIM-SP).

Especificamente no que se refere à carência de motivação extrínseca, que se caracteriza quando o juiz deixa de apreciar questões de fato ou de direito decisivas para o julgamento, os Tribunais têm fulminado a sentença, por insanável nulidade.

É o que se vê dos seguintes arestos:

"Ainda que se admita ao juiz, no relatório da sentença, mencionar de forma sucinta as razões de acusação e de defesa, na fundamentação deve abordar as questões relevantes trazidas pelas partes, enfrentando toda a matéria alegada e discutida. Ignorá-la, relegá-la aomissão, constitui indubitável cerceamento de defesa e implica nulidade por ausência de consideração do exame sobre os pontos debatidos nos autos" (Apel. n.º 330/453, TACRIM, São Paulo, *in O Processo constitucional em marcha*, ed. cit., p. 271).

No mesmo sentido, as decisões insertas em *RT*, 258/299, 268/552, 400/78, 418/64, 608/316, entre outras.

E mais:

"Os tribunais, inclusive essa Corte, sempre têm julgado nulas decisões assim, pelo fundamento de que a sentença não poderá deixar de decidir uma questão que foi proposta pelas partes, durante o processo, sob pena de importar o ato judicial em denegação de justiça" (Aresto inserido no V. Acórdão constante da *RTJESP*, 100/484).

"Sentença criminal — Nulidade — Ocorrência — Falta de apreciação de questão suscitada pela defesa — Vício insanável — Recurso provido para esse fim" (*RTJESP*, 97/443).

E, ainda por falta de motivação extrínseca, Câmara e Grupos de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo anulam reiteradamente sentenças assim viciadas (cf. Acórdãos transcritos em *O Processo constitucional em marcha*, ed. cit., p. 256 e segs., 261 e segs., 263 e segs., 269 e segs.).

Tudo a demonstrar que a sentença despida ou carente de fundamentação é insanavelmente nula, não somente com relação às partes, como também em atenção ao Estado que tem interesse na correta administração da Justiça (*Julgados do TACRIM*, Ed. Lex., 50/159). E, ainda, que a motivação é indispensável, porquanto, só por ela se poderá conhecer e apreciar o processo mental do magistrado na opção e valoração de qualquer momento relevante para a decisão (Alberto Silva Franco, voto proferido na rescisão criminal n.º 121.636, de Ibúna).

6. Contraditório e congruência dos prazos

Para assegurar a efetividade do contraditório, notou-se, a lei processual deve colocar o interessado em condições de conhecer o *dies a quo* e de utilizar, em sua inteireza, o tempo que lhe foi concedido, além de garantir-lhe a congruência concreta

dos prazos a que se subordina a realização dos atos judiciais (Trocker, *Processo e costituzione*, ed. cit., p. 494).

Existe, sem dúvida, uma seqüência lógica entre esses problemas, pois a questão da adequação do prazo estabelecido em lei ao pleno desempenho das atividades defensivas é posterior à verificação de ter sido o interessado realmente posto em condições de utilizar integralmente o referido prazo legal: assim, expressamente, a sent. n.º 139, de 15.12.1967, da Corte Constitucional italiana, *in Giur. cost.*, 1967, 1.653 e segs., principalmente p. 1665.

Por outro lado, nasce daí a inelutável consequência de que, com relação aos prazos, a interpretação a ser dada à norma deve ser sempre consentânea com a garantia de sua inteireza, de modo que, em concreto, o prazo estabelecido em lei — conquanto em tese adequado — leve à efetiva possibilidade de tutela.

Por isso, observa Trocker (*op. cit.*, p. 496/7), os problemas de constitucionalidade não se colocam tanto em relação ao regime normativo dos prazos, como no tocante à aplicação prática das respectivas normas legais.

Tratam, ainda, da questão da congruência dos prazos legais e de sua eventual inconstitucionalidade (Comoglio, *La garanzia*, ed. cit., p. 94 e segs., 212 e segs.) e, entre nós, Kazuo Watanabe (*Controle jurisdicional*, ed. cit., p. 32), com referência a decisões de Tribunais constitucionais estrangeiros, que fulminaram prazos legais, de direito processual e material, por sua exigüidade impossibilitar ou dificultar desarrazoadamente o exercício da ação e da defesa e das demais atividades processuais.

6.1. Controle sobre a integral utilização dos prazos

No sistema da República Federal alemã, o controle da constitucionalidade, que se exerce não apenas sobre os atos normativos, mas também sobre os atos jurisdicionais, foi ativamente exercido pela Corte Constitucional com relação à congruência dos prazos. E, na Itália, a jurisprudência constitucional incide exatamente sobre a interpretação das normas sobre prazos (Trocker, *op. cit.*, p. 497).

Como se nota pelas decisões indicadas, "a Corte opôs à avaliação abstrata e formalística de certos juízes um juízo empírico sobre a concreta adequação e congruência dos termos, sublinhando a necessidade de regular o ritmo do processo, segundo as exigências particulares do caso concreto, com o intuito de permitir um exercício eficaz das garantias de ação e de defesa (Trocker, *op. cit.*, p. 499, com copiosa jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, citada especialmente na nota 39). E Comoglio (*La garanzia*, ed. cit., p. 94) menciona exatamente o caso de a norma ordinária, atribuindo ao indivíduo um termo breve para fazer valer suas razões em juízo, não lhe assegurar a possibilidade de dele usufruir integralmente, por força da "dificuldade de conhecer tempestivamente o início de seu decurso" (Corte Constitucional italiana, sent. n.º 85, de 05.07.1968, *in Giur. cost.*, 1968, p. 1.420 e segs.; embora o caso concreto se refira a um termo de decadência, de direito material, a questão do conhecimento do *dies a quo* é que incidiu e tomou relevância no pronunciamento do Tribunal).

Essa preocupação com o efetivo conhecimento, em concreto, do termo *a quo* do prazo, de modo a preservá-lo em sua inteireza, é também posta em relevo pelos Tribunais internacionais. Até porque a Convenção Européia dos Direitos do Homem, no art. 6.º, inciso 3, alínea "b", garante expressamente ao acusado:

"O direito de dispor do tempo e das facilidades necessárias à preparação de sua defesa."

Por isso, a Comissão Européia, tomando posição sobre a garantia, não deixou de frisar que a avaliação da adequação dos termos fixados pelo legislador e pelo juiz deve ser efetuada abrindo mão de critérios puramente abstratos: trata-se, antes, de verificar, caso por caso, as circunstâncias do caso concreto (Com. Européia, sent. n.º 7.628/76, de 09.05.1977, *apud* Chiavario, *Processo e garanzia*, ed. cit., p. 153, nota 38).

Resalte-se, ainda, outra importante decisão da Comissão, no sentido de que é igualmente importante tomar em consideração "o habitual volume de trabalho do advogado, não se podendo exigir mudança radical em seus programas de trabalho" (Com. Eur., sent. n.º 7.909/77, de 09.05.1977, *op. e loc. cit.*, nota 39).

Além da necessidade de se observarem a adequação e a congruência dos prazos legais para o efetivo contraditório e para o exercício de todos os poderes processuais das partes, incluídos no direito de ação e de defesa, tudo isso indica a exigência de que tais prazos sejam sempre contados de modo a não reduzi-los, mantendo-se como pedra basilar para a contagem do inequívoco conhecimento do dia em que começaram a fluir, mormente quando se trata de prazos de per si exigüos, já passíveis de comprimir o pleno exercício das atividades processuais, e cuja abreviação, em virtude do conhecimento não imediato da sua fluência, acaba reduzindo-os "irrisoriamente (...) *ad horas*", como observou Chiavario (*op. e loc. cit.*).

6.2. A contagem dos prazos e sua inteireza

Liga-se à questão da irreduzibilidade dos prazos o problema dos critérios a serem seguidos para a sua contagem. Isso porque termo, ou prazo processual, é sempre uma distância temporal entre os atos do processo; e os marcos são o início do prazo (*dies a quo*) e seu término (*dies ad quem*). Mas, para efeito de contagem, o discurso há necessariamente de iniciar-se pela distinção entre *início do prazo* e *início de contagem do prazo*.

Resalte-se que o que nos interessa, agora, são os prazos legais. Estes, como asseverou Lopes da Costa, "começam a correr do termo que a lei fixou e que pode ser assinalado por um *fato*" (grito do texto) (*Direito processual civil*, v. 1, 1. ed., p. 338).

Assim, o *dies a quo* é de suma importância para a contagem dos prazos, segundo advertência de José Frederico Marques:

"Não é um dado neutro ou irrelevante na contagem do prazo, pois o cômputo do lapso de tempo se faz com base nele."

Por isso mesmo fica claríssimo que "não se confunde *início do prazo* com

início da contagem do prazo" e que "inicia-se a contagem do dia imediato ao dia do começo do prazo" (grifos do texto) (*Instituições de direito processual civil*, v. 11, 3. ed., p. n. 448, p. 268).

Ou, nas palavras de Moniz de Aragão:

"O ponto inicial do prazo, portanto, é aquele em que foi feita a intimação. A contagem, que é outra coisa, obedecerá à norma estatuída no texto" (grifos nossos) (*Comentários ao CPC*, Forense, 2. ed., n. 121, v. 11, p. 127, comentário ao art. 184, CPC).

Essa distinção, aliás, vem expressa no Código de Processo Penal, que assim dispõe, nos §§ 5º e 1º do art. 798:

Art. 798, § 5º:

"Salvo os casos expressos, os prazos correrão: a) da intimação

....." (*regra do início do prazo*).

Art. 798, § 1º:

"Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento" (*regra do início da contagem do prazo*).

Mas, qual a razão pela qual a contagem dos prazos se inicia no dia seguinte ao *dies a quo*?

A regra consagrada no brocardo latino *dies a quo non computatur in termino* não é regra artificial e artificiosa, mas resulta antes de elementar cálculo aritmético, cuja infração, como bem observa Moniz de Aragão, ocasionaria o encurtamento dos prazos.

Veja-se o exemplo do ilustre processualista, ao comentar o art. 184 do estatuto processual civil em vigor:

"Tomado, para exemplificar, um prazo de cinco dias, cujo início se dá num dia sete, ter-se-á o seu final a 12, pois este é o resultado indiscutível da adição (7 + 5 = 12). Qualquer outra forma de computar o prazo investiria contra a aritmética, contrariando o bom senso. Com efeito, se incluído o próprio dia inicial, ter-se-ia esta soma originalíssima: 7 + 5 = 11 (7, 8, 9, 10, 11).

Assim, a regra de exclusão do primeiro dia, na contagem dos prazos, significa "respeito à aritmética, ciência exata, que não comporta devaneios" (Moniz de Aragão, *op. e loc. cit.*).

E mais: significa — eis o sentido da garantia — que nenhuma forma de contagem pode abreviar os prazos fixados pelo legislador, que devem conservar a sua inteireza, de sorte a assegurar a integralidade da fruição do termo, para o pleno exercício de todos os poderes processuais ligados à ação e à defesa.

Ao determinar a regra da exclusão do *dies a quo* da contagem do prazo, o legislador nada mais fez do que tornar explícita essa garantia, em observância a princípios da lógica e da aritmética. E por isso a regra é universalmente acolhida: CPC italiano, art. 155, *caput*; ZPO alemã, § 222; ZPO austríaca, § 125; CPC português, art. 144; LEC espanhola, art. 303.

O sistema francês é ainda mais benigno: nos "prazos restritos", até 1965, não

se computava o *dies a quo*, mas se contava o *dies ad quem*; enquanto nos "prazos francos", excluíam-se um e outro. A partir da reforma processual de 1965 pelo Decreto n.º 651.006, todos os prazos passaram a ser francos (*délais francs*), excluindo-se sempre tanto o dia do início, como o dia do término (CPC, art. 1.033; cf. também Helio Tornaghi, *Comentários ao CPC*, Revista dos Tribunais, v. 11, p. 75).

Entre nós, é tradicional a regra expressa de que, na contagem dos prazos marcados em números de dias, o *computo* se faz "excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento" (art. 125, *caput*, CC). O CPC de 1939, no início de sua vigência, quis modificar o critério, *mas sem abreviar os prazos*, mandando incluir o dia do começo e excluir o do vencimento (art. 127). O resultado da operação aritmética era o mesmo, mas o art. 3º do Decreto-Lei n.º 4.565, de 11 de agosto de 1942, restaurou o sistema tradicional, dando ao art. 27 do CPC a redação mantida até o fim da vigência do estatuto de 1939 e preservada pelo art. 184 do atual Código.

O mesmo tradicional critério foi adotado pelo Código de Processo Penal vigente, cujo art. 798, no § 1º, cuida da regra de exclusão do primeiro dia na contagem dos prazos e, no § 5º, estabelece que o início do prazo ocorre com a intimação.

6.3 Conhecimento inequívoco do início do prazo

Com relação ao *dies a quo*, que deve coincidir com a intimação do ato, é mister que se diga que o conhecimento do início do prazo (para efeito de seu início de contagem, no dia seguinte), há de ser inequívoco, para que jamais venha a sacrificar-se, ainda que remotamente, qualquer parcela de prazo algum.

A jurisprudência pátria já havia proficilmente trabalhado em torno da necessidade incontestada de pleno conhecimento, pelo interessado, do início do prazo, acobardando por encontrar seu coroarmento na Súmula 310 do Supremo Tribunal Federal.

"Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o *prazo judicial terá início na segunda-feira seguinte*, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir" (grifos nossos).

A regra da Súmula inspirou o legislador processual civil de 1973, no decorrer dos trabalhos legislativos. E, por sugestão do Des. Athos Gusnão Carneiro, foi aprovado no Código de 1973 dispositivo que consagrou legislativamente o entendimento da jurisprudência:

Art. 184, § 2º:

"Os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação (art. 240)."

6.4 Intimação aos sábados

E quando a intimação for feita no sábado? Claro que, não havendo circulação do D.O. aos sábados — sempre que a entrega aos assinantes for feita pela imprensa

Oficial apenas na segunda-feira sucessiva —, nem havendo aos sábados expediente forense — de modo que não poderá o advogado ter vista dos autos em cartório —, o conhecimento do *dies a quo* somente se fará possível na segunda-feira. E sendo este dia o do início do prazo, a contagem iniciará-se à na terça-feira.

Pensar diversamente é abreviar indevidamente o prazo, porquanto este só pode iniciar-se com a real e efetiva intimação, entendida como conhecimento dado à parte e a seu advogado dos atos processuais. Aos sábados não há expediente forense; aos sábados não há entrega do D.O. aos advogados; os escritórios de advocacia não funcionam aos sábados; e não irá o advogado, nesse dia, às raríssimas bancas de jornais que possam eventualmente dispor do D.O.

É evidente, pois, que a intimação, de que cuida o § 5.º do art. 798, CPC, só terá efetivamente ocorrido na segunda-feira; aplicando-se, então, a regra do § 1.º do mesmo dispositivo, o primeiro dia da contagem será, indubitavelmente, a terça-feira.

Tudo em consonância com o espírito da Súmula 310 do Supremo Tribunal Federal, inspirada nas mesmas superiores razões de preservação da inteireza do prazo.

Não discrepam desse entendimento doutrina e jurisprudência. Hélio Tornaghi (*Comentários ao CPC*, ed. cit., p. 74), em torno da exigência de não encurtamento do prazo, tece as seguintes considerações:

“O ato que marca o início de prazo (intimação, vista...) não é praticado no primeiro instante do dia (zero hora). Se a parte chega ao cartório logo que este abre as portas e é intimada, as horas anteriores estão perdidas. Se esse dia fosse computado, aparte não se beneficiaria da fração de tempo já decorrido, o que representaria um encurtamento do prazo. Por isso a lei exclui da contagem esse dia (*Dies a quo non computatur*).”

E, com relação exatamente ao § 2.º do art. 186, CPC:

“Como está redigido, o prazo começa a correr no primeiro dia útil seguinte à citação ou intimação e contar-se-á no segundo dia útil, uma vez que no cômputo se exclui o dia do começo (...). O Código parece ter seguido a doutrina da Súmula 310 (do STF) que recebeu assim a consagração da lei e foi generalizada” (ibid., p. 75).

No tocante especificamente ao prazo cuja intimação ocorre no sábado, a jurisprudência conclui coerentemente como sendo a terça-feira o primeiro dia da contagem do prazo. Do Tribunal de Alçada de São Paulo, realcem-se os seguintes Acórdãos:

“Publicada a intimação num sábado (...), e só começando o prazo a correr, por deslocação do termo a *quo*, na segunda-feira imediata, primeiro dia útil após a intimação feita em dia sem expediente, e não se computando o dia do começo (a segunda-feira), é de se considerar como *começo da contagem* a terça-feira (...). Esta orientação é corolário da Súmula n.º 310, (*Julgados do Tribunal de Alçada Civil*, v. 45, p. 1/165/166, v.u., 28.04.1976) que regula o início do prazo quando a intimação tenha lugar na sexta-feira, fixando o seu início para a segunda-feira imediata. É

intuitivo que se a intimação se der não na sexta-feira, que é dia útil, mas no sábado ou domingo, não se computará a segunda-feira, porque é o *dies a quo* desloçado, mas a terça-feira.”

“PRAZO — Contagem — Intimação da sentença feita num sábado — Início pretendido da contagem na segunda-feira — Inadmissibilidade — Inexistência de expediente forense no sábado — Intimação que se reputa feita no primeiro dia útil — Fluência da contagem na terça-feira” (*Julgados do Tribunal de Alçada Civil*, v. 45, p. 202/3, v.u., 26.05.1976).

“PRAZO — Contagem — Sentença intimada em sábado — Inexistência de expediente forense — Eficácia da intimação se feita no primeiro dia útil — Início da contagem na terça-feira — Aplicação do caput do artigo 184 do Código de Processo Civil” (*Julgados do Tribunal de Alçada Civil*, v. 59, p. 298, 10.05.1978, por maioria).

“PRAZO — Termo inicial — Intimação no sábado — Fluência a partir do segundo dia útil seguinte à intimação — Entendimento à luz da Súmula n.º 310 do Supremo Tribunal Federal” (*Julgados do Tribunal de Alçada Civil*, v. 65, p. 172, v.u., 16.06.1980).

Interessante argumentação é desenvolvida em Acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Civil, nos Embargos Infringentes n.º 134.811, de São Paulo, julgados a 07.03.1983, que assim afirma:

“Como já se disse no presente voto, não se pode interpretar o art. 175 isoladamente sem referência a uma eventual combinação com o art. 172 do CPC, por onde se conclui que, não tendo expediente até as 18 horas, o sábado, para efeitos processuais, mormente em nosso Estado onde não há expediente forense aos sábados, não é dia útil, melhor se caracterizando como “dia não útil”, já que feriado ou domingo não é. Ora, no caso em tela, as partes foram intimadas da sentença, pelo *Diário Oficial* em 04.04.81, e bom é de se ver que, sendo tal dia um sábado, dia não útil para efeitos forenses, nenhuma das partes tem à mão o *Diário Oficial*, que não pode chegar ao Fórum neste dia, por razões óbvias, e não se pode exigir, como bem assinala Theotônio Negrão, que o advogado vá ao escritório no sábado, dia sem expediente, apenas para ler o *Diário da Justiça*... Por sinal, é bom que se diga da precariedade da distribuição do *Diário Oficial*, aos sábados, especialmente o do Poder Judiciário. Assim, o prazo não começou a correr no dia 06.04.81, segunda-feira, mas, isto sim, deveria começar a correr do primeiro dia útil subsequente à intimação.”

O Tribunal Federal de Recursos firmou entendimento no mesmo sentido, no Agravo de Instrumento n.º 38.425, julgado a 19.03.1976, Rel. Min. Décio Miranda; e na Apelação n.º 43.414, julgada a 11.03.1977, Rel. Min. Lafayette Guimarães, D.J.U. 02.08.1977, p. 5.207.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, depois de alguma divergência, assim decidiu, pelo Pleno, aos 24 de maio de 1979, por votação unânime, sendo Relator o Min. Rafael Meyer.

“Recurso extraordinário. Prazo. Termo inicial. Publicidade de Acórdão na sexta-feira. O prazo para interposição do recurso extraordinário se conta a partir do dia seguinte ao da circulação do *Diário da Justiça*, no caso, terça-feira.

... Tendo sido o acórdão recorrido publicado no *Diário da Justiça*, na sexta-feira (. . .) e como a circulação do órgão somente se processou normalmente na segunda-feira (. . .), então é certo que daí é que se conta o prazo para recurso, mas atendendo ao princípio da exclusão do começo" (RTJ, v. 90, p. 503/504).

Antes, a Suprema Corte já havia firmado igual entendimento, também em sessão plenária, sendo Relator o Min. Antonio Neder, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 73.661, aos 27.09.1978.

Essa mesma interpretação deflui de recentes julgados do Pretório Excelso, que deixaram assentado que, havendo intimação na sexta, mediante jornal oficial que circula no mesmo dia, o primeiro-dia da contagem do prazo será na segunda; mas, não havendo circulação, a intimação se considera feita na segunda-feira, sendo a terça-feira o primeiro dia da contagem (Agravo de Instrumento nº 80.231-RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, em 09.09.1980, RTJ, 95/186; Recurso Extraordinário nº 88.738-Am, Rel. Min. Décio Miranda, em 12.09.1980, RTJ, 95/739).

E também com relação a intimação publicada no sábado, a pedra de toque é o dia da circulação do *Diário Oficial*: só na hipótese de o jornal circular neste dia, a contagem do prazo se iniciaria na segunda-feira. Caso contrário, começa na terça-feira (Recurso Extraordinário nº 69.241-SP, Rel. Min. Moreira Alves, em 05.05.1978, RTJ, 88/1.092; Recurso Extraordinário nº 77.171-SP, Rel. Min. Diasel Falcão, em 21.09.1973, RTJ, 70/801).

3. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO NAS AÇÕES COLETIVAS*

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1. As fases do direito processual: do sincretismo ao instrumentalismo; 1.2. Processo constitucional e instrumentalismo substancial: continuidade; 1.3. O eventual conflito entre as garantias do "devido processo legal" e um processo aderente à realidade sócio-jurídica; 1.4. A transformação das garantias constitucionais: do individual ao social; 1.5. Os conflitos emergentes: da civilização individualista à sociedade de massa. 2. Os interesses difusos no quadro das garantias constitucionais do processo: 2.1. Interesses coletivos e interesses difusos propriamente ditos: distinção; 2.2. O objeto dos interesses difusos: bens indivisíveis ou divisíveis; 2.3. Questões constitucionais: coisa julgada, contraditório e direito de defesa; 2.4. O regime da coisa julgada nas ações coletivas: o tratamento nos interesses coletivos e nos difusos; 2.5. Saque: ação meramente declaratória, constitutiva e condenatória; condenação à obrigação de fazer ou não fazer; condenação à indenização pelo dano indivisível. A solução brasileira; 2.6. Segue: condenação à indenização pelos danos pessoalmente sofridos: o julgado secundum eventum litis; 2.7. Correlação entre coisa julgada e legitimidade para agir nas ações coletivas. Os esquemas da legitimidade. A "representatividade adequada"; 2.8. O fundamento constitucional da "representatividade adequada"; 2.9. Compatibilidade entre o "devido processo legal" e as técnicas das ações coletivas para a tutela dos interesses difusos; 2.10. Conclusão.

1. Introdução

1.1. As fases do direito processual: do sincretismo ao instrumentalismo

Uma análise do direito processual que leve em conta suas tendências apontará claramente a existência de diversas fases, de características diversas. Até Bülow, a fase "sincretista"¹ havia considerado o processo umbilicalmente ligado ao direito ci-

* Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na sessão solene de abertura dos Cursos Jurídicos do ano letivo de 1987 e publicada, com acréscimo de notas, na *Revista de processo*, n.º 43, São Paulo, julho-setembro 1986.

¹ O termo é utilizado, no Brasil, por Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, tese para concurso de cátedra, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.