

347.91/.95(81)
D598W



RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO
DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL
LUIZ DELLORE
JÚLIO CÉSAR BUENO
MARCO ANTONIO PEREZ DE OLIVEIRA
O R G A N I Z A D O R E S

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598

Direito processual civil contemporâneo / Augusto Tavares Rosa Marcacini... [et al.] ; organizado por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

710 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice

ISBN: 978-85-8242-421-6

1. Direito. 2. Direito Civil. 3. Direito processual. I. Marcacini, Augusto Tavares Rosa. II. Coelho, Caio Sasaki Godeguez. III. Zufelato, Camilo. IV. Salles, Carlos Alberto de. V. Bueno, Cassio Scarpinella. VI. Godoy, Claudio Luiz Bueno de. VII. Dallari, Dalmo de Abreu. VIII. Zveibil, Daniel Guimarães. IX. Monari, Daniel. X. Bucci, Eugênio. XI. Prudente, Eunice Aparecida de Jesus. XII. Pontes, Evandro Fernandes de. XIII. Nusdeo, Fábio. XIV. Choukr, Fauzi Hassan. XV. Tartuce, Fernanda. XVI. Cota Filho, Fernando Rey. XVII. Yarshell, Flávio Luiz. XVIII. Bercovici, Gilberto. XIX. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. XX. Teixeira, Guilherme Silveira. XXI. Kuniuchi, Hamilton Kenji. XXII. Sica, Heitor Vitor Mendonça. XXIII. Monteiro Neto, João Pereira. XXIV. Puoli, José Carlos Baptista. XXV. Costa Netto, José Carlos. XXVI. Jardim Neto, José Gomes. XXVII. Marques Junior, José Jair. XXVIII. Almeida, José Luiz Gavião de. XXIX. Tucci, José Rogério Cruz e. XXX. Bueno, Júlio César. XXXI. Soares, Leandro Bacich Scarabel. XXXII. Bernardo, Leandro Ferreira. XXXIII. Vicentin, Leonardo Manso. XXXIV. Tavares, Letícia Antunes. XXXV. Parisotto, Livia Maria Bello Silva. XXXVI. Souza, Ludyevina Tominaga Garcia de. XXXVII. Schoueri, Luís Eduardo. XXXVIII. Dellore, Luiz. XXXIX. Bonizzi, Marcelo José Magalhães. XL. Oliveira, Marco Antonio Perez de. XLI. Asperti, Maria Cecília de Araujo. XLII. Bucci, Maria Paula Dallari. XLIV. Silveira, Marina Rodrigues da. XLV. Carvalho, Milton Paulo de. XLVI. Silva, Otavio Pinto e. XLVII. Silva, Paulo Eduardo Alves da. XLVIII. Razuk, Paulo Eduardo. XLIX. Lucon, Paulo Henrique dos Santos L. Brazil, Paulo Roberto Grava. LI. Teixeira, Paulo. LII. Rosa, Renato Xavier da Silveira. LIII. Silva, Riccardo Spengler Hidalgo. LIV. Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real. LV. Mancuso, Rodolfo de Camargo. LVI. Barcellos, Rodrigo da Silveira. LVII. Benetti, Sidnei. LVIII. Título.

2019-1941

CDD 342 CDU 347

Elaborado por Odílio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito Civil 342 2. Direito Civil 347

DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR
WALTER PIVA RODRIGUES

EDITORA
FOCO

2020 © Editora Foco

Organizadores: Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Daniel Guimarães Zveibil, Luiz Dellore, Júlio César Bueno e Marco Antonio Perez de Oliveira

Autores: Augusto Tavares Rosa Marcacini, Caio Sasaki Godeguez Coelho, Camilo Zufelato, Carlos Alberto de Salles, Cassio Scarpinella Bueno, Claudio Luiz Bueno de Godoy, Dalmo de Abreu Dallari, Daniel Guimarães Zveibil, Daniel Monari, Eugênio Bucci, Eunice Aparecida de Jesus Prudente, Evandro Fernandes de Pontes, Fábio Nusdeo, Fauzi Hassan Choukr, Fernanda Tartuce, Fernando Rey Cota Filho, Flávio Luiz Yarshell, Gilberto Bercovici, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Guilherme Silveira Teixeira, Hamilton Kenji Kuniuchi, Heitor Vitor Mendonça Sica, João Pereira Monteiro Neto, José Carlos Baptista Puoli, José Carlos Costa Netto, José Gomes Jardim Neto, José Jair Marques Junior, José Luiz Gavião de Almeida, José Rogério Cruz e Tucci, Júlio César Bueno, Leandro Bacich Scarabel Soares, Leandro Ferreira Bernardo, Leonardo Manso Vicentin, Letícia Antunes Tavares, Livia aria Bello Silva Parisotto, Ludjevina Tominaga Garcia de Souza, Luís Eduardo Schoueri, Luiz Dellore, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Marco Antonio Perez de Oliveira, Maria Cecília de Araujo Asperti, Maria Paula Dallari Bucci, Mariça Rodrigues da Silveira, Milton Paulo de Carvalho, Otavio Pinto e Silva, Paulo Eduardo Alves da Silva, Paulo Eduardo Razuk, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Paulo Roberto Grava Brazil, Paulo Teixeira, Renato Xavier da Silveira Rosa, Ricardo de Barros Leonel, Riccardo Spengler Hidalgo Silva, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rodrigo da Silveira Barcellos e Sidnei Benetti

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

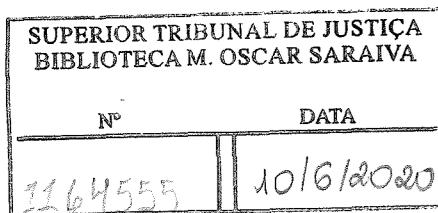
Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: VIENA GRÁFICA E EDITORA LTDA



DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (10.2019) – Data de Fechamento (10.2019)

2020

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.
Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP
E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

PREFÁCIO

Quem entra pela porta da frente da Velha e Sempre Nova Academia por certo logo notará no átrio a estátua de José Bonifácio de Andrada e Silva – o moço – saudando-o e convidando-o a entrar, com a mente liberta e independente de preconceitos, nas Arcadas de São Francisco.

Poucos dos que cruzam esse mesmo átrio, no entanto, notam, na parede da esquerda, a discreta placa de bronze com o alerta de Joaquim Nabuco: *“a grandeza das nações provém do ideal que a sua mocidade forma nas escolas; e as humilhações que elas sofrem, da traição que o homem feito comete contra o seu ideal de jovem.”*

Entre esses poucos, está o nosso homenageado. Desde que ingressou nas Arcadas, em 1968, até os dias de hoje, o Professor Walter Piva Rodrigues jamais abandonou o seu ideal de jovem. Ao contrário, durante toda a sua trajetória, sempre o cultivou e lutou para infundi-lo em seus alunos, em seus orientandos, em seus companheiros de docência, de advocacia e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao todo, já são 71 anos de vida, 46 anos de docência, vividos sempre com o mesmo entusiasmo do jovem estudante de Direito. Desde a sua admissão, aos 25 anos, como assistente do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita até os dias de hoje em que, mesmo depois da aposentadoria, permanece ministrando disciplinas no Pós-Graduação da Velha e Sempre Nova Academia e orientando a formação de futuros mestres, o Professor Walter Piva Rodrigues permanece propagando de forma serena, mas determinada, suas lições marcadas pelo humanismo e por uma inquebrantável fé na luta pelo Direito.

O resultado é o livro que ora vem a público. Tributo e testemunho do sincero agradecimento e da devotada admiração de dezenas de amigos, alunos, orientandos e colegas de profissão, o livro *“Direito Processual Civil Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues”* reúne uma plêiade de trabalhos de grande profundidade e análise crítica em temas os mais variados, o que comprova que a marca de um Grande Professor extrapola os limites de sua atuação acadêmica.

RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO

DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL

LUIZ DELLORE

JÚLIO CÉSAR BUENO

MARCO ANTONIO PEREZ DE OLIVEIRA

ORALIDADE E CONTRADITÓRIO EFETIVO: DILEMAS E PERSPECTIVAS DA TÉCNICA DE SUSTENTAÇÃO ORAL PERANTE OS TRIBUNAIS

Flávio Luiz Yarshell

Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Sumário: 1. O valor atual da oralidade – 2. Sustentação oral nos tribunais: vilã ou heroína? – 3. Sustentação oral e julgamento estendido.

1. O VALOR ATUAL DA ORALIDADE

Em artigo que já conta com alguns anos¹, dispusemo-nos a refletir sobre o assim denominado *princípio da oralidade*, fazendo-o com o objetivo – que pode soar muito mais pretensioso do que teve a intenção de ser – de projetar o que poderia ser o *futuro* desse postulado. Tendo examinado o que então (provocativamente) qualificamos como sua “ascensão” e “queda”, concluímos com o que nos parecia ser a evolução mais provável – ou, quiçá, desejável do princípio.

Naquela oportunidade, afirmamos que a oralidade perdera a importância e o prestígio de outros tempos em boa medida por conta da notória e ainda crescente tendência à pré-constituição da prova (principalmente, mas não apenas, a documental). Assim, diante do que então chamamos de “relativo menoscabo de advogados e juízes pela colheita do depoimento pessoal e da recusa reiterada de se convocar o perito a prestar esclarecimentos em audiência”, concluímos que pouco ou quase nada restara para se realizar em audiência – outrora festejada como o “palco da oralidade”.

Apesar disso, ponderamos então ser um erro desprezar-se a oralidade como “método de trabalho”. Segundo então afirmamos, ela continua a ser ferramenta relevante para a atividade cognitiva, na reconstrução dos fatos relevantes; cria ambiente adequado para maior e melhor colaboração dos sujeitos parciais; e previne mudanças sucessivas na presidência do processo, do que podem decorrer consequências nocivas que naquele momento procuramos apontar.

Entendíamos que a imediação continuava a apresentar boa parte das vantagens que a doutrina clássica lhe atribuíra, não apenas para a colheita da prova, mas para

1. Cf. nosso *Qual o futuro da oralidade?*, in “A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes”, coords. Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes, São Paulo, Verbatim, 2013, p. 233-242.

o gerenciamento da causa. Sob o ângulo decisório, embora o juiz deva se pautar por elementos objetivos constantes dos autos, o contato com as partes segue como algo salutar na medida em que permite melhor avaliação da prova, ainda que essencialmente documental. Além disso, completamos, a experiência colhida nos processos arbitrais mostrava que a exposição oral da causa antes da colheita da prova – quer pelos advogados, quer eventualmente e apenas pelas partes em depoimento pessoal – instrua os julgadores na aceção – mais ampla e completa – do termo.

No caso da prova pericial, apontamos que a oralidade – pela imediação que nela se contém – é forma de prevenir desvios que, embora não se presumam, podem ocorrer, com sérios prejuízos, inclusive para o magistrado que preside o feito.

E nem mesmo a massificação da justiça foi suficiente para infirmar a convicção então externada. Pelo contrário, foi então dito, no contexto de uma Justiça cada vez mais avolumada, que a oralidade pode impedir a injustiça de se julgar um caso em meio a outros que não guardam a necessária similitude. Julgar demandas com mesmo fundamento de forma concentrada é uma coisa; tratar demandas individuais “por atacado” é outra, que não se compadece com a justiça prometida e devida pelo Estado. Aliás, a sustentação oral nos tribunais – embora deva ser manejada com destreza e objetividade – é boa ilustração disso.

Atentos à circunstância de que, no nosso sistema, o recurso de apelação devolve questões de fato para o tribunal e que este último nenhuma imediação manteve com as partes e demais protagonistas da audiência, reconhecemos que a oralidade fica de alguma forma prejudicada. Mas, entendemos que isso não era – como não é – suficiente para anular o postulado. O tribunal, conquanto livre para reapreciar a prova colhida em audiência, deverá – ainda que para negá-la – considerar a valoração feita pelo julgador singular, justamente a partir de seu contato direto em audiência.

Aliás, a constatação de que assim ocorre parece ser realista e pragmática porque, conforme sabença generalizada, não raro os tribunais, diante de alegação de cerceamento de defesa por indeferimento de tal ou qual prova, refutam a invalidade sob o argumento de que o juiz é o destinatário da prova. Assim, os tribunais reiteradamente afirmam que se ao magistrado do grau antecedente pareceu ser suficiente o quadro probatório, isso bastaria para se descartar a necessidade da prova reclamada pela parte. Isso evidentemente é um erro porque uma coisa é considerar a valoração dada em primeiro grau; outra é o tribunal se colocar apenas como censor da conduta do juiz, ao invés de, como seria correto, colocar-se na posição de destinatário principal da prova colhida.

Por tudo isso, enfim, concluímos que, embora sem alimentar uma visão quase romântica da oralidade e de seus postulados, não convinha desprezá-los, como se aqueles nada tivessem a acrescentar ao processo. Daí, então, ter-se preconizado: “nem exaltação divorciada da realidade; nem desprezo que desumanize e torne impessoal a Justiça, ou que despreze os benefícios que o contato direto do juiz com partes, advogados e demais atores do processo pode trazer”.

Veio, então, o Código de Processo Civil de 2015.

Conforme tivemos oportunidade de observar em escrito precedente², conquanto o diploma vigente não tenha conseguido superar todos os obstáculos que conspiram contra a oralidade, ele procurou dar à regra uma nova dimensão, o que pode ser visto a partir da (ideal) estruturação da fase de conhecimento em primeiro grau em *três audiências*: uma prevista pelo art. 334, destinada à busca da autocomposição; outra voltada ao saneamento e organização do processo (art. 357); e uma terceira, para colheita de prova (arts. 358 e ss.).

Além disso, conforme destacamos, o Código previu a realização de audiências para justificação em casos de tutela provisória, conforme regra geral do art. 300, § 2º, e regra especial no âmbito da tutela possessória (art. 562). Ainda que em diferentes contextos, o Código empregou o vocábulo *audiência* em quase uma centena de oportunidades. Também a sustentação oral perante os tribunais – manifestação importante da oralidade em segundo grau – foi alvo de atenção e a regra do art. 937, dissemos então, é sensivelmente mais ampla do que a correspondente no Código anterior.

É certo que o Código não positivou a regra de vinculação do juiz que colheu a prova em audiência ao julgamento, tal como havia (embora de forma mitigada ao longo do tempo) – no art. 132 do diploma precedente. Sem a identidade física do juiz que presidiu os trabalhos da audiência, exceto nos casos em que o magistrado permaneça à frente do órgão jurisdicional até que profira decisão (ou que o faça imediatamente), forçoso convir que o postulado da oralidade, no campo da instrução, perde força. Como dissemos, se aquele que manteve contato direto com as partes e participou dos atos concentrados em audiência não é aquele que decide, então a utilidade da técnica se esvazia. E isso apenas se confirma pela consideração, já anotada, de que o recurso de apelação devolve questões de fato (ressalvados os limites da impugnação, conforme art. 1.013, *caput* e § 1º); e que, portanto, submete a magistrados que não tiveram contato com as partes e com a colheita da prova a reapreciação dessa última.

É certo também que o Código não estabeleceu um regime de irrecorribilidade em separado das interlocutórias: não obstante tenha extinto a figura do *agravo retido* (e, portanto, afastado a preclusão para decisões que poderiam ser objeto de tal forma de impugnação, conforme art. 1.009, § 1º), o Código previu uma série considerável de hipóteses que comportam agravo de instrumento (art. 1.015, além de outras regras esparsas). Ademais, não se pode descartar o emprego eventual de ação autônoma de impugnação, nos casos em que a lei não previr o recurso e no qual a impugnação apenas ao final, em apelação, subtrair interesse recursal.

Sem embargo dessas oscilações, insistimos na assertiva em ter o Código avançado ao estabelecer como palco de atividades do juiz e das partes – não apenas de instrução

2. Cf. nosso *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 334 ao 368, em coautoria com Guilherme Setoguti J. Pereira e Viviane Siqueira Rodrigues, coords. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, vol. V, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, n. 2 dos comentários ao art. 334.

– a audiência. Se o papel que a oralidade pode desempenhar hoje não é exatamente o que teve no passado, ela pode e deve se prestar a servir como instrumento a serviço do efetivo contraditório (e não apenas voltado ao escopo jurídico, mas também ao escopo social, de pacificação, da jurisdição) – a exemplo, aliás, do que ocorre com frequência nos juízos arbitrais.

Nesse contexto, tem inegável destaque o papel que desempenha – ou possa desempenhar – a técnica de *sustentação oral* perante os tribunais. É disso que, portanto, passa-se a tratar, com duas observações importantes. Primeiro, o tema foi escolhido como uma forma singela de homenagear alguém que já exerceu a advocacia e que hoje é magistrado, na medida em que se trata de assunto que, como poucos, evidencia a íntima relação entre a qualidade da atividade de postulação e de julgamento. Segundo, a abordagem é despretensiosa e confessamente limitada. Se mérito ela tiver, será eventualmente o de chamar a atenção do leitor para aspectos que, por sua relevância, estejam a merecer maior aprofundamento em sede adequada para tanto.

2. SUSTENTAÇÃO ORAL NOS TRIBUNAIS: VILÃ OU HEROÍNA?

Em trabalho anteriormente publicado³, tendo então invocado a experiência de mais de trinta e cinco anos de vida forense (cinco dos quais também dedicados à judicatura perante o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo) – tive a oportunidade de fazer breves reflexões sobre essa técnica, que é sem dúvida uma das mais relevantes manifestações de oralidade.

Trata-se de assunto potencialmente polêmico: aquela mesma experiência – associada à da docência por período semelhante – diz que as visões de advogados e de magistrados a respeito do instituto são tendencialmente antagônicas. Assim, dissemos então, há uma inegável tensão, cordial ou nem tanto: uns que querem ser ouvidos, mas nem sempre habilitados a falar de forma técnica e objetiva; e outros que deveriam ouvir, mas que nem sempre estão verdadeiramente abertos ou dispostos a tanto.

Contudo, renova-se aqui a convicção de que se o assunto for abordado – tanto quanto possível – de forma técnica, serena e construtiva, talvez o resultado possa ser positivo e haja, por pouco que seja, contribuição para um diálogo mais franco entre profissionais que, afinal de contas, estão presumivelmente tentando fazer seu trabalho da melhor forma possível. Pensarmos que, de certa forma, estamos todos no mesmo barco e que todos temos uma parte de razão pode ajudar. Não será exatamente a “colaboração” de que trata o CPC, mas será, quando menos, uma forma de enxergar o fenômeno pelo ângulo do outro.

A primeira consideração – que vale como antídoto para evitar qualquer má interpretação – é a de que generalizações são perigosas e potencialmente injustas,

3. Cf. nosso *Reflexões sobre a sustentação oral nos tribunais*, publicado no periódico Carta Forense, edição de outubro de 2017. Alerta-se o leitor para a circunstância de que, por vezes, o texto é reprodução literal do que antes se escreveu.

de um lado e de outro. Há bons e maus profissionais em qualquer campo de atuação profissional. Mais do que isso e como também dissemos, há bons profissionais em dias não muito felizes e há maus profissionais que, ao menos ocasionalmente, redimem-se. Nesse particular, o grupo dos que querem falar é mais numeroso e, portanto, potencialmente sua atuação tende a ser mais onerosa – no contexto de volume de trabalho a realizar – sobre o grupo dos que precisam ouvir. Mas, em compensação, o grupo dos que devem ouvir detém o poder e isso é, em qualquer circunstância, um fator que aumenta sua responsabilidade. De todo modo e de volta ao ponto inicial: virtudes e defeitos que possam ser identificados nesse campo não podem ser dirigidos de forma indiscriminada, de parte a parte. Nesse, como em outros campos, acusar não costuma ser produtivo. Isso, naturalmente, não impede sejam feitas algumas constatações tomadas da experiência, com renovado intuito de melhorar o diálogo entre quem precisa de alguma forma trabalhar junto.

Como é sabido, a sustentação oral frequentemente é precedida da entrega de memoriais ao relator ou integrantes do órgão julgador, suposto que eles estejam abertos a tanto – o que precisa ser dito porque há uma minoria que, infelizmente, simplesmente se recusa a receber advogados, que diz não ter disponibilidade para tanto, que cria desculpas e embaraços dos mais variados. Então, realmente o advogado precisa atentar para o fato de que, se já tiver sido recebido, a sustentação pode significar uma indevida redundância que, forçoso reconhecer, tende a ser improdutiva.

Contudo, a situação tende a ser mais complexa do que parece à primeira vista: pode ocorrer que o advogado tenha tido acesso ao relator, mas não aos demais integrantes do colegiado; ou que o advogado da outra parte não tenha levado memoriais e que vá sustentar; ou que o advogado que tenha conseguido ser recebido não seja exatamente aquele que vai sustentar; ou que, entre a entrega dos memoriais e a efetiva realização do julgamento tenha se passado tempo relevante, no contexto do volume de causas julgadas pelo tribunal; e por aí afora. Portanto, se de um lado é preciso a consciência dos advogados de que a repetição pode ser contraproducente e, portanto, deve ser evitada; de outro lado, é preciso alguma margem de tolerância por parte dos julgadores para situações como essas e outras análogas, em que não será desarrazoado admitir a concomitância da oralidade, no gabinete e em sessão de julgamento.

Outra consideração importante: a oralidade, como já lembrado acima, pode e deve ser um eficaz instrumento do contraditório – para que ele se torne uma realidade palpável e não apenas um postulado idealizado, que se ensina nos bancos da Faculdade, mas que lá permanece, esquecido porque aniquilado ou desmentido pela realidade. Assim, mais do que a parte (por seu advogado) possa escrever, o que ela possa falar de forma objetiva, concatenada e consistente tende a produzir melhor efeito, especialmente num contexto de profissionais com grande carga de trabalho. Sendo assim, é compreensível a ojeriza que julgadores têm quanto à mera leitura de texto adrede preparado. De outra parte, a sustentação pode ser de alguma forma dirigida pelos julgadores para os pontos que efetivamente entendem relevantes (suposto que haja diferentes questões levantadas no caso). Isso tornará a sustentação mais

produtiva e a sugestão, para além de se afeiçoar ao espírito das regras dos artigos 9º e 10 do CPC, encontra correspondência na experiência de outros países.

Em nem se diga que esse “direcionamento” da sustentação seria violação ao devido processo legal ou mesmo às prerrogativas do advogado. Não há aí indevida antecipação de juízos porque, pelo contrário, dá-se à parte a oportunidade de intervir de forma eficaz na formação do convencimento do julgador, antes que ele seja expresso. Portanto, em princípio, não há quebra de imparcialidade, mas efetiva e substancial manifestação do contraditório. Nem há violação a qualquer prerrogativa porque, no final, o advogado é rigorosamente livre para usar do seu tempo como bem lhe aprouver. Em tese, o profissional pode entender que seja o caso de corrigir o direcionamento que o tribunal pretendeu dar e, nesse caso, sua sustentação será voltada a demonstrar que tais ou quais pontos, ao contrário do que entendeu o tribunal, são os verdadeiramente relevantes. Isso sim será debate autêntico e proveitoso.

Uma variação disso está na dispensa da sustentação quando o advogado que se habilita defende tese encampada pelo voto do relator, que de antemão saiba não haver divergência por parte dos demais integrantes da turma julgadora – o que é lícito, na medida em que possível o prévio envio dos votos. Tecnicamente, não há o que refutar: se o resultado prestes a ser anunciado corresponde à totalidade do ganho que a parte poderia esperar, o exercício do contraditório, via oralidade, realmente se torna inócua e é dispensável. Não há aí qualquer desdouro para o advogado e, até pelo contrário, é de se presumir que a vitória se deveu ao bom trabalho que realizou até aquele momento, inclusive mediante a eventual entrega prévia de memoriais. Apenas é preciso cuidado porque nem sempre o resultado favorável a quem quer sustentar é o mais completo possível: o tribunal pode prover o recurso, por exemplo, para anular a sentença, mas a parte poderia insistir em julgamento favorável pelo mérito, sendo a anulação apenas subsidiária (e não um antecedente lógico). Podem haver relevantes discussões sobre capítulos acessórios (honorários, por exemplo) e o advogado deve, então, ficar atento a tais aspectos, sem que isso, nas circunstâncias, possa soar como uma espécie de “abuso da sorte”...

O êxito de uma sustentação – sem propriamente pensar em sua vinculação a um resultado favorável quanto ao mérito do recurso – depende do quê, como e em quanto tempo se diga o que precisa ser dito. Assim, objetividade e clareza são indispensáveis, mas provavelmente o mais eficaz seja tentar demonstrar de que forma, naquele caso, a solução preconizada é a mais adequada ao Direito e, portanto, é a mais justa. Ninguém duvida do peso que a jurisprudência tem na formação do convencimento, mas extensas referências a outros julgados, naquele momento, tendem a não serem produtivas. Nesse ponto, convém que o advogado tenha uma boa dose de consciência sobre até que ponto tais ou quais questões de direito já são sobejamente conhecidas do órgão perante o qual sustenta. Para qualquer ser humano é potencialmente enfadonho ouvir considerações que se supõem novidade, quando já são mais do que conhecidas. E, quanto ao tempo, equilíbrio e ponderação de parte a parte são desejáveis. O desafio de quem fala é ser objetivo, sem ser apressado porque

o atropelo pode prejudicar a comunicação. Para quem ouve, a recomendação inicial e geral que às vezes se ouve da Presidência do órgão – exortando advogados a serem breves diante do volume de trabalho que existe – pode até ser feita. Mas, nesse caso, coerência é sinônimo de respeito e, portanto, para quem se preocupa com o tempo dos outros, começar a sessão de forma pontual, por exemplo, é fundamental.

Portanto, para dar resposta à indagação provocativamente feita acima, parece lícito dizer: nem vilã, nem heroína. A sustentação deve ser antes vista como uma forma de integração das atividades de quem postula e de quem julga, de forma técnica, objetiva, cordial e leal.

3. SUSTENTAÇÃO ORAL E JULGAMENTO ESTENDIDO

Particular desafio, nesse campo, está na situação de julgamento estendido, conforme regra do art. 942 do CPC/2015.

Nesse contexto, conforme igualmente já escrevemos⁴, é lícito indagar se e de que forma seria devido garantir às partes sustentação oral, quando a hipótese legal ocorrer; quer em renovação a precedente preleção, quer originariamente. É preciso, na linha do acima exposto, garantir às partes a estrita observância do princípio do contraditório.

Não deveria haver dúvida de que o dispositivo garantiu o direito à nova sustentação. Contudo, como isso foi expresso no *caput* do dispositivo e ele tratou apenas da hipótese de nova sessão a ser designada, de fato parece possível interpretar que, a senso contrário, se o julgamento puder desde logo prosseguir – hipótese prevista pelo § 1º – não haveria tal possibilidade. Essa é a solução dada pelo Regimento Interno do TJSP, que fala em “renovação da sustentação oral” apenas se o feito retornar à Mesa, fazendo expressa alusão à regra do art. 942 do CPC (art. 150, com redação dada pelo Assento Regimental 552/2016).

Sobre isso, quem deve decidir se é caso de se prosseguir ou, diversamente, de se designar nova data são os próprios julgadores. A rigor, aqueles que passarão a integrar o colegiado devem ter palavra decisiva porque é da formação de seu convencimento que se trata. Se qualquer um deles não se sentir suficientemente instruído, isso deve bastar para que o julgamento seja interrompido e posteriormente retomado. Mas, isso não impede que, diante da divergência, o advogado peça a palavra e requeira expressamente que nova sessão seja designada. Isso pode ser justificado pela complexidade das questões de fato e de direito ou pelo volume de elementos de prova, por exemplo.

Além disso, é possível que não tenha havido sustentação oral ao ensejo do início do julgamento, do qual em seguida resultou divergência. Portanto, nesse caso não

4. Cf. nosso *Sustentação oral em julgamento estendido no caso de divergência do colegiado*, publicado no periódico Carta Forense, edição de março de 2017. Mais uma vez a expressa advertência sobre a reprodução literal do texto.

se trata de “renovar” o que não ocorreu. Então, suposto que os advogados estejam presentes e habilitados, a sustentação deve ser facultada para a continuação. Não há óbice legal, nem se pode cogitar de suposta preclusão por não ter havido o prévio exercício da palavra. É que a renúncia ao exercício daquela faculdade deve ser entendida de forma estrita, como válida para a realidade então presenciada. Diante da divergência, novo quadro se apresenta; tanto que o Código (embora nem precisasse dizer), garante que os julgadores que já votaram podem rever a posição antes externada. O que a lei quis evitar é a eventual redundância, de que não se cogita na hipótese aqui aventada.

E, mesmo que tenha havido sustentação oral precedente à formação da divergência, sendo o caso de se prosseguir no julgamento, a impossibilidade de nova sustentação não deve ser vista de forma absoluta. Quando se admite a sustentação em sessão subsequente, a racionalidade da lei é a de que, no intervalo, as ponderações das partes, então ouvidas por todos, tendem a se perder e a ser olvidadas, no volume de processos a decidir. Mas, é preciso equilíbrio, ponderação e lealdade – de todos – na solução a ser dada em cada caso: a experiência mostra que membros que não integram o órgão originário (onde nascida a divergência) nem sempre estão adequadamente inteirados da controvérsia ou sequer estiveram atentos aos votos precedentemente editados. Aqui não há crítica, mas mera constatação. Portanto, presumir-se que a sustentação feita já foi devidamente captada pelos que julgarão no desdobramento é algo incorreto e que não se coaduna com o postulado inscrito no art. 5º do CPC.

Ainda, é possível que a divergência esteja fundada em aspecto que não tenha sido considerado pelas partes ao ensejo da primeira sustentação. Isso não deve ser descartado, especialmente nos casos em que haja multiplicidade de questões a examinar; para não falar de eventuais casos em que o dissenso se funde em questão outrora não debatida, porque reconhecida de ofício – caso em que o contraditório se impõe, conforme regras dos artigos 9º e 10 do CPC já mencionados. Portanto, sem abrir margem para eventual redundância – indesejável sob qualquer aspecto – é preciso ter espírito aberto para que as partes possam, breve e objetivamente, completar sua preleção anterior.

Ainda no caso de ter havido sustentação precedente, mas apenas por uma das partes, embora estando presente a outra (seu advogado), a continuação em hipótese alguma deve ensejar que apenas a que não sustentou agora sustente. Isso colocaria as partes em manifesta e injustificada situação de desigualdade. Então, na eventual continuação, deve-se facultar a sustentação a ambas, com as ressalvas acima.

De forma pragmática, é possível contribuir para o convencimento dos julgadores que passarão a integrar o colegiado, diante da divergência, mesmo antes que ela se configure, isto é, como conduta cautelosa e preventiva das partes. Soa irrealista – salvo caso raro de dissensão que legitimamente se pudesse antever, por claras posições assumidas pelos julgadores em casos anteriores – imaginar que memoriais possam

ser enviados ou despachados com os futuros e eventuais julgadores. De fato, não é possível, menos ainda na realidade forense que temos, trabalhar sobre a hipótese de uma divergência. Contudo, já agora em termos realistas, é possível que, em certas circunstâncias, ela seja previsível, como ocorre nos casos em que haja adiamento por pedido de vista. Nessa altura, já poderá inclusive haver divergência formada, mas ainda não consolidada diante da possibilidade de se voltar atrás até que termine o julgamento. Nesses casos, o envio de memoriais para os potenciais julgadores é providência que cabe ao profissional atento adotar.