

JOSÉ ROGÉRIO  
CRUZ E TUCCI

Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP,  
instituição na qual obteve o título de Mestre (1980). Doutor em  
Direito pela Università di Roma (1982). Advogado em São Paulo.

COORDENADORES

---

JOSÉ ROBERTO F. GOVÊA  
LUIS GUILHERME A. BONDIOLI  
JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA

VII

COMENTÁRIOS  
AO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL

---

ARTS. 318 A 368

3ª edição  
2018

saraiva  jur

ISBN 978-85-53172-40-5

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
ANGÉLICA ILACQUA GRB-8/7057



Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

0800-0117875

De 2ª a 6ª, das 8h às 18h

[www.editorasaraiva.com.br/contato](http://www.editorasaraiva.com.br/contato)

**Diretoria executiva** Flávia Alves Bravin  
**Diretoria editorial** Renata Pascual Müller  
**Gerência editorial** Roberto Navarro

**Consultoria acadêmica** Murilo Angeli Dias dos Santos

**Edição** Eveline Gonçalves Denardi (coord.)  
Deborah Caetano de Freitas Viadana

**Produção editorial** Ana Cristina Garcia (coord.)  
Luciana Cordeiro Shirakawa  
Rosana Peroni Fazolari

**Arte e digital** Mônica Landi (coord.)  
Claudirene de Moura Santos Silva  
Fernanda Matajs  
Guilherme H. M. Salvador  
Tiago Dela Rosa  
Verônica Pivisan Reis

**Planejamento e processos** Clarissa Boraschi Maria (coord.)  
Juliana Bojczuk Ferrnino  
Kelli Priscila Pinto  
Marília Cordeiro  
Fernando Penteadó  
Mônica Gonçalves Dias  
Tatiana dos Santos Romão

**Novos projetos** Fernando Alves

**Diagramação e revisão** Know-How Editorial

**Capa** Aero Comunicação / Danilo Zanott

**Produção gráfica** Marli Rampim  
Sergio Luiz Pereira Lopes

**Impressão e acabamento** Edições Loyola

Cruz e Tucci, José Rogério

Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII  
(arts. 318-368) / José Rogério Cruz e Tucci ; coordenação de  
José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli,  
João Francisco Naves da Fonseca. – 3. ed. – São Paulo :  
Saraiva Educação, 2018.

1. Processo civil 2. Processo civil - Leis e legislação - Bra-  
sil I. Título II: Gouvêa, José Roberto Ferreira III: Bondioli, Luis  
Guilherme Aidar IV: Fonseca, João Francisco Naves da

18-0501

CDU 347.9(81)(094.4)

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo civil – Leis e legislação –  
Brasil 347.9(81)(094.4)

**Data de fechamento da edição: 17-5-2018**

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por  
qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora  
Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido  
na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 605061 CAE 627163

*Aos encantos da minha vida:  
Cibele, Amanda e Bianca*

## Capítulo XI

### DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

#### 179. Introdução: audiência de instrução e julgamento na tradição do processo civil brasileiro

A oralidade no processo civil, que teve na obra de GIUSEPPE CHIOVENDA lugar de inegável destaque, reúne como corolários: a) a prevalência da palavra; b) a imediatidade; c) a identidade física do juiz; e d) a concentração de determinados atos processuais numa única oportunidade.

CALAMANDREI, muitos anos depois, reafirmando, quase que integralmente, os alicerces da clássica teoria de seu mestre, sublinha que, de fato, o mérito de ter sobrelevado, na Itália, as vantagens da oralidade é todo de CHIOVENDA, que, com um admirável apostolado, iniciado em 1906 e que perdurou até a sua morte, fez-se pregoeiro daquela reforma inspirada no processo oral, que acabou triunfando não apenas na legislação italiana, como, igualmente, mundo afora, em inúmeros outros diplomas processuais.<sup>466</sup>

À guisa de exemplo, o processo civil espanhol adota expressamente a imediação, no modelo chiovendiano, a teor dos arts. 137 e 289.2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei n. 1/2000), que impõem a presença da autoridade judiciária na consecução de uma série de atos processuais, sob pena de nulidade.

prescrição no despacho saneador e não havendo recurso, opera-se a preclusão, não sendo admissível a rediscussão da matéria no âmbito de apelação. Precedentes: AgREsp 1.013.225/SC, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 4.2.2009; AgREsp 1.069.442-PR, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 3.11.2008; AgREsp 1.045.481-PR, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 28.8.2008; REsp 706.754-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 5.5.2008; REsp 595.776-MG, rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 4.12.2006 (2ª T., REsp 1.147.112-PR, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 19.8.2010); 2ª T., REsp 1.276.048-SP, Min. Assusete Magalhães, v. u., *DJe* 12.2.2015: “Hipótese em que o juiz de 1º grau, após afastar a tese de prescrição do direito de ação, no despacho saneador – contra o qual não foi interposto qualquer recurso –, novamente decidiu a questão, quando da prolação da sentença, acolhendo a referida prejudicial de mérito, reexaminando matéria preclusa, questão que já se encontrava acobertada pela preclusão também para o Tribunal de origem, em flagrante afronta ao art. 471 do CPC. ‘O art. 471 [do CPC de 1973] do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas – precisamente por falar em nenhum juiz o texto dessa disposição abrange também o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio’. Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias... Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual, ‘afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição de recurso, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria’...”

466 Oralità nel processo, *Nuovo Digesto Italiano*, 9, p. 179; Opere giuridiche, 1, p. 450 e segs.

Igualmente, vem sancionada, no art. 442, a ausência das partes ou de seus procuradores na audiência (tanto no *juicio ordinario* quanto no *juicio verbal*), com a rejeição da demanda sem exame do mérito.<sup>467</sup>

Bem é ver que a imediatidade, na doutrina de CHIOVENDA,<sup>468</sup> constitui o núcleo central do processo oral, pelo qual “o juiz, a quem cabe proferir a sentença, deve assistir ao desenrolar das provas, das quais tem de extrair seu convencimento, ou seja, que tenha estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com o objeto do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar em que os fatos se passaram, e ainda outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outrem”.

Em nossa experiência processual, antes mesmo da influência da dogmática italiana que, mais tarde, iria marcar de forma indelével a legislação e a doutrina pátrias, a tradição jurídica luso-brasileira já conhecia, na seara forense, a “audiência” como ato de interlocução entre o juiz e os advogados das partes, que acorriam ao foro para apresentar, diretamente ao magistrado, alegações e requerimentos. Todos estes atos processuais ficavam registrados pelos escrivães, que os transcreviam nos respectivos autos do processo.

Importa ressaltar que esta praxe, provinda do direito reinol, mais especificamente das Ordenações Filipinas (1603),<sup>469</sup> coincidia, certamente, com algumas discrepâncias formais, com a concepção preconizada por CHIOVENDA, no sentido de que “não se entende por feita uma declaração, se não é feita ou evocada oralmente em audiência. Vê-se que os escritos preparatórios são anteriores à audiência; é um verdadeiro contrassenso vir à audiência para expender alegações por escrito; a escrita se usa entre ausentes, mas, entre presentes, faz-se uso da palavra”.<sup>470</sup>

Ao tempo da pluralidade legislativa em matéria processual, os Códigos estaduais, em geral, embora disciplinassem uma audiência ordinária, não contemplavam a realização de um ato processual dominado pelos regramentos da oralidade.

467 V., a respeito, HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *Direito processual civil espanhol*, in *Direito processual civil europeu contemporâneo*, p. 80.

468 *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 53. Lembre-se que CHIOVENDA foi aluno de ADOLF WACH, na Alemanha, adepto ferrenho do processo oral e autor de célebre ensaio (*Oralidad y escritura*, in *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil*, p. 32-33), cuja ideia central é a de que a defesa deve ser preparada, e não efetuada, mediante a troca de petições, e que o demandado deve ter, no debate oral, plena liberdade de movimento quanto ao material de defesa... Com relação à substância efetiva do fundamento, a demanda representa, destarte, um simples escrito preparatório.

469 3.19: “Do Regimento das Audiências”.

470 Procedimento oral, in *Processo oral* (obra coletiva), p. 59.

O CPC de 1939, a seu turno, a despeito de ter recebido estrutura bem mais científica, deixou de recepcionar a regra da oralidade em toda a sua extensão, inserida definitivamente nos quadrantes de uma dogmática mais evoluída que então estava em voga no continente europeu, já na década de 30 do século passado.

Elucida, a propósito, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que, sob a égide do nosso primeiro CPC, “o processo brasileiro, todavia, continuou consagrando a regra de que as declarações fundamentais das partes contêm-se na inicial e na contestação, apresentadas não com a função de meros escritos preparatórios, mas como declarações de vontade, fixando em definitivo os lindes da pretensão e da resistência”.<sup>471</sup> Contudo, o CPC de 1939 adotou, do processo oral, a imediatidade, prevendo que o juiz devesse assistir à produção das provas em audiência.

O CPC de 1973, declaradamente, consagrou, ainda que de forma atenuada, as principais características do processo oral, que tem o seu momento culminante na audiência de instrução e julgamento, então disciplinada no art. 450 e segs.

Como se infere da respectiva Exposição de Motivos do CPC agora revogado, manteve ele, quanto ao processo oral, firme na lição de CHIOVENDA, “o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender a peculiaridades da extensão territorial do País. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade da *persona física* do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos; que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada. Falando de processo oral em sua pureza, cumpre esclarecer que se trata de um tipo ideal, resultante da experiência legislativa de vários povos e condensado pela doutrina em alguns princípios. Mas, na realidade, há diversos tipos de processo oral, dos quais dois são os mais importantes: o austríaco e o alemão. Entre estes, a diferença que sobreleva notar, concerne ao princípio da concentração. Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O CPC se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema de processo oral, não só no que toca ao princípio da identidade da *persona física* do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da

<sup>471</sup> *Audiência de instrução e julgamento*, p. 5.

identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retomar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria (art. 137). A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico. ‘O que importa’, diz Chiovenda, ‘é que a oralidade e a concentração sejam observadas rigorosamente como regra’...”.

Anote-se, ainda, que a instituição do julgamento antecipado da lide, com a reconhecida desnecessidade da audiência de instrução e julgamento, realça a importância da oralidade, que ficava reservada somente para as hipóteses nas quais se impunha o contato do juiz com as partes e, sobretudo, com a produção da prova oral.

**Art. 358.** No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência de instrução e julgamento e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.

*CPC de 1973 – art. 450*

*Comparação jurídica – art. 430 do NCPC francês; art. 190-bis do CPC italiano; art. 431 da LEC espanhola; art. 599º do CPC português; art. 232 do SZO suíço*

## 180. Generalidades

O novo CPC, inspirando-se praticamente no mesmo modelo do sistema oral do diploma revogado, reduziu-o ainda mais, visto que deixou de exigir a identidade física do juiz, antes prevista, com todas as letras, no revogado art. 132.

Contudo, a audiência de instrução e julgamento continua sendo o palco primordial para que os protagonistas parciais do processo, na presença do juiz, produzam as suas provas orais e concluam os debates sobre os pontos mais relevantes da causa. Em seguida, sendo possível, o magistrado proferirá sentença.

Este importante ato processual, como acima frisado, é, em regra, designado na decisão de saneamento e organização do processo, quando sua realização é considerada necessária, por ser inviável, diante das particularidades do objeto litigioso, o julgamento conforme o estado do processo, em qualquer uma de suas variantes (extinção do processo ou julgamento antecipado da lide).

A audiência de instrução e julgamento constitui o ato processual mais solene do procedimento de primeiro grau, visto que complexo, dinâmico e demarcado por inúmeras formalidades. É ela a principal audiência regulada pelo CPC, integrante do procedimento comum e que tem lugar em todos os demais procedimentos, desde que exigida prova oral ou esclarecimentos de

perito antes da decisão da demanda. Nos domínios do processo oral, representa ela o ápice, visto que concentra os atos culminantes da contenda judicial. Nela, o juiz entra em contato direto com as provas, presencia o debate final das partes e profere sentença que coloca termo ao litígio. Por meio desta audiência põe-se em prática o princípio da oralidade com a plenitude de todos os seus mais importantes corolários, de resto, salientes no processo de época contemporânea.<sup>472</sup>

Constatando, pois, a imprescindibilidade da produção de prova oral, torna-se imperiosa a realização da audiência de instrução e julgamento, que deverá ser designada nos termos do art. 212, *caput*, do CPC, ou seja, num dia normal de expediente forense, no horário ali previsto.

### 181. Pregão e declaração de abertura da audiência

Com redação claramente invertida, dispõe o art. 358 do CPC que, no dia e hora previamente fixados, com tolerância máxima de 30 minutos (art. 362, III, do CPC), o juiz mandará o auxiliar do juízo apregoar as partes e seus respectivos advogados, e, ainda, outras pessoas intimadas, como, por exemplo, testemunhas, perito, assistentes técnicos.

O pregão é formalidade essencial, por meio da qual se procede à publicidade do ato e garante a ciência aos interessados. A ausência do pregão gera nulidade da audiência, caso decorra prejuízo a quem deveria ter comparecido. Mesmo que o processo tramite sob o signo da publicidade restrita, devendo a audiência ser realizada a portas fechadas, o pregão é público, dirigido a todas as pessoas que dela devem participar.<sup>473</sup>

Primeiramente, ingressam na sala de audiência, localizada na sede do juízo, apenas as partes e os seus patronos. Não se pode admitir, em hipótese alguma, o mau vezo de alguns magistrados, em particular nas causas de família, que, antes mesmo de instalada a audiência, convocam somente as partes. Este é o chamado “juiz-esfinge”, soturno, que prefere conversar com os litigantes longe dos advogados. Na verdade, em muitas ocasiões, a parte, geralmente nervosa, não tem habilidade e tampouco condições de entender o que o juiz pretende extrair neste diálogo secreto. O litigante, em qualquer situação, tem o direito impostergável de se fazer acompanhar por seu advogado e este tem a prerrogativa inarredável de estar ao lado de seu constituinte.

Devidamente acomodados as partes e os seus patronos, só então é que o juiz declara aberta a audiência de instrução e julgamento. Tanto é assim que

472 Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 535.

473 Cf. JOAQUIM FELIPE SPADONI, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 978.

se infere da redação do art. 362, § 1º, do CPC que o pregão precede a instalação da audiência, inclusive para que se possa verificar se a ausência de alguma pessoa que deva participar do ato compromete a sua realização.

**Art. 359.** Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

*CPC de 1973 – art. 448*

*Comparação jurídica – art. 198 do CPC italiano; art. 604º do CPC português*

### 182. Generalidades

Depois de declarada aberta a audiência, versando a demanda sobre direito que comporte autocomposição, o juiz deverá tomar a iniciativa de perquirir acerca da possibilidade de solução consensual do litígio, em franco diálogo com as partes e seus advogados. É claro que eventuais observações e conselhos normalmente feitos pelo juiz nesta ocasião não deverão ultrapassar o limite do razoável, ou seja, não se admite que os litigantes sejam “forçados” ou se sintam constrangidos a se reconciliarem.

A atividade conciliatória do juiz jamais pode ser abusiva, gerando embaraços e expondo indesejada “parcialidade secreta”. A tentativa de conciliação, encetada pelo magistrado, não pode se transformar numa “obrigação” para as partes transigirem. Pelo contrário, a experiência e a habilidade judiciais, visando a persuadir os litigantes, devem sempre deixá-los à vontade, até porque, com toda a certeza, muito antes da data da audiência, já puderam eles refletir e sopesar, seguindo a orientação de seus respectivos patronos, quão vantajosa seria uma solução amigável da controvérsia nesta altura da demanda.

Escreve, a propósito, ALEXANDRE PESSOA VAZ, em obra específica sobre este tema, que o denominado dever de persuasão judicial consubstancia-se na iniciativa conciliatória *ex officio* do juiz do processo, que pressupõe estreita cooperação com os litigantes, em busca da realização de uma autêntica pacificação social, simples, pronta e econômica.<sup>474</sup>

Cumpra ainda esclarecer que a tentativa de conciliação a ser observada no início da audiência de instrução e julgamento não fica prejudicada mesmo que, em momento precedente, em especial ao ensejo da audiência de conciliação ou de mediação, anteriormente realizada, as partes não tenham alcançado qualquer acordo. Com o tempo transcorrido entre tais atos processuais,

474 *Podere e deveres do juiz na conciliação judicial*, p. 77-79. V., ainda, ELIO FAZZALARI, *Le funzione del giudice nella direzione del processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e segs.

é possível que aspectos subjetivos, combinados com a alteração de condições objetivas, tenham contribuído para que os demandantes mudassem de ideia, preferindo agora, por razões estratégicas, encerrar o litígio de forma suasória.

Bem é de ver, nesse sentido, que, embora a anterior tentativa de conciliação não tenha sido profícua, quando ainda não se tinha uma visão global da causa, o mesmo esforço pode renovar-se, e com maior esperança, na audiência de instrução e julgamento, momento em que o juiz, plenamente informado do conteúdo da causa, pode agir com maior proveito, e as partes têm condições de melhor avaliar a conveniência de prolongar ou não um processo cujo resultado, em muitas situações, já pode ser presumido.

É exatamente esta realidade que justifica a regra do art. 359 do CPC, ao prever a tentativa de conciliação, por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento, “independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos”.

Exitosa a conciliação, as cláusulas do acordo serão reduzidas a termo, sobrevivendo a respectiva sentença homologatória da transação a que as partes chegaram, implicativa de julgamento com resolução do mérito (art. 487, III, b, do CPC).

Não atingida a solução consensual, o juiz deverá dar imediato prosseguimento à audiência, passando-se à produção da prova oral.

### 183. A arbitragem não constitui método de solução consensual de conflitos

Equívoco imperdoável do legislador emerge da redação do art. 359, ao inserir, de forma exemplificativa, ao lado da mediação, a arbitragem, como se esta também fosse um mecanismo alternativo de resolução amigável do litígio.

A arbitragem, na verdade, consiste numa técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada. Dentre as peculiaridades mais salientes da Lei n. 9.307/1996, destaca-se a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, como, com toda a clareza, dispõe o art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Inferre-se, de logo, que se atribui natureza publicística ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes. A despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal.

Ademais, o processo arbitral pode ser classificado como sendo de “jurisdição contenciosa”, cuja sentença, segundo o art. 26 da Lei de Arbitragem,

deve ser elaborada seguindo a mesma estrutura formal exigida pela legislação processual (art. 489 do CPC).

A arbitragem, pois, não se confunde com a conciliação ou com a mediação, as quais, efetivamente, constituem meios alternativos de solução consensual dos conflitos.

**Art. 360.** O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe:

- I** – manter a ordem e o decoro na audiência;
- II** – ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente;
- III** – requisitar, quando necessário, força policial;
- IV** – tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;
- V** – registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

*CPC de 1973 – art. 445*

*Comparação jurídica – art. 439 do NCPC francês; arts. 150º e 602º do CPC português*

### 184. Generalidades

Em caráter exortativo, o enunciado do art. 360 traz à relembração que o juiz, como autoridade pública, é detentor do poder de polícia e, por esta razão, tem a prerrogativa de exercê-lo durante a audiência de instrução e julgamento. Este – o poder de polícia –, numa moderna perspectiva, encerra atividade de cunho disciplinar, permitindo ao agente estatal impor restrições ou limitações, em prol do interesse público, a direitos e liberdades individuais.<sup>475</sup>

A Administração Pública, de um modo geral, no exercício do aludido poder, de um lado, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de notificações, licenças ou autorizações), e, de outro, repressivamente, quando houver a prática de atos abusivos, ilegais ou irregulares (mediante a imposição de ordens ou de medidas coercitivas).<sup>476</sup>

<sup>475</sup> Observe-se que o art. 78 do CTN define, de forma ampla, o que vem a ser poder de polícia: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

<sup>476</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 110.

É certo que este poder de polícia atribuído à autoridade judicial não se faz presente apenas na audiência de instrução e julgamento, visto que inerente à sua atividade jurisdicional e administrativa, nos quadrantes do juízo em que exerce a jurisdição. O juiz, pois, a teor do art. 139, VII, do CPC, exerce o poder de polícia durante toda a tramitação do processo, cabendo-lhe, dentre outros aspectos, zelar pelo respeito mútuo e nível condizente dos debates travados pelos advogados.

Acentua, a respeito, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que, como as demais atividades estatais, “por excelência, a atuação judicial exige seja efetivada em ambiente de ordem e disciplina, em benefício do interesse geral e da atividade-fim. Através do poder de polícia, a autoridade judiciária, atuando administrativamente, condiciona e limita o exercício de certas faculdades individuais, visando a assegurar, em convivência e atuação harmônica de todos os sujeitos do processo, e auxiliares do juízo, a mais pronta e eficaz obtenção das finalidades da própria atividade no campo da jurisdição”.<sup>477</sup>

### 185. Preservação da ordem e do decoro

Diante da solenidade e sobriedade de que são revestidas as audiências do procedimento de primeiro grau e as sessões de julgamento nos tribunais, o silêncio, a ordem e o decoro devem ser sempre mantidos. É necessário que as audiências em geral se desenvolvam num clima de tranquilidade e num ambiente tanto quanto possível sereno e cordial.

Assim, todos os presentes têm o dever de colaborar para a preservação destes imperativos durante a realização daqueles referidos atos processuais. Devem manter-se de modo adequado e em rigoroso silêncio, coibindo-se o uso de celular, inclusive de aplicativos de mensagem de texto, e de outros aparelhos eletrônicos congêneres.

Observando o tradicional aspecto austero dos tribunais, escrevi que o tempo dos atos processuais, sob o aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que o espaço judiciário reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano. Ele se insinua, como uma ação temporária que, por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo profano. O tempo fisiológico do processo é um tempo inteiramente ordenado, que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica.

A separação do tempo do processo materializa-se, antes de mais nada, por um ruído: com efeito, a Corte, antes de entrar na sala de audiências, dá uma

batida de martelo à porta ou, nos tribunais modernos, o toque de uma campainha. Esse sinal impõe silêncio aos presentes, que, em alguns tribunais, já estão instalados em seus lugares na sala, e os faz levantar. Uma simples abstenção – o silêncio – não é suficiente: a modificação da qualidade do tempo deve ser corporalmente demonstrada pelo ato de levantar-se. Os interessados e o simples espectador devem cumprir esse primeiro rito positivo: colocar-se em pé. Se alguém se recusa, o meirinho lhe fará uma advertência; além da pressão de todos os presentes que se levantaram, ele se confronta com o oficial, num primeiro relacionamento de força física que pode justificar a sua expulsão da sala.<sup>478</sup>

O trabalho simbólico do espaço fica então prolongado pelas formalidades que marcam a qualidade do tempo. Inevitável a lembrança dos três golpes que precedem todas as apresentações teatrais. O som produzido, brutal e detonante, um pouco como uma explosão, parece aquele do tumulto que na China arcaica cassava os maus espíritos. A função simbólica desse barulho é purificar o porvir, distinguindo-o do tempo informal que o precede. Segue-se imediatamente uma frase ritual pronunciada em alta voz pelo oficial: “a Corte” ou “o Tribunal”! Nos Estados Unidos, o anúncio de abertura da audiência é feito com tamanha rapidez que ninguém consegue recolher suas anotações, mas todos compreendem que é preciso levantar-se...<sup>479</sup>

O juiz, investido do poder de polícia na condução da audiência, diante de atitude inusitada de quem quer que seja – partes, advogados, estagiários, serventuários –, deverá agir com firmeza, advertindo-o de que seu comportamento é incondizente com a ordem e com o decoro.

### 186. Comportamento inconveniente e requisição de força policial

Persistindo o desrespeito e a inconveniência daquele que foi admoestado, o juiz poderá ordenar que se retire da sala de audiências seja pessoa que participa do processo ou seja terceiro, estranho ao litígio, embora presente ao ato, cujo comportamento seja considerado inadequado à ordem que deve ser mantida na sessão.

A infringência à ordem do magistrado, no exercício do poder de polícia repressiva, “acarretará advertência ao transgressor; e, se grave ou renovada a infração, determinará o juiz sua retirada da sala, ainda que para tanto possa ser mister a suspensão da própria audiência. Prevê a lei processual, se indispensável, a requisição, pelo juiz, de força policial, quer para constranger os recalcitrantes à retirada da sala, quer para garantia do cumprimento de eventual prisão em

478 Cf. trecho do capítulo “Le temps judiciaire”, do livro de ANTOINE GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 51.

479 ANTOINE GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, p. 52.

477 *Audiência de instrução e julgamento*, p. 38.

flagrante por desacato, desobediência, ou ilícito criminal outro, consumado, ou tentado, na presença do magistrado”.<sup>480</sup>

O art. 150º do novo CPC português, condicionado pela mesma tradição histórica do nosso diploma, preceitua que: “A manutenção da ordem nos atos processuais compete ao magistrado que eles presida, o qual toma as providências necessárias contra quem perturbar a sua realização, podendo, nomeadamente, e consoante a gravidade da infração, advertir com urbanidade o infrator, retirar-lhe a palavra quando se afaste do respeito devido ao tribunal ou às instituições vigentes, condená-lo em multa ou fazê-lo sair do local, sem prejuízo do procedimento criminal ou disciplinar que no caso couber... 7. Para a manutenção da ordem nos atos processuais, pode o tribunal requisitar, sempre que necessário, o auxílio da força pública, a qual fica submetida, para o efeito, ao poder de direção do juiz que presidir o ato”.

### 187. Tratamento urbano

Já dispunham as Ordenações Filipinas, no título dedicado ao *Regimento das Audiências*, que o juiz deve ouvir a todos os requerentes com afabilidade e urbanidade, “sem usar de palavras de remoque ou escândalo, nem consentir que se digam...”<sup>481</sup>

Nota-se, com efeito, que esta velha advertência, atualmente reprimada com ênfase nos estatutos de conduta e de ética da magistratura, do Ministério Público e da advocacia,<sup>482</sup> lamentavelmente tem sido cada vez menos observada.

A satisfação e o prazer em advogar – outrora tão exaltados por CALAMANDREI – encontram-se em sensível queda livre, diante dos múltiplos dissabores que o exercício profissional tem revelado nestes últimos tempos.

480 Cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Audiência de instrução e julgamento*, p. 40.

481 3.19.14.

482 Lei Complementar n. 35/1979 (LOMAN), art. 35: “São deveres do magistrado: ... IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência”. Lei n. 8.625/1993 (LOMP), art. 43: “São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: ... IX – tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça”. Conferindo redação bem mais abrangente da norma contida no velho diploma, dispõe, com todas as letras, o art. 27 do novo Código de Ética da OAB que: “O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione”.

A incivilidade que exorna atualmente o ambiente forense foi destacada, de forma contundente, por MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA, em artigo que merece ser lido e que constitui importante repositório de memória àqueles que, como eu, recordam-se, com um certo saudosismo, das relações bem mais cordiais que marcavam o relacionamento entre os protagonistas da justiça. Invoçando este passado, já remoto, MANUEL ALCEU enfatiza os tempos “em que o *data venia* não constituía sinal de fraqueza ou de rendição ao adversário; nos quais os advogados falavam em pé, pediam licença e protestavam respeitos, esmeravam-se na conjugação verbal, na pluralização e nas concordâncias; em que magistrados não encaravam como impertinentes, por isso assumindo fisionomias agressivas e carrancas belicosas, o causídico que buscava um urgente despacho ou, a propósito dessa urgência, tecia breve exposição presencial; a época em que inexistia a surpreendente categoria hoje formada pelos que, nos tribunais, ‘não recebem advogados’, dessa recusa se jactando; os julgamentos transparentes, com os seus votos abertamente proclamados sem o humilhante apelo à reles leitura (*per saltum* e geralmente inaudível...) de ementas nada esclarecedoras...”<sup>483</sup>

E isso tudo sem contar, entre muitas outras facetas da crônica forense, circunstância deveras inusitada, pautada pela prepotência, na qual alguns desembargadores sentiram-se ofendidos com crítica, séria, científica, impessoal e, sobretudo, educada, a tese jurídica sustentada em acórdão lavrado pela respectiva turma julgadora, e, por este motivo, passaram, de forma vingativa e sem qualquer escrúpulo ético, a desmoralizar o autor do escrito!

No contexto de uma experiência jurídica, como a do Brasil, na qual o advogado exerce atividade indispensável à administração da justiça e é investido de função pública, dúvida não há de que juízes e advogados são inseridos moralmente, ainda que não materialmente, no mesmo plano axiológico. Desse modo – afirmava CALAMANDREI –, o juiz que falta ao respeito para com o advogado e, também, o advogado que não tem deferência para com o juiz ignoram que magistratura e advocacia obedecem à lei dos vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de uma sem que o nível da outra desça na mesma medida.

Aos profissionais que assim agem, falta-lhes, como é curial, rudimentar conhecimento de deontologia (teoria dos deveres) forense!

A responsabilidade moral e ética de cada ser humano, a rigor, não deveria estar disciplinada por normas preestabelecidas, visto que decorre como consequência natural do berço, da vida em sociedade, do homem em suas relações vitais e comunicativas.

483 Funeral da cordialidade, *Revista da CAASP*, p. 50-51.

Todavia, como há inexoráveis desvios, que se fazem intoleráveis, torna-se de todo recomendável que seja estabelecido um *standard*, um padrão, a possibilitar a delimitação objetiva na liberdade de escolha desta ou daquela conduta ética. A ética normatizada tem, pois, a função de fixar algumas premissas, básicas e mínimas, de comportamento profissional, simplesmente para viabilizar o necessário controle corporativo e institucional.

### 188. Documentação dos requerimentos deduzidos na audiência

Prevê, ainda, o inciso V do art. 360 do CPC que o juiz deve cuidar para que todos os requerimentos formulados pelas partes durante a realização da audiência de instrução e julgamento sejam registrados em ata.

A documentação dos pleitos deduzidos pelos litigantes, consoante dispõe o subsequente art. 367 do CPC, vem complementada pelo registro de todos os demais atos no termo da audiência.

Anote-se que esta incumbência do juiz, de velar pelo registro dos requerimentos das partes, prevista no art. 360, V, não constitui propriamente exercício do poder de polícia, mas, sim, atividade ordinatória de natureza processual.

**Art. 361.** As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente:

I – o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do art. 477, caso não respondidos anteriormente por escrito;

II – o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais;

III – as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas.

**Parágrafo único.** Enquanto depuserem o perito, os assistentes técnicos, as partes e as testemunhas, não poderão os advogados e o Ministério Público intervir ou apartear, sem licença do juiz.

*CPC de 1973 – arts. 413, 446 e 452*

*Comparação jurídica – art. 433 da LEC espanhola; art. 604º do CPC português*

### 189. Generalidades

Deslocando-o do capítulo atinente às provas do CPC revogado, o legislador estabelece neste dispositivo, inserido entre as normas disciplinadoras do procedimento da audiência de instrução e julgamento, a ordem para a produção da prova oral, procurando otimizar o aproveitamento das declarações para o esclarecimento dos fatos.

Verifica-se claramente que tal determinação guarda coerência com a estrutura dialética do processo contencioso, cabendo ao autor a ofensiva e ao réu a defesa, no tocante à prova dos fatos, em perfeita sintonia com a regra do art. 373 do CPC, vale dizer, ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do seu direito, e, ao réu, em imediata sequência, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Importa frisar que o preceito em apreço, parcialmente repetido no art. 456 do CPC, refere-se a uma ordem preferencial, embora não cogente, porque nada obsta a que as partes, de comum acordo, modifiquem-na, por mera conveniência ou por qualquer outra razão circunstancial, visando sobretudo a evitar o adiamento da audiência (art. 456, parágrafo único). Tudo dependerá da relação entre o depoimento da testemunha e o fato probando, que pode ser colhido em sequência diferente àquela predeterminada, desde que o litigante, que consentiu com a alteração, entenda que não sofrerá prejuízo.

A esse respeito, a jurisprudência tem se escudado no princípio da razoabilidade, deixando de anular o processo quando ocorrida a aludida inversão da ordem de oitiva de testemunhas, desde que não evidenciado qualquer prejuízo, como se infere de julgamento da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação n. 9184245-18.2008.8.26.0000, da relatoria do Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO.<sup>484</sup>

Abonando esse posicionamento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 249.673-RS, relatado pelo Ministro SIDNEI BENETI, asseverou que: “A inversão na ordem da oitiva das testemunhas não acarretou prejuízo à defesa do agravante, razão pela qual, ausente a prova de efetivo prejuízo, não merece reforma o aresto recorrido quanto ao tema”.<sup>485</sup>

Acrescente-se que o art. 139, VI, do CPC autoriza o juiz a: “dilatar os prazos e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”, por meio de decisão devidamente fundamentada.

### 190. Cronologia da produção da prova oral

Recomenda-se que, no início da produção da prova oral, o juiz se reporte às questões de fato, sobre as quais deverá girar a instrução, que foram fixadas na decisão de saneamento, segundo o art. 357, II, do CPC.

484 Registro do acórdão: 2/8/2014.

485 V.u., *DJe* 28/2/2013.

Como a prova pericial já foi realizada, serão ouvidos, primeiramente, o perito e os respectivos assistentes técnicos, a requerimento das partes, a respeito dos quesitos suplementares, caso não respondidos ou respondidos, por escrito, de forma insatisfatória (art. 361, I). Nesta hipótese, deverão ser intimados por meio eletrônico, com antecedência mínima de 10 dias, na forma do art. 477, §§ 3º e 4º, do CPC, para que compareçam à audiência de instrução e julgamento.

Se todos eles forem intimados, após os esclarecimentos do perito, serão ouvidos o assistente técnico indicado pelo autor e, em seguida, aquele indicado pelo réu. Poderão eles reproduzir oralmente respostas trazidas por escrito.<sup>486</sup>

Passa-se então à colheita do depoimento pessoal do autor, que necessariamente deve ter sido intimado para tal finalidade (arts. 361, II, e 385, § 1º, do CPC). Se houver litisconsórcio ativo, caberá ao réu eleger qual deles deve depor em primeiro lugar. Após o depoimento do autor, tomado sem a presença dos outros litigantes que ainda não depuseram (art. 385, § 2º), passa-se à oitiva, se houver, do outro litisconsorte e, em seguida, do réu, observando-se a mesma ordem.

Serão inquiridas, em imediata sequência, as testemunhas arroladas pelo autor, na ordem por ele escolhida, e, em seguida, aquelas arroladas pelo réu (art. 361, III). Deverão ser elas ouvidas separadamente, cuidando-se para que uma não assista ao depoimento da outra (art. 456 do CPC).

Tenha-se presente que, determinada diferente distribuição do ônus da prova, ao ensejo da decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, III, do CPC), o juiz deverá igualmente inverter a ordem de inquirição das testemunhas, ouvindo as do réu e, em seguida, aquelas arroladas pelo autor.

### 191. Palavra pela ordem com autorização judicial

Dispõe ainda o parágrafo único do art. 361 que, durante o depoimento de todas as pessoas acima referidas, certamente para evitar tumulto, os advogados e o representante do Ministério Público não poderão intervir ou apartear sem permissão do juiz.

Frise-se que entre as prerrogativas do exercício profissional do advogado, consoante dispõe o art. 7º, X, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), encontra-se a de: “usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”.

<sup>486</sup> Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 383.

Todavia, deverá exercê-la, quando reputar pertinente, após a autorização do juiz, de forma serena, cordata e em tom de voz condizente.

**Art. 362.** A audiência poderá ser adiada:

I – por convenção das partes;

II – se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;

III – por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

§ 1º O impedimento deverá ser comprovado até a abertura da audiência, e, não o sendo, o juiz procederá à instrução.

§ 2º O juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado ou defensor público não tenha comparecido à audiência, aplicando-se a mesma regra ao Ministério Público.

§ 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas.

*CPC de 1973 – art. 453*

*Comparação jurídica – art. 603º do CPC português*

### 192. Generalidades

Norteadas pelo princípio da cooperação, tão prestigiado pelo novo CPC, as partes deverão envidar todo o esforço para evitar o adiamento da audiência de instrução e julgamento. Nesse sentido, devem elas diligenciar junto à escrivania para que sejam expedidas as cartas de intimação a tempo de chegarem ao seu destino antes da data aprazada para a realização do mencionado ato processual.

Na verdade, excluindo-se a hipótese de ser provocado pelo requerimento conjunto das partes, o adiamento da audiência, que embaraça a marcha normal do processo, somente se justifica em circunstâncias excepcionais, inoperadas, que acabam impondo a redesignação daquele ato.

### 193. Causas determinantes do adiamento da audiência

O art. 362 enumera as situações que determinam a redesignação da data da audiência de instrução e julgamento.

O adiamento decorrente de convenção das partes (inciso I) atende, a um só tempo, à conveniência pessoal dos litigantes ou dos advogados, como também à possibilidade de eventual composição amigável. O novo CPC suprimiu da redação do velho art. 453, I, a locução “... caso em que só será admissível por uma vez”, dando a entender que, pelo art. 363, I, o pedido de adiamento a requerimento conjunto das partes pode ser formulado em mais de uma oportunidade, sendo razoável que seja justificado por motivo consistente.

O requerimento conjunto, por meio de petição, deve ser apresentado ao juiz até antes da abertura da audiência.

Ausente o magistrado, dúvida não há de que a audiência não se realiza, podendo ser ele responsável pelos eventuais prejuízos gerados pelo seu não comparecimento.

A ausência justificada de qualquer uma das pessoas que dela deva necessariamente participar, em particular, de um dos litigantes ou de seu respectivo patrono também constitui motivo para o adiamento (inciso II). Há de ser motivo “realmente poderoso” – aduz ATHOS GUSMÃO CARNEIRO –, grave o suficiente para embasar a redesignação da audiência.<sup>487</sup>

Escreve sobre o tema MOACYR AMARAL SANTOS, procurando esclarecer que “motivo justificado”, no texto da lei, constitui algo inexorável, que implique real impedimento, como doença ou viagem para atender a pessoa da família que esteja enferma.<sup>488</sup>

Não comparecendo a parte por justo motivo, quando intimada para prestar depoimento pessoal, designará o juiz nova data para a realização da audiência, a menos que a parte contrária desista de seu depoimento. Neste caso, a audiência pode ser instalada, uma vez que o litigante ausente deverá estar representado pelo seu patrono.

Se a parte que não compareceu sem motivo justificado deveria se submeter a depoimento pessoal, incide o disposto no art. 385, § 1º, do CPC, aplicando-se-lhe a pena de confesso, podendo o juiz dispensar a produção de outras provas.

Se a parte outorgou poderes a mais de um advogado, o impedimento de um deles por certo não constituirá motivo obstativo da realização da audiência, porque o outro causídico poderá comparecer em tal ato processual.<sup>489</sup>

Ademais, não se configura hipótese de força maior, suficiente a motivar o adiamento da audiência, a coincidência de para o mesmo horário ter sido marcada, ainda que em momento precedente, audiência em outro processo no qual o advogado também seja o único procurador.<sup>490</sup> Não se mostra razoável impor à parte contrária o adiamento de uma audiência, em razão da exclusiva

487 Cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Audiência de instrução e julgamento*, p. 101.

488 *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 384.

489 TJSP, 11ª Câmara. Dir. Públ., AgrInstr 2204795-46.2014.8.26.0000, rel. Des. OSCILDO DE LIMA JÚNIOR, v.u., j. 12/5/2015: “Pretensão de redesignação de audiência de oitiva de testemunha a que a advogada da autora não pôde comparecer, por estar doente – Pedido indeferido – Parte representada por dois procuradores – Possibilidade de representação por um deles na impossibilidade de comparecimento do outro”.

490 ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Audiência de instrução e julgamento*, p. 101-102.

conveniência do advogado. Tal situação, que, de fato, ocorre na prática, deve ser solucionada pelo bom senso, procurando o patrono o seu colega, advogado da outra parte, ou mesmo o juiz da causa, para tentar contornar o problema de ordem profissional.

O não comparecimento justificado do perito ou de uma testemunha não é causa suficiente para o adiamento da audiência, que pode ser instalada e, se for o caso, cindida, para continuação em subsequente oportunidade (art. 365 do CPC).

A ausência deve ser informada e justificada até a abertura da audiência, logo após o pregão. Se iniciado o ato sem qualquer comunicação, o juiz procederá à instrução (art. 362, § 1º).

Dependendo das circunstâncias, como, por exemplo, o não comparecimento injustificado ou reiterado do advogado de uma das partes, poderá até provocar a dispensa da produção das provas por ela requeridas. Esta mesma disposição é aplicada na hipótese de ausência do defensor público ou do representante do Ministério Público (art. 362, § 2º).

Ressalte-se, por outro lado, que, se o representante do Ministério Público, devidamente intimado, deixar de comparecer à audiência, o juiz consignará na ata a sua ausência e a audiência se realizará dentro da normalidade. Contudo, se o membro do *Parquet* não foi intimado, o ato deve ser renovado, porque implicativo da nulidade do processo.

O atraso injustificado por mais de 30 minutos é, igualmente, motivo mais do que razoável para o adiamento da audiência. O inciso III do art. 362 do CPC tem por objetivo emprestar respeito às partes e aos seus procuradores, uma vez que, na praxe forense, em muitas ocasiões, ficam eles nas dependências da sede do juízo durante tempo excessivo, bem depois da hora designada, aguardando o pregão para o início da audiência que lhes interessa.

Reza, aliás, o art. 7º, XX, do Estatuto da Advocacia que, dentre os direitos do advogado, encontra-se aquele de: “retirar-se do recinto onde se encontra aguardando pregão para ato judicial, após 30 minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo”.

#### 194. Responsabilidade pelas despesas

Por fim, traçando regra de todo compreensível, o § 3º do art. 362 do CPC imputa a quem deu causa ao adiamento a responsabilidade pelas despesas decorrentes. Assim, todas as custas que forem necessárias para o cartório providenciar novas intimações deverão ser recolhidas pelo responsável, que inclusive terá de indenizar eventual testemunha, presente na data da audiência adiada, pelos gastos que incorreu.

**Art. 363.** Havendo antecipação ou adiamento da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinará a intimação dos advogados ou da sociedade de advogados para ciência da nova designação.

*CPC de 1973 – sem dispositivo correspondente*

*Comparação jurídica – art. 603º do CPC português*

### 195. Generalidades

Abrindo-se uma janela na pauta do expediente do juízo ou mesmo em situações excepcionais, a requerimento de uma ou de ambas as partes, o juiz, velando sempre pela duração razoável do processo (art. 139, II, do CPC), poderá determinar a antecipação da data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

Mais frequente, contudo, por inúmeras razões de força maior, que se verificam sobretudo em grandes comarcas (manifestações populares, falta de energia etc.), é o adiamento da audiência.

Tanto na antecipação quanto no adiamento da audiência, o juiz deverá observar o comando, já examinado, do § 9º do art. 357 do CPC, mantendo, quando for o caso, o intervalo mínimo de uma hora entre as audiências.

Em ambas as situações, o juiz deve ordenar a intimação dos advogados das partes ou da sociedade de advogados por eles integrada, nos termos do art. 272 do CPC, cientificando-os da nova data e horário para os quais foi redesignada a audiência. Devem igualmente ser intimados, quando atuarem no processo, o defensor público e o representante do Ministério Público.

É evidente que, se a audiência não puder ser realizada pela ausência justificada de quem dela deveria participar, todos os demais presentes serão pessoalmente intimados da respectiva redesignação na própria sala de audiências. O juiz então, de ofício ou a requerimento da(s) parte(s), determinará a intimação daquele ou daqueles que não compareceram, por motivo justificado, para cientificá-los da nova data.

### 196. Nulidade decorrente da falta ou da inexistência da intimação

A falta de intimação referente à redesignação da audiência, que configura cerceamento de defesa, inquina o processo de vício insanável.

O Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a decretação da nulidade, nesta situação, é regida pelo princípio *pas de nullité sans grief*, devendo, portanto, resultar prejuízo ao litigante.<sup>491</sup>

491 3ª T., AgRg no Agravo em REsp 285.000-RJ, rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, v.u., DJe 17/11/2014.

Ademais, quando houver necessidade de intimação por via eletrônica ou pela imprensa oficial, sob pena de nulidade (art. 280 do CPC), deverão ser observadas as formalidades exigidas nos §§ 2º a 5º do art. 272 do CPC.

Tenha-se presente que o novo CPC não repetiu a regra do art. 242, § 2º, agora revogada, que contemplava, na hipótese de antecipação da audiência, a intimação pessoal dos advogados.

**Art. 364.** Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.

**§ 1º** Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

**§ 2º** Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

*CPC de 1973 – art. 454*

*Comparação jurídica – art. 440 do NCPC francês; art. 201 do CPC italiano; art. 433 da LEC espanhola; art. 604º do CPC português; art. 232 do SZO suíço*

### 197. Generalidades

Produzida a prova oral na audiência e não havendo que se aguardar qualquer complementação da instrução da causa ainda pendente em outro juízo, como, e.g., a oitiva de testemunha por meio de carta precatória, encontra-se encerrada a fase probatória.

Cumpre lembrar que, neste estágio do procedimento, além da prova colhida na audiência de instrução e julgamento, todas as demais, ou seja, a documental e a pericial, quando esta foi deferida, já devem ter sido oportunamente produzidas.

### 198. Debates orais

Passa-se, assim, em imediata sequência, aos debates orais, momento reservado às partes para manifestação abreviada das razões que lhes pareçam mais relevantes, seja em relação aos fatos seja quanto aos fundamentos jurídicos de suas respectivas posições. Estes debates constituem uma das características

mais marcantes do processo oral, “em que se assinala a importância do princípio da oralidade”.<sup>492</sup>

Assevera FERNANDO LUSO SOARES que não há previsão legal acerca da estrutura das alegações dos advogados em matéria de fato. Os argumentos expendidos, como parte verdadeiramente discussória da audiência, devem procurar destacar os pontos positivos da prova oral que acabou de ser produzida. É certo que as alegações de alguns advogados serão mais objetivas, mais elegantes, mais persuasivas, e, assim, mais convincentes que as de outros. A arte e o talento de argumentar são pessoais. Todavia, sem descuidar da oratória, deve ser preocupação de cada patrono das partes a análise crítica da prova com referência a cada fato probando. Só assim os advogados logram transmitir ao juiz a impressão sobre o *provado* ou *não provado* de cada questão de fato.<sup>493</sup>

Como o réu sempre fala por último, o juiz concederá a palavra primeiramente ao advogado do autor, ao do réu e, por fim, ao representante do Ministério Público, quando atuar no feito. É claro que, se o membro do *Parquet* estiver participando na qualidade de autor, deverá fazer uso da palavra antes do réu.

O *caput* do art. 364 do CPC fixa ainda o prazo sucessivo de 20 minutos para cada um sustentar as suas razões. Este prazo poderá ser prorrogado, a critério do magistrado, por mais 10 minutos.

No entanto, se houver litisconsórcio ativo ou passivo, ou ainda terceiro que tenha adquirido a condição de parte, a ordem é preservada, mas aquele prazo, já prorrogado, vale dizer, de 30 minutos, será dividido entre os patronos “do mesmo grupo”, isto é, que estejam atuando no interesse convergente dos mesmos litigantes, desde que não tenham convencionado de forma diferente (art. 364, § 1º).

Assiste razão a MOACYR AMARAL SANTOS<sup>494</sup> quanto à crítica que lançou acerca da exiguidade do prazo então previsto no art. 454 do diploma revogado (20 + 10 = 30 minutos), entendendo que, em tal situação, deveria incidir a regra que duplica os prazos.

Idêntico lapso temporal, como visto, foi mantido no CPC agora vigente, cabendo, portanto, aquela mesma censura, com a sugestão ao juiz para que aplique o art. 229 do CPC (prazo em dobro), a possibilitar uma defesa oral um tanto mais eficiente.

492 MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 386.

493 *Processo civil de declaração*, p. 811.

494 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 387.

## 199. Substituição dos debates orais pela apresentação sucessiva de memoriais escritos

### 199.1. As “razões finais escritas” em nossa tradição jurídica

Com enunciado bem mais aperfeiçoado, o § 2º do art. 364 do CPC repetiu o § 3º do revogado art. 454, determinando que, diante de questões complexas de fato e de direito emergentes da causa, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas.

Assinale-se que, sob a égide do CPC de 1973, em reiteradas ocasiões, a praxe forense mal interpretava a aludida regra, fazendo com que as partes apresentassem os arrazoados finais num mesmo momento, isto é, simultaneamente.

Examinando as nossas leis anteriores, iremos observar que outra, bem outra, era a orientação por elas perfilhada no tocante à apresentação das “razões” ou “alegações finais”.

Com efeito, seguindo a estrutura procedimental traçada pelo direito reinol, especialmente pelas Ordenações Filipinas, o Regulamento n. 737/1850, destinado a disciplinar o processo das causas de natureza comercial, e que, após a proclamação da República, *ex vi* do disposto no Decreto n. 763/1890, passou a ser igualmente observado nos processos atinentes às questões cíveis, preceituava no art. 223: “Na mesma audiência em que se derem por findas as dilações a requerimento das partes, se assignarão dez dias a cada uma dellas para dizerem afinal por seu advogado, dizendo primeiro o autor e depois o réu”.

Aduzia, sobre a questão, PAULA BAPTISTA que “findas as dilações probatórias seguem-se as razões finais, que são uma dissertação que cada uma das partes faz, sustentando seu direito com argumentos fundados nas provas dos autos e na lei, e refutando as provas e argumentos contrários. São um ótimo meio de discussão; mas não ato substancial... Deve o autor arrazoar primeiro que o réu, guardada a regra: *Reus in exceptione actor est*”.<sup>495</sup>

Realçando, a seu turno, o escopo da manifestação derradeira dos litigantes, aduzia MORAES CARVALHO que, encerrado “o lançamento das provas, o escrivão continua vista dos autos aos advogados das partes para formarem suas alegações, devendo primeiro continuá-la ao do autor, e depois ao do réu”.<sup>496</sup>

Tempos depois, influenciado pela disciplina imposta pelo Código do Estado da Bahia (arts. 288 e 293), o qual, por sua vez, já sentira os ventos da oralidade que sopravam do Velho Continente, o diploma do Estado de Minas

495 *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial*, p. 164. Consulte-se, para uma resenha histórica mais aprofundada, TUCCI e CRUZ E TUCCI, *Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais*, in *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, p. 87 e segs.

496 *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro*, p. 165-166.

Gerais (Lei n. 830, de 7-9-1922), assegurava, no art. 368, a possibilidade da apresentação de “razões finais”, sucessivas e escritas, no prazo de 10 dias para cada uma das partes, prevendo, no art. 371, o debate oral: “Devolvidos a cartório e preparados os autos para julgamento, designará o juiz, si o requerer alguma das partes e com a intimação dos respectivos advogados, a audiência destinada ao debate oral, que se effectuará dentro dos dez dias seguintes”.

A regra da oralidade vinha, então, defendida de modo obstinado por ARTHUR RIBEIRO, autor do Projeto do Código mineiro, ao salientar, na discussão que precedeu a sua promulgação, que: “na exposição de motivos já dei a razão por que entendi introduzir na economia do nosso Direito Judiciário o instituto do debate oral, nos termos em que, com melhores resultados, foi estabelecido na legislação bahiana...”.<sup>497</sup>

Conclui-se, pois, à luz da tradição jurídica brasileira, que as “razões finais”, por escrito ou em forma de debate oral, sempre foram apresentadas, como é curial, sucessivamente, isto é, ensejando-se a que o réu se manifestasse após conhecer o teor das alegações do autor, em estrita observância das regras do contraditório e da publicidade dos atos processuais.

Com o restabelecimento da unidade legislativa em matéria processual (art. 16, XVI, da CF/1937), vem editado o nosso primeiro CPC de abrangência nacional.

No que se refere ao assunto ora examinado, dispunha o art. 269 que: “Terminada a instrução, o juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral. Em seguida, será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz”.

Todavia, a regra da oralidade, então plenamente acatada no diploma de 1939, passou a ser inobservada na prática nas hipóteses de incidência do parágrafo único do art. 271, que, a seu turno, preceituava o seguinte: “Se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de 10 (dez) dias, a fim de publicar a sentença”.

Consoante esclarecimento de FREDERICO MARQUES, quando a decisão não era prolatada na audiência de debates, a oralidade vinha desvirtuada, uma vez que os “memoriais escritos substituíram, quase que totalmente, a discussão oral da causa”.<sup>498</sup>

É bem de ver, por outro lado, que, em tais casos, não era só a oralidade que se delineava comprometida, como também infringidos restavam o

contraditório e a publicidade do debate, porquanto os memoriais, à guisa de razões finais, passaram a ser apresentados, simultaneamente, em cartório.

Como bem vaticinara GABRIEL DE REZENDE FILHO, em decorrência do procedimento adotado pelo Código, “acontecerá, na prática, aquilo a que, com chiste se referiu ilustre comentador do Projeto nas colunas do ‘Estado de S. Paulo’: ... o debate escrito, posto fora pela porta da sala das audiências, voltará aos autos pela porta dos cartórios...”.<sup>499</sup>

O CPC de 1973, seguindo a melhor tradição de nosso direito, estabelecia no art. 454 e § 3º que: “Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) a critério do juiz... § 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento”.<sup>500</sup>

Nota-se, de logo, que, desde a tramitação legislativa, a letra e o espírito do dispositivo focado vinham mal interpretados (alvitre de inusitado sigilo – repita-se!), com a agravante da prática de entrega simultânea de memoriais que se formara sob a égide do CPC de 1939.

Os mais comezinhos princípios de hermenêutica jurídica evidenciam que o parágrafo de um dispositivo legal não pode ser interpretado isoladamente, isto é, sem se considerar o seu *caput*. Pelo método sistemático, o exegeta deve partir, para bem interpretar as leis, da conexidade entre as partes de um mesmo preceito, e entre este e outros dispositivos do mesmo diploma legal. A compreensão inteira da norma resulta de seu contexto global e jamais de uma parte apenas truncada.<sup>501</sup>

Assim, como os debates são realizados sucessivamente, a substituição destes por memoriais, na hipótese de a causa apresentar questões fáticas ou jurídicas intrincadas, também deverá ser sucessiva, e não simultânea!

É, com efeito, de PEREIRA E SOUZA a vetusta e irrepreensível afirmação de que: “O privilégio do réu, ou de quem faz as vezes de réu, é sempre dizer em último lugar”.<sup>502</sup>

499 A reforma processual, in *Processo oral*, p. 204.

500 A redação do transcrito § 3º decorre de emenda apresentada pelo Relator-Geral do Projeto, Sen. ACCIOLY FILHO, ao então § 3º do art. 458, substituindo a locução “designará audiência para o seu oferecimento”, por “designará dia e hora para o seu oferecimento”, justificando a sugestão nos seguintes termos: “Um único juiz não fará ‘audiência’ para receber os memoriais. A fim de uma das partes não poder ler o memorial da outra, que o entregará antes, marcando-se dia e hora para todos resolver-se o assunto”.

501 Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 167.

502 *Primeiras linhas sobre o processo civil, acomodadas ao foro do Brasil*, p. 211, nt. 573.

497 *Código de Processo Civil (com anotações de Arthur Ribeiro)*, p. 113.

498 *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 507.

Acrescente-se que essa é regra de caráter universal, não apenas no âmbito do processo penal (art. 500 do CPP) como, igualmente, na esfera do processo civil.<sup>503</sup>

A doutrina pátria, contudo, influenciada pela praxe do regime anterior, interpretava o aludido § 3º como se o legislador tivesse imposto, quando o juiz reputasse necessário, o oferecimento contemporâneo de razões escritas.

Assim, escreve WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL que a lei não esclarece se o oferecimento será feito por ambas as partes, simultaneamente, ao próprio juiz, em seu gabinete, ou se a entrega poderá ser feita em cartório. Esta última forma será, certamente, a que se adotará na prática.<sup>504</sup> Quanto ao modo de apresentação sugerido pelo ilustre processualista, nada há a aduzir; todavia, a simultaneidade explicitada fica, com a devida vênia, por sua exclusiva conta...

Por sua vez, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em conhecida monografia dedicada à audiência de instrução e julgamento, mesmo fazendo referência aos antecedentes históricos da verba legislativa examinada, acompanha a doutrina, sem qualquer alusão ao problema ora focado.<sup>505</sup>

Como é fácil perceber, e de logo ressaltado, os doutrinadores mais autorizados acomodaram-se à praxe, deixando de vislumbrar o óbvio...

## 199.2. Precisa redação do art. 364, § 2º, do CPC

Assim, para eliminar qualquer dúvida e considerando a orientação central do CPC quanto à irrestrita observância da bilateralidade da audiência, merece destaque positivo o enunciado do § 2º do art. 364, ao estabelecer, com meridiana clareza, que as razões finais escritas deverão ser oferecidas pelas partes e, inclusive pelo Ministério Público, quando tiver intervindo no processo, “em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos”.

Isso significa que, após a apresentação do memorial do demandante, deverá ser ele juntado aos autos, e só então se abrirá vista ao réu, para que ofereça as suas alegações finais.

Havendo litisconsortes ou terceiros intervenientes, como bem lembra FLÁVIO YARSELL, diante da omissão do texto legal, tem incidência a regra do *caput* do art. 364, atinente ao tempo dos debates orais, dividindo-se o prazo

entre os integrantes do polo ativo ou passivo, sem dilatação do interregno de 15 dias, sobretudo se os autos forem eletrônicos.<sup>506</sup>

**Art. 365.** A audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes.

**Parágrafo único.** Diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia, o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial.

*CPC de 1973 – art. 455*

*Comparação jurídica – art. 606º do CPC português*

## 200. Generalidades

Com o inescandível propósito de manter coerência com a regra da concentração, o legislador mantém mônedas as várias etapas da audiência de instrução e julgamento, devendo todos os atos, de diversa natureza, que a compõem ser realizados na mesma sessão. Por esta razão é que a audiência será una e contínua, iniciando-se e se encerrando, quando for possível, num único dia.

Todavia, diante de determinados obstáculos, como, por exemplo, o não comparecimento do perito, intimado a prestar esclarecimento, ou de alguma testemunha, o ato da audiência poderá ser interrompido, para continuação em outra oportunidade, desde que haja consenso entre as partes.

Isso significa que a audiência pode ser iniciada na data designada, procedendo-se de forma normal, inclusive com a produção de prova oral, em ordem diferente daquela preestabelecida no art. 361.

Como acima visto, no comentário a esse dispositivo do novo CPC, a ordem da colheita da prova descortina-se apenas preferencial, visto que nada impede que as partes, de comum acordo, alterem-na procurando afastar a sempre indesejada redesignação da audiência.

Não havendo consenso entre os litigantes, se o juiz vislumbrar comportamento voltado a procrastinar a marcha do processo, sem que haja ponderação razoável de uma das partes, deverá intervir para evitar o adiamento da audiência.

## 201. Continuação da audiência em data próxima

Embora una e contínua, a audiência pode ser interrompida por razões inexoráveis, quando não for possível ultimar, numa única sessão, todas as suas

503 V., e.g., ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 109-110; W. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 360: “Chaque partie peut de même discuter le résultat d’une instruction pour tenter de dissiper l’impression défavorable qui en résulte, ou pour l’exploiter en sa faveur”.

504 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 476-477.

505 *Audiência de instrução e julgamento*, p. 96-97.

506 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5, p. 382.

etapas, seja porque o tempo tornou-se exaurido, dentro do horário forense, seja pela ausência justificada de uma das pessoas que dela deveriam participar.

Suspensa a audiência, o juiz determinará o seu prosseguimento em data próxima, designando-a em pauta preferencial.

Ressalta, nesse particular, MOACYR AMARAL SANTOS<sup>507</sup> que, como se trata de continuação da audiência de instrução e julgamento, considerando-se que esta se norteia pelos regramentos da concentração e da imediatidade, é de se recomendar que, tais sejam as circunstâncias, alguma outra audiência, em outro processo, tenha de ser sacrificada, ficando prejudicada com a sua redesignação; porque, do contrário, o *dia próximo*, principalmente nas grandes comarcas, será por certo tão distante, pondo a perder as virtudes da oralidade.

O escrevente da sala de audiências deverá intimar, de logo, as partes e os seus patronos da data e horário de sua continuação, e o juiz determinará a intimação do ausente – v.g., perito, testemunha –, com a observância das formalidades legais, cabendo à parte a quem interessa a oitiva daquele providenciar os meios necessários para a efetivação do respectivo ato de comunicação processual.

**Art. 366.** Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.

*CPC de 1973 – art. 456*

*Comparação jurídica – art. 447 do NCPC francês; art. 190-bis do CPC italiano; art. 434 da LEC espanhola; art. 607º do CPC português; art. 236 do SZO suíço*

## 202. Generalidades

Ultimando-se a participação dos litigantes no ato da audiência, com os debates orais, o processo encontra-se no estado de receber sentença, a ser proferida, em imediata sequência, pelo mesmo juiz que dirigiu a produção da prova e presenciou a discussão da causa.

Sendo assim possível, o magistrado ditará a sentença ao escrevente, observando os seus requisitos formais, enumerados no art. 489 do CPC. Caso o juiz não tenha condições de julgar a demanda na própria audiência, determinará que os autos lhe venham conclusos para proferir sentença.

Ademais, se os debates forem substituídos pela entrega de razões finais escritas, a audiência será encerrada, sendo que aquelas deverão ser apresentadas em cartório, no prazo fixado no § 2º do art. 364 do CPC.

Encerrado o prazo para o oferecimento de memoriais, com ou sem eles, os autos serão conclusos ao juiz.

507 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 389.

O mesmo art. 366 estabelece o prazo (impróprio) de 30 dias para que o juiz prolate a sentença, a qual será publicada na imprensa oficial, para fins de intimação, de acordo com o art. 1.003 do CPC.

## 203. Abandono da regra da identidade física do juiz

Deixando de acolher todos os corolários do processo oral, como acima esclarecido, o legislador não repetiu no novo CPC a preceituação do revogado art. 132. Desse modo, não mais vigora em nosso sistema processual civil a regra da identidade física do juiz, podendo então a sentença, em princípio, ser proferida por juiz diferente daquele que presidiu a audiência de instrução e julgamento.

Na verdade, os nossos tribunais já vinham flexibilizando a exigência da identidade física do juiz, para atender, com maior efetividade, ao princípio da duração razoável do processo, como se infere, v.g., de importante precedente da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, depois confirmado em inúmeros outros arestos, mantendo-se tal orientação até a presente data, textual: “Na forma do art. 132 do CPC [de 1973], o magistrado que concluir a audiência só não julgará a lide se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que a passará ao seu sucessor. Sob esse enfoque, a Corte Especial deste Tribunal, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 624.779-RS, de relatoria do Ministro Castro Filho, firmou entendimento no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto, podendo o juiz titular ser substituído por seu sucessor nas hipóteses previstas no art. 132 do CPC, entre as quais está incluída a expressão ‘afastado por qualquer outro motivo’, a partir da qual pode-se considerar o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção/mutirão, que visa a agilização da prestação jurisdicional. Além disso, a jurisprudência entende que a simples alegação de afronta ao referido dispositivo legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, porquanto imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente sofrido. No caso em foco, verifica-se da leitura dos fundamentos do acórdão recorrido que, indubitavelmente, foram levados em consideração os elementos probatórios produzidos nos autos, dentre eles, documentos, prova testemunhal e pericial, de modo que, em assim sendo, não há como vislumbrar qualquer prejuízo ao recorrente. E, sem prejuízo, não há nulidade. Com efeito, desde que não haja prejuízo para nenhuma das partes, consoante ocorre na espécie, o princípio do juiz natural pode ser flexibilizado, a fim de conferir efetividade ao Judiciário, como nas hipóteses de mutirões...”<sup>508</sup>

A alteração legislativa agora verificada, certamente, deveu-se a algumas circunstâncias que ensejavam enorme atraso na marcha do processo, quando

508 REsp 380.466-PR, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, v.u., DJe 22/10/2009.

observada com excessivo rigor a referida norma legal. Mas nem por esta razão, é claro, as causas deixarão de ser julgadas pelo mesmo juiz. Dúvida não persiste quanto às vantagens, veementemente defendidas por CHIOVENDA, no sentido de que a impressão recebida pelo juiz que assistiu aos atos orais, em contato direto com as partes e testemunhas, não pode ser transmitida a outro magistrado, encarregado de julgar a causa: “se o processo foi oral perante o juiz que colheu a prova, torna-se escrito para o que vai decidir!”<sup>509</sup>

Saliente-se, outrossim, que a despeito de ter sido abolida a identidade física, o novo juiz que for proferir sentença, se entender necessário, poderá determinar a repetição de alguma prova oral já produzida.

**Art. 367.** O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

**§ 1º** Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio.

**§ 2º** Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o membro do Ministério Público e o escrivão ou chefe de secretaria, dispensadas as partes, exceto quando houver ato de disposição para cuja prática os advogados não tenham poderes.

**§ 3º** O escrivão ou chefe de secretaria trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência.

**§ 4º** Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código, em legislação específica e nas normas internas dos tribunais.

**§ 5º** A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

**§ 6º** A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

*CPC de 1973 – art. 457*

*Comparação jurídica – art. 235 do SZO suíço*

## 204. Generalidades

Valendo-se da mesma técnica prevista no diploma revogado, o novel legislador disciplina a documentação de todas as vicissitudes verificadas na audiência de instrução e julgamento, inclusive no que respeita ao processo eletrônico.

Assim, além do registro da presença e da identificação dos participantes do ato, o escrevente de sala inserirá no “termo de audiência”, sob ditado do juiz,

um resumo de tudo de relevante que ocorreu na audiência, bem como a íntegra de todas as decisões e da sentença, quando proferida esta na mesma sessão.

## 205. Documentação em autos físicos

O juiz rubricará as respectivas folhas, devendo o termo ser subscrito pelo juiz, advogados, representante do Ministério Público, quando tiver intervindo, e pelo escrivão ou escrevente de sala. O termo será encadernado em volume próprio, ficando armazenado no arquivo do cartório (art. 367, § 1º).

Se do termo de audiência constar qualquer ato de disposição para o qual os patronos não detenham poder específico, as partes deverão subscrevê-lo (art. 367, § 2º).

Suponha-se, por exemplo, que as partes celebrem transação sobre alguma parcela do objeto litigioso. Ainda que os advogados tenham sido investidos de poderes para transigir, como as partes se encontram presentes, recomenda-se que elas também assinem o termo.

O escrivão providenciará o traslado, para os autos do processo, de cópia autêntica do termo de audiência.

Se a audiência tiver prosseguimento em outra sessão, lavrar-se-á novo termo.

## 206. Documentação em autos eletrônicos

Atento à inexorável transição do paradigma do processo físico para o do processo eletrônico, o legislador estabelece, no § 4º do art. 367, que a documentação da audiência de instrução e julgamento, quando eletrônicos os autos, deverá observar a respectiva disciplina, prevista no CPC, em lei específica a ser editada e, ainda, nas normas internas dos tribunais.

Seja como for, nos domínios do processo eletrônico, o termo de audiência será igualmente reproduzido nos autos virtuais.

## 207. Registro da audiência em vídeo e áudio

Com os olhos voltados para a modernidade, o § 5º do art. 367 contempla significativa novidade, ao autorizar a gravação por imagem e áudio, por meios técnicos adequados, da audiência de instrução e julgamento, sujeitando-se igualmente à normativa própria.

Esta possibilidade, já cogitada há alguns anos, fica condicionada à garantia de rápido e fácil acesso pelo juiz e pelas partes.

Aduza-se que o texto legal em apreço não especifica quem é que fornecerá, se e quando implantada tal faculdade, o aparato técnico para o apontado registro em vídeo e áudio. Considerando a regra do subsequente § 6º, tudo leva a crer que a gravação aqui contemplada tenha um cunho oficial, ficando

<sup>509</sup> *Procedimento oral*, p. 60.

à disposição do juízo e das partes, em cartório, se os autos forem físicos, ou em algum *link* do processo eletrônico.

Isso significa que, no futuro, as salas de audiência serão dotadas dos artefatos eletrônicos exigidos para a alvitrada finalidade.

### 208. Autorização *ope legis* da gravação da audiência

Para pôr fim a discussões que ainda hoje ocorrem na sala de audiências, o § 6º do art. 367 permite, com meridiana clareza, que qualquer uma das partes, *independentemente de autorização judicial*, proceda à gravação em imagem e/ou em áudio da audiência de instrução e julgamento.

Nesse caso, como parece evidente, a parte é que deverá providenciar, com a necessária discricção, o aparelhamento necessário para a referida gravação.

**Art. 368.** A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais.

*CPC de 1973 – art. 444*

*Comparação jurídica – art. 433 do NCPC francês; art. 128 do CPC italiano; art. 138 da LEC espanhola; art. 606º do CPC português; § 357 do ZPO alemão; art. 54 do SZO suíço*

### 209. Generalidades

A publicidade e o dever de motivação estão consagrados, pela moderna doutrina processual, na esfera dos direitos fundamentais, como pressupostos do direito de defesa e da imparcialidade e independência do juiz.

A publicidade do processo constitui um imperativo de conotação política, introduzido, nos textos constitucionais contemporâneos, pela ideologia liberal, como verdadeiro instrumento de controle da atividade dos órgãos jurisdicionais.

É por essa razão que os especialistas têm destacado sua respectiva importância, como, e.g., STALEV, ao afirmar que a publicidade consubstancia-se numa “garantia para o procedimento legal e imparcial dos tribunais, tanto como a veracidade das alegações das partes e das testemunhas, devido à influência disciplinadora propiciada pela possibilidade que concede ao povo de vigiar os atos e termos do processo. Ao mesmo tempo, a publicidade desvela a vertente pedagógica da justiça. No mundo, a publicidade é a mais adequada técnica para uma boa justiça e um dos melhores meios para a educação jurídica da sociedade”.<sup>510</sup>

<sup>510</sup> Fundamental Guarantees of Litigation in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People’s Democracies, in *Fundamental Guarantees of the Parties in*

Na mesma linha, COUTURE, ao conceber a publicidade e transparência dos atos processuais como a própria essência do modelo democrático de governo, acrescenta que representa ela um elemento necessário “para a aproximação da justiça aos cidadãos”.<sup>511</sup>

Na verdade, já agora segundo assevera FAIRÉN GUILLÉN, a garantia em tela vem baseada na exigência política de evitar a desconfiança popular na administração da justiça, até porque a publicidade consiste num mecanismo apto a controlar a falibilidade humana dos juízes; num meio pelo qual o povo supervisiona a atuação do Poder Judiciário; num instrumento para fomentar o interesse popular pela justiça.<sup>512</sup>

No que concerne à garantia da publicidade, verifica-se, de logo, que o novo diploma processual, além de manter-se fiel aos dogmas clássicos do processo liberal, assegurando, como regra, a *publicidade absoluta* ou *externa*,<sup>513</sup> mostra considerável aperfeiçoamento em relação à legislação revogada.

Em primeiro lugar, como norma de caráter geral, praticamente repetindo o mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF), dispõe o art. 11, *caput*, que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

### 210. Publicidade da audiência

Acrescente-se que o último dispositivo do capítulo intitulado *Da Audiência de Instrução e Julgamento* – art. 368 do CPC –, de forma incisiva (e até

*Civil Litigation*, org. CAPPELLETTI e TALLON, p. 406. Cf., ainda, TUCCI e CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, p. 76, à qual me reporto parcialmente no presente comentário. V., a propósito, JOAN PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 116 e segs.; e, na literatura pátria, ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA, *A garantia processual da publicidade*, coord. BEDAQUE e CRUZ E TUCCI, p. 86 e segs.

<sup>511</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 87.

<sup>512</sup> Un proceso actual, oral, concentrado y económico: él del Tribunal de las Aguas de Valencia, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. 4, p. 2.859.

<sup>513</sup> É aquela que autoriza o acesso, na realização dos respectivos atos processuais, não apenas das partes, mas ainda do público em geral; *publicidade restrita* ou *interna*, pelo contrário, é aquela na qual alguns ou todos os atos se realizam apenas perante as pessoas diretamente interessadas e seus respectivos procuradores judiciais, ou, ainda, somente com a presença destes.

Observa-se, pois, que a doutrina processual mais recente abandonou a utilização (aliás, atécnica e de todo inapropriada) da expressão “segredo de justiça”. Prefere-se, pois, o emprego das locuções “regime de publicidade absoluta” e “regime de publicidade restrita”. V., e.g., TOME GARCÍA, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, p. 116; FAIRÉN GUILLÉN, *Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político*, p. 325.

redundante), reza que: “A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais”.

É dizer, a audiência de instrução e julgamento, assim como todas as demais, será realizada a portas abertas, *coram populo*, para conhecimento difuso de todos, ainda que sem o menor interesse na demanda, cabendo sempre ao juiz manter a ordem e o decoro, exercendo o seu inerente poder de polícia (art. 360 do CPC).

Como bem lembra ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, se a audiência for realizada em sigilo, sem que incida a regra impositiva da publicidade restrita, ainda que com a presença das partes e de seus advogados, estará ela acoimada de nulidade, expressamente prevista no art. 93, IX, do texto constitucional.

### 211. Restrição legal à publicidade

Como exceção do significativo princípio da ampla publicidade, há situações nas quais sobrepuja algum interesse relevante – público ou particular –, impondo-se restrições àquele.

É por esta razão que o parágrafo único do suprarreferido art. 11 do CPC preceitua que: “Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público”.

Coerente com esta premissa, dispõe o art. 189 do CPC: “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio ou separação”.

Embora mais aperfeiçoado, o novel texto manteve, em linhas gerais, a regra do art. 155 do CPC revogado.

Cabem aqui, pois, algumas observações. Nota-se que o art. 189 continua utilizando, como já visto, a anacrônica expressão “segredo de justiça”, ao invés daquela muito mais técnica, qual seja, “regime de publicidade restrita”.

Ademais, o interesse a preservar, muitas vezes, não é apenas de conotação “pública”, mas, sim, “privada” (por exemplo, casos de erro médico, nos quais

a prova produzida pode vulnerar a dignidade da pessoa envolvida),<sup>514</sup> ou seja, de um ou de ambos os litigantes, devendo o juiz, norteado pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal, valer-se do princípio da proporcionalidade, para determinar a “publicidade restrita” na tramitação do respectivo processo. Observe-se que a própria Carta Magna autoriza a limitação da publicidade para proteger a intimidade das partes.<sup>515</sup>

Andou bem o legislador ao zelar, de forma expressa (art. 189, III, do CPC), pela garantia constitucional da privacidade/intimidade de informações respeitantes às partes ou mesmo a terceiros (art. 5º, XII, da CF). Mas isso não basta. Há também outros dados, que, embora não preservados pela mencionada garantia, quando revelados, em muitas circunstâncias, acarretam inequívoco prejuízo a um dos litigantes. Refiro-me, em particular, às ações concorrenciais, às que têm por objeto dados atinentes à propriedade intelectual, ao segredo industrial, ao cadastro de clientes etc. Estas informações, igualmente, merecem ser objeto de prova produzida em “regime de publicidade restrita”.

Lembre-se, outrossim, de que, além das situações arroladas no supratranscrito art. 189, o CPC também permite excepcionalmente que se realizem *inaudita altera parte* inúmeros atos processuais, como, v.g., preveem vários dispositivos, uma vez que o interesse preponderante é do próprio requerente, cuja tutela jurisdicional pleiteada poderia sofrer o risco de ineficácia sempre que a outra parte pudesse ter prévio conhecimento da efetivação daquela (por exemplo, art. 300).

Quanto à audiência de instrução e julgamento, nestas situações, a despeito de todos os seus respectivos participantes serem apregoados de viva voz e publicamente, será ela realizada em regime de publicidade restrita, isto é, a portas cerradas, permanecendo na sala, além do juiz e do escrevente, as partes, os advogados e o membro do Ministério Público, quando tiver intervindo na causa.

514 Cf., também, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 71, ao enfatizar que: “Hoje em dia, os respeitáveis interesses do Estado em que se ignore a posição de certos serviços estratégicos, bem como os dos particulares... são tão dignos de proteção quanto o decoro e a moralidade pública”. V., sobre o tema, LUIGI MONTESANO, “Pubblico” e “privato” in norme del Codice Civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 2, p. 15 e segs. Aduza-se, por outro lado, que, a teor de acórdão da 4ª T. do STJ, de relatoria do Min. FERNANDO GONÇALVES, no julgamento do REsp 253.058-MG, v.u., DJe 8/3/2010, restou assentado que: “Nos casos de pessoas públicas, o âmbito de proteção dos direitos da personalidade se vê diminuído, sendo admitidas, em tese, a divulgação de informações aptas a formar o juízo crítico dos eleitores sobre o caráter do candidato”.

515 Art. 5º, LX, da CF: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.