

Coordenação
SILAS SILVA SANTOS
FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA
MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO
ANTONIO RIGOLIN

COMENTÁRIOS AO

CÓDIGO DE
P
PROCESSO
CIVIL

Perspectivas da Magistratura

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

ERRATA

Nas páginas 426 e 427 **desconsiderar** os trechos que constam em destaque:

Art. 362

Comentários ao Código de Processo Civil

Antes, na vigência do CPC/73, a parte, por intermédio de seu advogado, perguntava ao juiz, que reperguntava à testemunha. A resposta era dirigida ao juiz para ser reduzida a termo, ou seja, para ser documentada.

Incumbe ao juiz promover o controle das perguntas formuladas. Não serão admitidas aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

A *ratio legis* quer impedir eventuais distorções entre aquilo que efetivamente foi respondido pela testemunha e o que de fato constou no registro da ata de audiência. E mais. A norma busca abreviar e simplificar o ato, conferindo à parte o encaminhamento das perguntas às testemunhas, enquanto competia ao juiz o controle da validade e higidez das indagações. O juiz passa a exercer um papel fundamental, devendo indeferir perguntas que puderem induzir às respostas que não tiverem relação com as questões objeto da atividade probatória, ou que importarem repetição de outra pergunta já respondida. A norma preocupa-se, por certo, com o contraditório ao determinar que as perguntas indeferidas deverão constar no termo de audiência.

.....
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.

.....

José Maria Câmara Júnior

■ **Comentários:**

Adiamento da audiência

A audiência poderá ser adiada ou suspensa se não houver a possibilidade de produção de todos os meios de prova oral, devendo ser redesignada para dia próximo, em pauta preferencial.

Além do concurso de vontades das partes para o adiamento da audiência, a norma alberga casos excepcionais de suspensão do ato, como a ausência motivada de pessoa que deve participar do ato ou a demora capaz de inviabilizar a conclusão de todas as atividades em única sessão.

Na hipótese de convenção das partes, incumbe ao juiz promover o controle diante de sucessivos adiamentos.

Por certo, todos aqueles presentes na audiência suspensa ou adiada serão intimados da nova data designada para prosseguimento do ato processual, dispensando a diligência da serventia para a intimação.

Importa anotar que não será possível praticar novos atos preparatórios, como arrolar testemunha) para a continuação da audiência. Igualmente relevante se houver direito superveniente de aplicação imediata, será adotada a teoria do isolamento e, com isso, as novas regras se aplicam para a sessão designada em continuidade da audiência.

Se houver nulidade do ato praticado na primeira sessão, certamente a invalidade repercutirá nas sessões sucessivas. Somente não haverá a afetação dos atos subsequentes se não ocorrer prejuízo para as partes.

Análise do inciso II – Ausências:

(i) **Ausência do Juiz** – Com ou sem justo motivo, a audiência será adiada. Entretanto, uma ausência sem justificação poderá ensejar punição no âmbito administrativo.

(ii) **Ausência do MP** – Sendo por motivo justificado a audiência será adiada. Entretanto, quando se tratar de motivo injustificado a doutrina se divide em três:

Primeira Corrente – Entende ser a presença do MP indispensável na audiência independente de

sua qualidade no processo. Assim, sem sua presença haverá nulidade relativa. A *doutrina majoritária* defende esta corrente, pois quando o MP figurar como fiscal da lei sua presença torna-se indispensável, e, quando for parte no processo estará defendendo interesses metaindividuais ou individuais indisponíveis, assim de relevância social.

Segunda Corrente—Entende que a única exigência é a intimação do MP. Sua ausência não determina o adiamento da audiência.

Terceira Corrente—Para esta corrente, depende da qualidade do MP: se figurar como parte no processo não será capaz de causar o adiamento da audiência; mas se figurar como fiscal da lei haverá o adiamento.

(iii) **Ausência do Perito**—Se justificada causa o adiamento da audiência. Caso seja injustificada caberá sua *condução coercitiva* o que invariavelmente gera adiamento da audiência. No tocante aos assistentes técnicos, parece que, havendo justo motivo, a audiência deverá ser adiada, mas em caso contrário deverá ser realizada.

(iv) **Ausência da Partes**—Se for justificada causa o adiamento da audiência. Sem justo motivo a audiência será realizada normalmente. Ressalta-se que *tendo sido feita a intimação para depoimento pessoal sua ausência injustificada acarretará confissão tácita*.

(v) **Ausência de Testemunha**—Havendo intimação e não comparecendo a testemunha esta será *conduzida coercitivamente*, logo haverá o adiamento. Não tendo sido intimada porque a parte que arrolou-se comprometeu a levá-la, a sua ausência justificada leva ao adiamento, mas sem motivo justo, é entendida como desistência da parte em produzir a prova, que precluirá.

(vi) **Ausência do Advogado**—Se justificada gera o adiamento da audiência, o que não ocorre se inexistir justo motivo.

(vii) **Ausência de ambos os Advogados**—Poderá o juiz dispensar toda a instrução e proferir logo o julgamento conforme o estado do processo, ou, então, promover a colheita da prova, sem a presença dos interessados.

Mesmo as hipóteses de ausência justificada de outras pessoas que deveriam participar da audiência, o adiamento de que fala o art. 362, II,

nem sempre abrange toda a audiência, mas apenas os atos que dependiam do ausente. O NCPC é mais flexível e determina que as provas orais serão ouvidas na ordem do art. 361, apenas preferencialmente. Logo, cabe ao juiz decidir, nas circunstâncias do caso concreto, se há ou não prejuízo para o processo com a eventual quebra da sequência estipulada pela lei. Dessa forma, o adiamento total da audiência somente ocorrerá se a falta for do advogado e tiver sido justificada até a abertura da audiência (art. 362, § 1º).

Art. 362, § 1º, do NCPC—*O impedimento deverá ser comprovado até a abertura da audiência, e, não o sendo, o juiz procederá à instrução*. Havendo algum imprevisto que gere extrema dificuldade ou impossibilidade no cumprimento desse prazo (exemplo: doença, acidente, sequestro, morte etc.), admitir-se-á a alegação posterior do advogado, que, uma vez acolhida, gera a anulação da audiência já realizada.

Art. 362, § 2º, do NCPC—*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. Ressalta-se que se tratando de demanda envolvendo direito indisponível o juiz será obrigado a produzir a prova; sendo de direito disponível o juiz analisará no caso concreto não estando obrigado a dispensar*.

Custas do Adiamento—art. 362, § 3º, do CPC—*Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas*.

Antecipação da Audiência—Por motivos de conveniência da Justiça, ou a requerimento de uma das partes, pode o juiz antecipar a data inicialmente designada para a audiência de instrução e julgamento. Em tais casos, ao contrário do determinado pelo Código anterior, o juiz determinará a intimação dos advogados ou da sociedade de advogados, podendo esta ser feita por publicação na imprensa (NCPC, art. 363): Isso porque a lei nova não repetiu o disposto no art. 242, § 2º, do CPC/1973, que exigia a *intimação pessoal* na espécie e previu regime único para a antecipação e o adiamento, submetendo-os à intimação do advogado na forma comum.

Na página 430, **onde se lê:**

Nota

Curioso observar que a inquirição direta pelo advogado sempre foi praticada no sistema norte-americano. Lá os advogados são perfeitamente adaptados ao modelo. Eles desenvolveram técnicas sofisticadas para proceder ao *cross examination*. As universidades americanas oferecem no curso de graduação matérias destinadas a treinar os futuros *litigators* a inquirirem suas testemunhas. As faculdades brasileiras precisarão fazer o mesmo. Os alunos precisarão ser treinados a realizar uma boa inquirição.

A boa técnica da advocacia recomenda que as perguntas abertas nunca devem ser feitas quando não se sabe o que a testemunha dirá. No exemplo acima, perguntas abertas seriam: Como foi o acidente? Quais as causas do acidente? Por que o Sr. não parou para prestar socorro?

Aliás, esse exemplo foi objeto de uma aula do ator Robert Duval, no filme *Class Action*, em que ele ensinava seus alunos que nunca se deve perguntar a uma testemunha o porquê de alguma situação, quando não se conhece previamente a resposta. No filme, o advogado vivido por John Travolta, no final da inquirição, pergunta à testemunha por que ela não havia abandonado a residência se sabia que a terra estava contaminada. Seguiu-se um comovente relato da história da família da depoente e dos vínculos que tinha com aquele imóvel, deixando o júri emocionado e Robert Duval, que assistia ao julgamento, contrariado com o erro básico de John Travolta. A cena se tornou um clássico para os amantes de filmes de julgamento, e um exemplo para os advogados que se dedicam ao contencioso.

Vê-se, pois, que a alteração de um sistema de colheita de provas que está tão arraigado à conduta dos advogados de contencioso, será um grande desafio para todos nós, mas também uma excelente oportunidade para o aprendizado de técnicas para inquirição direta de testemunhas.

Leia-se:

Nota

Curioso observar que a inquirição direta pelo advogado sempre foi praticada no sistema norte-americano. Lá, os advogados são perfeitamente adaptados ao modelo. Eles “desenvolveram técnicas sofisticadas para proceder ao *cross examination*. As universidades americanas oferecem no curso de graduação matérias destinadas a treinar os futuros *litigators* a inquirirem suas testemunhas. As faculdades brasileiras precisarão fazer o mesmo. Os alunos precisarão ser treinados a realizar uma boa inquirição”.

A boa técnica da advocacia recomenda que as “perguntas abertas nunca devem ser feitas quando não se sabe o que a testemunha dirá. No exemplo acima, perguntas abertas seriam: Como foi o acidente? Quais as causas do acidente? Por que o Sr. não parou para prestar socorro?

Aliás, esse exemplo foi objeto de uma aula do ator Robert Duval, no filme *Class Action*, em que ele ensinava seus alunos que nunca se deve perguntar a uma testemunha o porquê de alguma situação, quando não se conhece previamente a resposta. No filme, o advogado vivido por John Travolta, no final da inquirição, pergunta à testemunha por que ela não havia abandonado a residência se sabia que a terra estava contaminada. Seguiu-se um comovente relato da história da família da depoente e dos vínculos que tinha com aquele imóvel, deixando o júri emocionado, e Robert Duval, que assistia ao julgamento, contrariado com o erro básico de John Travolta. A cena se tornou um clássico para os amantes de filmes de julgamento, e um exemplo para os advogados que se dedicam ao contencioso.

Vê-se, pois, que a alteração de um sistema de colheita de provas que está tão arraigado à conduta dos advogados de contencioso será um grande desafio para todos nós, mas também uma excelente oportunidade para o aprendizado de técnicas para inquirição direta de testemunhas” (LIMA, Flávio Pereira. Artigo 459 do novo Código de Processo Civil acaba com o telefone sem fio. *Consultor Jurídico*, disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/flavio-lima-artigo-459-cpc-acaba-telefone-fio>]).