

AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO PROCESSO CIVIL MODERNO

Cristiano Chaves de Farias*

Neste fim do século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina "Justiça de proximidade".

(Roger Perrot)

1. Breves Notas sobre a Concepção Contemporânea de Processo Civil

1.1 Prolegômenos

Superada a fase metodológica do processo, quando o seu próprio objeto material não estava muito bem definido (havendo controvérsia se direito subjetivo e direito de ação eram um fenômeno único), chegou-se à sua estruturação como ciência autônoma, desgarrada do direito material, sistematizando seus principais elementos.

Alcançada essa independência científica e estrutural, o estudo da ciência processual volta-se (já distinguida do direito substantivo) para a sua finalidade prática, para o seu efetivo resultado na sociedade. Enfim, preocupa-se em garantir a *utilidade do processo*.

* Promotor de Justiça – Bahia. Professor da FESMIP – Escola Superior do MP/BA, da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia e do PODIVM – Curso Preparatório para concursos jurídicos. Pós-graduando *lato sensu* em Direitos Difusos e Coletivos pelo convênio FESMIP/BA e PUC/SP.

Essa natural preocupação com a utilidade do processo – buscando garantir a sua função de meio para aplicação efetiva do direito material correspondente e controvertido – avulta depois de se entender autônoma a ciência processual, não mais sendo necessário o estudo de meios para provar-lhe a independência científica, mas sim de cumprir com eficácia e concretude a sua finalidade teleológica: distribuir justiça e dar a cada um o que é seu, diante dos conflitos de interesses instaurados.

Nesse passo, percebendo-se que a função jurisdicional – um dos pilares em que se sustenta o estado democrático de direito – é claramente substitutiva, há de ser desvendado o objetivo do processo como o instrumento, o meio, pelo qual o Estado-Juiz (em sua acepção lata) restaura a paz social, solucionando os conflitos de interesses!

Enfim, tem-se, hodiernamente, o processo com o fim de *“evitar condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações”*, na atenta análise de Cândido Rangel Dinamarco?

O processo, então, tem um significado que, por óbvio, transcende a simples existência de institutos (muitas vezes burocráticos) criados para servirem de meio de solução de conflitos de interesses, apresentando-se com um claro *escopo social*, consistindo na procura de dar vida, fazer realizar-se, as normas jurídicas, como elemento de pacificação social. Na oportuna observação do Prof. William Santos Ferreira, deve o processo ser *“o caminho, e não o obstáculo, à obtenção do bem da vida almejado”*.³

Partindo da intelecção dessa premissa, de há muito, vem se vislumbrando em determinados elementos (como o tempo, os custos e a dificuldade do acesso à justiça, entre outros) inimigos vorazes da pacificação social (enfim, da prestação da jurisdição solucionando os conflitos de interesses). Esses elementos, sem dúvida, retiram a credibilidade do processo e, muitas vezes, podem ocasionar a desnaturação (ou perecimento) da relação jurídica substancial, que gerou a formação do processo.

Exsurge, então, a natural preocupação com o desgaste do processo, podendo gerar descrédito em seus escopos, sendo mister a sensibilidade para romper óbices existentes em seu conjunto, sob pena de permitir que ocorram fenômenos como impossibilitar o acesso à justiça a quem dela necessite (até mesmo pela vedação de solucionar os conflitos *motu proprio*, com as próprias mãos), a deterioração do objeto da relação jurídica de direito material, quando lento o desenlace do processo, quase "eternizando" a relação processual ou mesmo dificultar a entrega do bem da vida disputado, a quem tem necessidade e razão para recebê-lo. Avulta, pois, o rompimento de barreiras existentes, para que o processo cumpra sua finalidade social, servindo de porto seguro para todos que dele necessitem, constituindo-se em mecanismo de pacificação social, dando a cada um o que é seu – e mais, de forma rápida, segura e eficaz.

Enfim, há de ser encarado o processo como *instrumento efetivo* e eficaz existente no ordenamento para a aplicação concreta (a realização prática, no plano da sociedade). Em outras palavras, que seja meio ato a atender necessidades decorrentes da vida em sociedade, tornando efetivas as disposições de direito material, não sendo lícito desviá-lo desse objetivo premente e crucial, pena de afastá-lo de sua função basilar, desvirtuado de sua missão de fazer valer o Direito.

Vale invocar a cátedra do mestre José Manoel de Arruda Alvim Netto, salientando que

"a grande meta contemporânea é a de que as regras de índole processual, mesmo que encartadas em Constituição, ainda que lógica e sistematicamente completas, e bem assim as que dessas decorrem, hajam de ser – por outro lado – efetiva e realmente utilizadas pelos jurisdicionados. Vale dizer, o que conta, em última análise, não é tanto a existência de uma normatividade completa e lógica, em que todos os direitos são protegidos pela letra da lei e pelo sistema, mas, tão-somente, aparente funcional, pois na verdade, normatividade jurídica, ainda que exhaustiva, não é suficiente para satisfazer às aspirações sociais dos segmentos numericamente predominantes e desprotegidos da sociedade. É relevante e crucial que essa normatividade plena, exhaustiva e 'pretensamente funcional'

exista na ordem prática e seja realizável como realidade concreta".⁴

Percebe-se, então, a imperiosa busca (e garantia) da efetividade do processo, garantindo o seu caráter instrumental, de modo a que sirva, de fato, à aplicação do direito material, dando a cada um o que é seu, de modo adequado e célere. O processo não deve colimar outra finalidade, senão ser instrumento de efetivação do direito material!⁵

1.2 Instrumentalidade e Efetividade * * * * *

É necessário encarar o processo sob o prisma instrumentalista, destacando sua função precípua de meio de pacificação de conflitos individuais ou sociais, através da efetivação da ordem jurídica violada ou ameaçada de violação.

O processo não pode servir de óbice à aplicação do Direito Substantivo. Ao revés, lhe deve ser meio, instrumento hábil, para se materializar nos conflitos de interesses concretamente existentes. Por isso, entre privilegiar formalismos processuais em detrimento da aplicação do direito e dar eficácia e efetividade à norma, olvidando-se procedimentos, opte-se por esta, fazendo valer o direito material, plano no qual se situam os interesses das partes.

Não tem o processo um fim em si mesmo, mas sim busca a imprescindível aplicação do direito controvertido. Forte em Cassio Scarpinella Bueno: *"o processo não pode ser visto ou examinado como meio em si mesmo. É instrumento que serve a outras finalidades. E essas finalidades são as previstas no direito material"*.⁶

Bastante pertinente a lição de William Santos Ferreira, evidenciando que *"o processo não deve ser considerado um fim em si mesmo, isto é, o processo não deve ser elevado à condição de fonte geradora de direitos, mas sim à de tutela de direitos"*.⁷

Aqui importa salientar que o processo não terá um fim em suas formas (existentes até mesmo como decorrência natural de sua sistematização). As formas do processo servirão tão somente como meios para que se atinja a prestação jurisdicional. Daí, então, ser regra ge-

nérica que, prescrevendo a lei certa forma, sem cominar-lhe nulidade expressamente, considerar-se-á "válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade" (CPP 244).⁸

As formas se presumem existentes para facilitar a aplicação efetiva do direito, servindo de parâmetro para o aforamento e tramitação das ações e conseqüente prestação da tutela.⁹

A melhor jurisprudência, inclusive, já sacramentou a instrumentalidade do processo como princípio norteador do processo civil, como evidenciam os arestos transcritos ilustrativamente: "A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da Justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-lo" (STJ, Ac.un. 4ªT., REsp.15.713-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueredo, j.4.12.91, DJU 24.2.92, p. 1876); "Instrumentalidade. O STJ vela pela exata aplicação do direito federal, atento à circunstâncias de que o nosso sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas. Daí que poderá o eventual descumprimento de determinada disposição legal não conduzir à inutilização do processo" (STJ, Ac.un.3ªT., ARAg.70.026-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.22.6.95, DJU 25.5.95, p. 31107).¹⁰

Mas não é só. Não basta que se lhe reconheça a função de instrumento, meio adequado para a pacificação social e a aplicação do direito material correspondente e incidente em cada caso concreto (visão *instrumentalista*), é preciso que o processo seja *efetivo*, ou mais especificamente, que entregue tudo o que tenha direito o interessado no tempo e modo que precisa.

A efetividade resulta da necessidade premente de garantir, concomitantemente, a entrega da tutela jurisdicional (dando a cada um o que é seu. *Suum cuique tribuere*, como pregavam os latinos) e a igualdade entre os cidadãos – não só a igualdade processual, mas, sobretudo, aquela preconizada constitucionalmente, asseverando serem todos iguais perante a lei.¹¹ Mas não é só. *A efetividade do processo permite, por um outro prisma, que se lhe dê uma função social, como mecanismo concreto, viável e eficaz de pacificação social.*

Admitir a lentidão na prestação da jurisdição pelo Estado-Juiz é permitir que sejam beneficiados os economicamente mais fortes, em

detrimento não somente da parte mais fraca (em regra, aqueles mais prejudicados pela infringência de seus direitos), mas, de modo idêntico, do próprio estado democrático de direito, quando infringida a igualdade de todos perante a lei.

Essa efetividade buscada pelo processo, entretanto, somente será atingida se prestada a tutela jurisdicional rapidamente, sem dilações de tempo indevidas. Não se pode admitir efetiva (até mesmo na acepção gramatical da palavra) a prestação jurisdicional tardia ou demorada.

"Inegável é o requisito da celeridade na prestação jurisdicional como integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito", na observação percutiente do Prof. Luiz Fux (cf. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 4). Daí, então, valer a observação de que o processo somente será efetivo se célere e eficiente, dando a cada um o que é seu, na medida em que foi provocado.

Averbe-se, ademais, existir apenas uma aparente contradição entre a busca da efetividade processual e o respeito ao cânone constitucional da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, a garantia do devido processo legal, com a ampla defesa e contraditório que lhe são inerentes, não obstaculiza uma prestação jurisdicional célere e eficaz. *A contrario sensu*, são absolutamente conciliáveis as idéias de efetividade (com celeridade e eficácia) e de garantia à ampla defesa e ao contraditório. Veja-se que o devido processo legal nada mais é senão a possibilidade, de um lado, de acesso à justiça, deduzindo sua pretensão resistida pela parte contrária, e, de outro lado, de defender-se com todos os meios possíveis. Enfim, exerce-se o *due process of law*, com a possibilidade de atuar e responder a todas as alegações formuladas, produzindo provas, perante um juiz imparcial, isento e competente e com vistas a obter uma decisão consentânea com o Direito.

O devido processo legal, dessarte, é possível em procedimentos céleres e eficazes. O fato de se concentrar a dilação de provas e simplificar os atos processuais não são óbices ao exercício de defesa amplamente, através dos meios previstos, apenas se evitará a

eternização desse direito à ampla defesa. Ora, "se a realidade do mundo atual muitas vezes não comporta a espera do 'tempo' dispendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao 'devido processo legal' somente poderá se realizar através de um processo de cognição sumária", nas candentes palavras de Luiz Guilherme Marinoni.¹²

Em verdade, o que se tem é que a celeridade e eficácia do processo é mais um elemento tendente a garantir o devido processo legal, permitindo um julgamento rápido, justo e público.

Essa efetividade (consubstanciada na prestação célere, eficaz e justa) se materializa através de decisões judiciais amplas, capazes de tratar das questões da vida em concreto e evitando o "passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo", como atesta Dinamarco, em seu festejado *A Instrumentalidade do Processo* (p. 301).

Frente aos argumentos suso escandidos, ressumbra, como corolário, a idéia de que a *efetividade* é o escopo precípua do processo, que nada mais é, senão, *instrumento* para a garantia e eficácia do Direito Material, dando a cada um o que é seu, através de um provimento *célere* e *eficaz*. No dizer de Chiovenda, há de se reconhecer essa proximidade entre o processo e o direito nele controvertido, devendo aquele estar "a *serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica*".¹³

2. A Busca da Garantia do Acesso à Ordem Jurídica Justa e Eficaz e a Onda Reformista

Destacado, como restou alhures, que a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-Juiz deve se dar com a efetivação das normas materiais, através de um instrumento célere e eficaz (o processo), é de se ressaltar que essa tutela jurisdicional, de modo a respeitar o princípio basilar da igualdade, deve estar ao alcance de todos, inclusive daqueles hipossuficientes economicamente ou daqueles outros

desestimulados pela demora na solução judicial (constituindo-se, muitas vezes, páreas sociais, no que pertine ao acesso à Justiça).

Equivale a dizer, tem-se como ponto inafastável do estado democrático de direito que o acesso à justiça deve estar ao alcance de todos e que esse acesso compreende não somente o direito de acionar a máquina judiciária (com isenção de taxas e custas, se necessário), mas também de obter a tutela adequada e célere, de modo a que não esteja perecido ou desnaturado o direito substantivo da parte.

A realidade social – máxime em países, como o nosso, com francas desigualdades sócio-econômicas e com omissão estatal de suas obrigações básicas, como a prestação de assistência jurídica e judiciária gratuita – é outra. Os mais carentes, além da natural dificuldade em movimentar a máquina judiciária pelos seus poucos recursos, sofrem com a falta de organismos que possam atuar em sua defesa direta e efetiva.

Dentro desse panorama de necessidade de incrementar maior presteza, agilidade e segurança na prestação da jurisdição pelo Estado – necessidade premente de tutela efetiva (célere e eficaz) – e garantir o acesso à justiça a todos, implementaram-se diversas alterações setoriais na legislação processual, desde o ano de 1994, de modo a permitir maior rapidez nos julgamentos, imprimindo efetiva solução.

São alterações setoriais,¹⁴ que visam atacar problemas sócio-judiciais decorrentes da demora na prestação jurisdicional, ou da falta de efetividade do processo, como elementos deterioradores do Direito Material e como fonte de descrédito do processo. Enfim, buscam-se novos procedimentos e institutos, dotados de técnica tendente a vencer os óbices para uma prestação jurisdicional efetiva.

Questões de relevo para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa e eficaz, tais como a antecipação dos efeitos da tutela (CPC 273), a previsão de uma tutela específica para as obrigações de fazer e não fazer (CPC 461), a simplificação de atos processuais..., passaram a estar na pauta do dia, sendo objeto das “mini-reformas”, de modo a propiciar melhor prestação jurisdicional, através do aprimoramento da legislação, conferindo-lhe maior caráter de efetividade.

Enfim, as reformas servem como contribuição "para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico", como enxerga o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,¹⁵ um dos cérebros propulsores das alterações legislativas.

Trata-se de um mecanismo jurisdicional importante na incessante busca de uma tutela jurisdicional mais funcional, adequada, célere e eficaz, buscando-se, através de alterações legislativas oriundas da própria comunidade jurídica, adequar o processo à realidade contemporânea.

3. A Audiência Preliminar na Sistemática Processual e a Busca de Melhor Prestação Jurisdicional

3.1 Conceito de Audiência

Partindo de uma idéia genérica, audiência é todo e qualquer ato processual, presidido pelo juiz, ao qual comparecem (na sede do juízo) as partes, seus representantes processuais (advogados), o representante do Ministério Público (se intervir no feito) e, eventualmente, terceiros (como testemunhas, peritos, intérpretes...), com o fito de realizar outros atos processuais de relevo para atingir o final do processo.

É, portanto, a um só tempo, a

"a) sessão solene em que o juiz, na sede do juízo ou em local por ele designado, interroga as partes, ouve os advogados e pronuncia o julgamento; b) ato processual, no qual se tem, sob a presidência do magistrado, a instrução, o debate dos fatos e do direito e a decisão da causa; c) ato de ouvir, em juízo, os litigantes ou o órgão do Ministério Público; d) oportunidade que se dá ao litigante para arrazoar verbalmente ou por escrito; e) ação do órgão julgante de escutar as partes, peritos e testemunhas",

como enfatiza Maria Helena Diniz,¹⁶ evidenciando as múltiplas funções processuais da audiência.

Diante desses elementos, fatal será, de logo, reconhecer a complexidade¹⁷ desse ato processual, pela possibilidade de prática de diver-

...sos outros atos, inclusive culminando, em regra, com a apresentação do veredito.

Aliás, é tamanha a complexidade da audiência, enquanto ato processual, que nas Ordenações não se apresentava como ato integrante do processo, mas como "ato coordenador da atividade forense em geral".¹⁸ Em sendo assim, deveria o magistrado, conforme exigisse o expediente forense, designar uma ou mais audiências semanais, dado o seu caráter complexo, podendo nelas adotar toda e qualquer providência, sempre, porém, com o fito de organizar as atividades judicantes, inclusive ordenando os processos que, mais adiante, seriam julgados.

Com o avanço do Direito Processual como disciplina jurídica autônoma e a busca de melhor prestação jurisdicional, a audiência passou a significar o tempo em que o juiz dedicava atenção às partes, e seus advogados ou procuradores (começando pelo mais antigo), praticando atos de cunho administrativo ou judicial.

Registre-se, por oportuno, que o CPC de 1939, ao não adotar o sistema oral puro – apesar das proposições nesse sentido contidas na Exposição de Motivos – suscitou aguerridas discussões doutrinárias, tendo, dentre outros, Eliézer Rosa (*Dicionário de processo civil*, 1957) vislumbrado na audiência fator de eventual retardamento do processo. Culminou, então, com a apresentação das idéias do Prof. Galeno Lacerda, catedrático de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRS, em sua obra *Despacho Saneador* (1953), propondo a supressão da audiência (questão, até então, inaceitável) nos casos de julgamento antecipado da lide.

Apesar da inicial resistência jurisprudencial, a proposta ganhou corpo e com o advento do CPC de 1973 veio o Ordenamento pátrio a admitir a possibilidade de julgamento antecipado da lide, com supressão da audiência, o que veio a importar em delimitação da função realmente útil deste ato.

Já admitida como ato processual, o que apresenta-se fora de qualquer dúvida, a audiência traz consigo como caracteres precípuos, que servem como traços característicos: a) *complexidade* (dada a possibilidade de envolver em si outros atos, por sua duração e extensão);

b) é *ato solene* (devendo ser praticado mediante a observância de determinadas fórmulas que, entretanto, só terão o condão de nulificar o processo, se gerar prejuízo, nos termos do CPC 244); c) *publicidade* (característica inerente a todo o sistema processual, significando a possibilidade de qualquer pessoa assisti-la, dêis que submetendo-se à direção do magistrado)¹⁹; d) *ato dirigido pelo juiz* (a quem compete o poder de polícia, além de ser o destinatário do resultado colhido); e) *identidade física do juiz* (pela interatividade propiciada pela audiência, momento em que todos os elementos marcantes do processo avultam, o juiz que conclui-la estará vinculado ao feito, consideradas as exceções do CPC 132); f) *unicidade e continuidade* (é ato processual único, com começo, meio e fim, não significando, porém, a impossibilidade de ser fracionado, quando necessário).

3.2 Audiência e Princípio da Oralidade * * * * *

Depois do declínio resultante da influência do processo romano (a partir de Justiniano com o *Corpus Iuris Civilis*) e do próprio processo canônico, o princípio da oralidade (que, apesar de tudo, nunca foi alijado da ciência) voltou a ganhar importância com a adoção de inúmeros institutos do processo sumário da *Clementina Saepe*, permitindo-se debates orais e reduzindo formalismos.²⁰

A oralidade está umbilicalmente ligada à idéia de *celeridade* e de *efetividade* – porque tem a capacidade de garantir acesso efetivo à justiça e julgamento mais rápido – e tem seu campo de atuação mais importante na colheita da *prova*, onde o contato físico do juiz diretamente com a prova (em face dos caracteres principiológicos da *imediatez*, *identidade física do juiz* e *concentração*) traz maior segurança na formação de um juízo de razão e abrevia o final da contenda.

Consoante a lição de Giuseppe Chiovenda "a audiência relaciona-se estreitamente com os princípios da oralidade e publicidade, é de suma importância no processo oral, exatamente porque destinada à discussão integral da causa, o que compreende todas as atividades processuais",²¹ evidenciando a relevância conferida ao ato.

Muito embora não a adote de modo expresso (como o fez o código italiano, em seu art. 180 ou mesmo a Lei nº 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais, logo em seu art. 2º), o nosso CPC, ainda que indiretamente, admite o princípio da oralidade e o valoriza, como atesta o comando 132. Aliás, na própria Exposição de Motivos (nº 13) o CPC também indica o acolhimento da oralidade com as suas consequências lógicas.

Mencione-se, inclusive, a existência de opiniões mais incisivas sobre o valor da oralidade, como a de Malatesta, para quem a prova produzida oralmente haverá de ser apreciada pelo julgador com valor superior ao da prova produzida por escrito, aconselhando a produção daquela porque *"la razón estará en la inferioridad que como prueba presenta siempre el escrito comparado com la palabra"*.²²

É de se fazer referência, no entanto, ao fato de que o princípio da oralidade em nosso Ordenamento Processual está, hodiernamente, enfeixado nos limites de sua essencialidade, acolhido como elemento propulsor para a descoberta da verdade que deve emergir do processo, porém despido de obrigatoriedades estéreis (como, aliás, evidencia a possibilidade do julgamento antecipado da lide, CPC 330). Haverá de ser afastada a oralidade em casos nos quais se perceba a desnecessidade do ato processual ou em que o resultado seja alcançado de maneira distinta.

3.3 Divisão Tópica

Apesar de una e contínua, é importante evidenciar a possibilidade de a audiência desdobrar-se em duas fases distintas, uma *conciliatória* e outra, posterior (somente se frustrada a primeira etapa), de *instrução e julgamento*.

Essa divisão tópica das fases da audiência foi implantada pela reforma processual do CPC, notadamente com a Lei nº 8.952/94, determinando que, não incidindo nenhuma das hipóteses de julgamento antecipado da lide (CPC 330) ou de extinção do processo (CPC 267 ou 269) e deverá o juiz designar data para realizar audiência prelimi-

nar, intimando-se as partes e seus advogados para comparecerem, com o fito de transigir.

Importante esclarecer que a audiência, como ato processual único, submetido à busca da efetividade e instrumentalidade, *somente existirá quando não se tratar de hipótese de extinção do processo (CPC 267 ou 269) ou de julgamento antecipado (CPC 330)*;²³ porque, nesses casos, avultará a imediata prolação de decisão judicial, em homenagem à insuperável busca da celeridade. Justifica-se tal conduta, inclusive, porque a audiência preliminar foi instituída para abreviar a composição do dissídio instaurado entre as partes, não para retardar ou complicar o seu julgamento. Assim, advindo decisão, a partir da extinção do processo ou do julgamento antecipado da lide, não tem sentido protelar o julgamento, o que atentaria contra a celeridade e efetividade.²⁴

No mesmo passo, somente haverá a fase de instrução e julgamento, acaso frustrada a composição conciliatória entre os contendores, o que, obviamente, ocorrendo implicará em decisão homologatória, formando título executivo judicial (CPC 584 III).

A existência de fase própria para tentativa conciliatória, não significa, contudo, que o juiz não deva proceder, mais uma vez, à tentativa de composição quando do início da fase de instrução e julgamento, como reza o comando 447 do Pergaminho Adjetivo Civil. Impõe-se a ele, naquele momento, novamente proceder à tentativa conciliatória, até mesmo porque o CPC 125 I confere-lhe o poder de, a qualquer tempo, buscar a composição do litígio.

Bem entendem Néelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery que essa será "*mais uma das oportunidades que se apresentam ao magistrado*"²⁵ para a conciliação das partes.²⁶

Ou seja, "*a tentativa pode ser repetida também no curso da instrução, mas ela deverá ser feita logo*";²⁷ na primeira fase da audiência, como salienta Francesco Carnelutti, indicando a premente necessidade de tentativa de composição inicial, como fator preponderante para a economia processual.²⁸

3.4 Conciliabilidade como Elemento Preponderante no Processo

Uma das incumbências do juiz no processo civil contemporâneo concerne, sem dúvida, à tentativa de conciliação, *se a natureza do direito em disputa consentir*, logo na primeira fase da audiência, de modo a colocar fim ao conflito de interesses, pela via amigável.²⁹

A tentativa conciliatória é função delicada do juiz, devendo se servir da eqüidade, buscando inspiração em outras áreas do conhecimento (como a psicologia e a sociologia), fazendo as partes – e seus advogados – verem as vantagens da composição imediata, colocando fim à contenda e gerando imediatos efeitos. Tudo isso, porém, sem descambar para desregradas imposições ou ameaças, que poderão, inclusive, macular sua necessária imparcialidade para o julgamento.

Socorrendo-nos das luzes emanadas do mestre José Carlos Barbosa Moreira, confirma-se a *"extrema delicadeza do papel do juiz nesse momento: cabe-lhe envidar esforços no sentido da composição amigável da lide, abstendo-se, porém, de fazer pressão sobre qualquer das partes para que aceite um acordo em termos a que não se mostra disposta a anuir"*.

E conclui com a proficiência que lhe é peculiar: *"deve o juiz, especialmente, evitar que transpareçam de sua intervenção indícios de um prejulgamento da causa"*.³⁰

Igual preocupação externava Carnelutti, advertindo ao juiz em cuidar para não degenerar em *"insistências excessivas e inoportunas"*, atitude típicas daqueles mais *"preocupados em eliminar o processo que em conseguir uma paz justa entre as partes"* (op. cit., p. 69).

É claro, porém, que a conduta judicante de aconselhamento das partes no sentido de efetivar a conciliação, mostrando as vantagens do acordo não poderão macular sua atuação profissional. Calha bem à espécie invocar trecho de *decisum* do Eg. TJ/SC aclamando o entendimento ora esposado:

"Juiz. Exceção de suspeição. Conduta conciliatória não caracterizadora da hipótese prevista no inciso IV, do art. 135, do CPC [...] Dentre os poderes e deveres do Juiz, na direção

do processo, está o de buscar, a qualquer tempo, a conciliação das partes (art. 125, inciso IV, CPC), pois nem sempre no processo judicial, a solução imposta pelo Estado propicia a composição justa e ideal da lide e, muitas vezes, o resultado final desta imperfeita prestação jurisdicional exige tempo e recursos demasiadamente onerosos para as partes. Uma das características da atividade conciliatória é a de mostrar os inconvenientes do litígio e os proveitos da composição amigável, sem, contudo, por óbvio, exercer um prejuízo da lide. O aconselhamento previsto no inciso IV, do art. 135, do CPC, ensejador da arguição de suspeição do Magistrado, caracterizou a busca do acertamento entre as partes, e não um comportamento parcial por parte do julgador” (TJ/SC, Ac.un.3ªCâm. Cív., Exc.Susp.97.06486-1 – comarca de Florianópolis, Rel. Des. Silveira Lenzi, j.19.8.97, v.u.).

O nosso CPC vigente, aliás, buscou inspiração nas velhas tradições luso-brasileiras para acolher a conciliação como elemento preponderante na direção do processo. Desde a fase dos Ordenamentos (Livro 3, Título XX §1º) constava que “no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam suas despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso”.³¹

A conciliação (*rectius*, a tentativa de conciliação) entre as partes, portanto, afigura-se como forma de solução da contenda, sendo necessária, não somente para tentar abreviar a demora da prestação jurisdicional, mas, igualmente, para conscientizar as partes para o ônus e a insegurança inerentes ao processo.

3.5 Harmonização com a Agilidade do Processo (Escopo Fundamental do Processo) e Vantagens da Audiência Preliminar *****

Implantada pela Lei nº 8.952/94, a fase preliminar da audiência – CPC 331 – será obrigatória nos processos submetidos ao rito ordinário;³² realizando-se ao final da fase postulatória e das providências preliminares, trazendo consigo múltiplas funções: a) *tentativa conciliató-*

ria, pondo fim ao processo com decisão homologatória; b) *atividades saneadoras*, devendo o juiz apreciar eventuais questões pendentes; c) *delimitação da atividade probatória (ordenamento da instrução)*, após a fixação dos pontos controvertidos da lide, devendo o magistrado indicar as provas a serem produzidas; d) *designação de data para a fase instrutória e de julgamento*, se preciso colher provas em novo ato.

Não há dúvida da grande utilidade prática desta fase conciliatória, compreendendo este ato preliminar não somente a tentativa de composição amigável, mas também, providências outras, visando à garantia de uma decisão justa, segura e célere.

Daí vislumbrar Carreira Alvim na audiência preliminar importante contribuição *"para imprimir maior celeridade, tornando mais rápida a prestação jurisdicional"*.³³ Conclui, em seguida, forte na doutrina de Dinamarco, constituir-se tal providência em *"manifestação modernizada do tradicional despacho saneador luso-brasileiro e, e outro lado, um moderno instrumento de diálogo entre as partes e o juiz, na tentativa de eliminação dos conflitos"* (op. et loc. cit.).

Theodoro Júnior, procurando inspiração em Liebman, entende a audiência como destinada para *"operar como um filtro", resolvendo e eliminando 'as questões preliminares ou de contorno', de modo a transferir à audiência principal 'uma causa já depurada das escórias e reduzida às questões decisivas de fato e de direito'*.³⁴

De fato, são indubitáveis as vantagens decorrentes do novo instituto processual, que, em seu conteúdo e forma, procura estar em consonância, antenado, com a moderna concepção do processo, admitido como *instrumento* posto à disposição dos interessados, para tornar efetivo o direito material violado (ou ameaçado de violação). E nessa harmonização com a concepção contemporânea do processo, efetivava-se um *"casamento poligâmico"*,³⁵ através do qual concentra-se, em um só ato, a tentativa de conciliação das partes e, acaso frustrada, a preparação completa da atividade probatória, sintetizando os pontos que precisam ser provados, de modo a propiciar maior celeridade e segurança na dilação probatória.

Nesse passo, é possível vislumbrar vantagens diversas para o processo, dentre elas: a) maior eficácia na busca conciliatória³⁶ (apaziguan-

do os ânimos e procurando aconselhar as partes); b) concentração, em momento único, da conciliação e saneamento, conferindo aos advogados possibilidade de discutirem diretamente com o juiz os seus argumentos, facilitando, inclusive, eventual interposição de recurso; c) maior objetividade da atividade probatória, devendo incidir sobre os pontos controvertidos fixados, "enxugando-se" a instrução; d) menos dispêndio de tempo e recursos – e maior brevidade – na realização de provas; e) maior segurança na formação de um estado de certeza em relação ao convencimento do magistrado.

Destarte, a utilidade prática (como elemento para a efetividade e instrumentalidade do processo) da audiência preliminar é incontestada, consubstanciada nas suas múltiplas funções. De um lado, permite a busca mais eficaz da conciliação e, de outro turno, serve de palco para a realização do saneamento e ordenamento do processo – e do procedimento – traçando caminho seguro a ser seguido na dilação de provas, até desaguar na sentença.

Explicita-se, então, a destinação desse ato processual preliminar não só para tentar compor amigavelmente as partes, mas, de igual importância, para a prática de outras relevantes atividades destinadas ao saneamento, ordenação e delimitação da prova a ser produzida.

3.6 Audiência Preliminar no Direito Comparado * * * * *

É clara a influência do direito comparado, especialmente de experiências alemãs, italianas e austríacas, nas alterações implementadas recentemente em nossa legislação processual.

No que pertine à audiência preliminar não é diferente:³⁷

A primeira notícia histórica que se tem da sistematização de uma audiência preliminar consta do direito austríaco, na *zivilprozessordnung* de 1895, que implantou a *Erste Tagsatzung*, uma audiência técnica inicial.

Também no direito alemão há referência ao instituto. Muito embora seja facultado ao juiz o poder discricionário de optar pela forma mais adequada de procedimento, escrito ou oral, com realização de "pré-

audiência", com finalidade de preparar a audiência principal, de modo que o juiz possa conduzir o processo com plena *maturità* – §273 ZPO. Na Itália, também após recentes modificações na legislação processual, implantou-se uma *prima udienza di trattazione* (CPC italiano 183), fazendo par com a já existente *audiência de primeiro comparecimento* (art. 180). Assim, as atividades pertinentes à audiência preliminar de nosso Direito, são objeto de dois atos processuais no direito italiano, dividindo-se nas duas audiências supracitadas.

O processo civil espanhol também traz consigo a previsão de comparecimento obrigatório das partes perante o juiz, após a postulação, no *juicio de menor cuatía*, com vistas a tentar a conciliação, dentre outras atividades previstas no art. 691/692 da LEC. Enquanto isso, Portugal, buscando inspiração no Código de Processo Civil Modelo (Tipo) para a América Latina, criou em 1993 as *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*, ampliando para sete os objetivos da audiência preliminar, que até então eram de apenas dois.

Merece referência, ainda, o direito uruguaio, que possui no art. 340 de seu *Código General del Proceso*, a previsão de uma audiência preliminar, logo após a fase postulatória, com funções conciliatórias, saneadoras, de ratificação da demanda e de fixação do objeto do processo e da prova.

Também em países de direito consuetudinário, como a Inglaterra, dispõem de audiências preliminares. Ali, há a audiência *summons for directions*, dividindo-se o processo inglês em duas fases, pertinentes ao conjunto de atividades preparatórias e ao julgamento do *meritum causae*. No direito ianque, mais notadamente em Nova Jersey e Detroit, também há referência a uma audiência em que os juízes procuram solução amigável, bem como tentam elucidar questões incidentais. É a *pre-trial*, já acolhida pela *Federal Rules of Civil Procedure*, espalhando-se pelas demais unidades federativas norte-americanas.

Indubitável será reconhecer, finalmente, a influência do Código-Modelo de Processo Civil para a América Latina (editada pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual), com a inspiração dos institutos similares dos países supracitados – direito alemão, austríaco, italiano, espanhol e uruguaio, além da *summons directions* inglesa e

pre-trial norte-americana.³⁸ Com efeito, o art. 300 e ss. do Código Tipo para a América Latina (obra de natureza doutrinária que divisa o direito positivo e um tratado, com o fito de criar modelo capaz de atender às necessidades comuns dos países ibero-americanos) foi acolhido em quase sua totalidade pela nossa reforma, culminando com o texto do CPC 331.

4. A Audiência Preliminar na Proposta de Revisão Legislativa

4.1 Audiência Preliminar como Fruto da Onda Reformista

A simples – e ainda que perfunctória – análise do conteúdo do princípio da efetividade (tutela eficaz, adequada e célere), à luz, por óbvio, da necessária instrumentalidade, confrontando-o com as funções inerentes à audiência preliminar, permite detectar uma colidência de interesses buscados.

Se o princípio da efetividade traz consigo a garantia do acesso amplo à justiça (perseguindo uma tutela adequada, eficaz e célere) e se a audiência preliminar é instituto vocacionado à maior concentração de atos processuais (se frustrada a conciliação das partes), forçoso é reconhecer uma convergência de finalidades, em face do enorme ponto de interseção existente, com forte conteúdo social – entrega de tutela jurisdicional mais célere, eficaz e segura.

Foi essa comunhão de desígnios que fez com que o legislador reformista inserisse, por meio da Lei nº 8.952/94, a audiência preliminar no ordenamento processual brasileiro, buscando, através da complexidade típica da audiência, soluções conciliatórias e, não se efetivando, concentrar o saneamento, ordenamento e organização da prova a ser produzida. Tudo com o fito claro e indubitado de celerizar a entrega da prestação jurisdicional e dar maior segurança e eficácia no julgamento.

Mas o texto legal implementado padece de algumas vicissitudes, já sendo possível antever imperfeições técnicas, que terminam por causar prejuízo ao andamento do feito, atentando, no final das contas, contra a *efetividade* do processo.

Trata-se, *exempli gratia*, da impropriedade da expressão "versar sobre direitos disponíveis", uma vez que há efetiva possibilidade de transação em ações que tenham como objeto direitos indisponíveis, podendo, dentre outras hipóteses, o réu assentir ao pedido, em uma ação investigatória de paternidade. Assim, apresenta-se premente uma nova alteração legislativa de modo a aperfeiçoar o texto legal (CPC 331), dando-lhe feição mais objetiva e clara, possibilitando aplicação mais ampla.

4.2 O Novo Texto Legal Proposto * * * * *

Consta do anteprojeto, a proposta de nova redação do CPC 331:

"se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir".

Cria-se, ainda, um §3º, com a redação seguinte: *"se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do parágrafo anterior".*

4.3 Melhor Tratamento da Matéria * * * * *

O texto legal proposto, superando dificuldades interpretativas existentes e a imperfeição técnica da redação primitiva, apresenta tratamento mais adequado da audiência preliminar com as suas múltiplas finalidades almejadas, de modo a otimizar o instituto.

A começar pela melhor designação do instituto, que deixa de ser nominado "audiência de conciliação", passando a "audiência preliminar", deixando evidente a *multiplicidade* de funções do ato processual,³⁹ uma vez que não tem unicamente o propósito conciliatório,

servindo, também, como visto alhures (item 3.5), para o saneamento das questões pendentes, à ordenação de provas, após fixação de pontos controvertidos e à designação, se preciso, de nova data para a fase de instrução e julgamento.

O título da Seção, por idênticas razões, sofre alteração semelhante, passando a ser nominado "*Da audiência preliminar*".

Também substitui-se a infeliz expressão "*direitos indisponíveis*" – que tantas dúvidas fez florescer – por outra mais abrangente, ampla, "*direitos que admitam transação*", aqui inserindo não somente os "*disponíveis*" (aqueles, em regra, de cunho patrimonial apenas), mas, por igual, alguns "*indisponíveis*", que, por sua natureza híbrida (caráter patrimonial subsidiário) ou por circunstâncias exógenas venham a admitir transação.

Aperfeiçoou-se, ainda, o texto ao indicar a *possibilidade da parte se fazer representar em juízo*, quando da audiência preliminar, através de representante (o advogado ou outra pessoa qualquer, dêz que dispondo de poderes para tanto) ou de preposto, de modo a facilitar a representação da pessoa jurídica.

Aliás, já havia *communis opinio doctorum* no sentido da inexistência de nulidade (não se repetindo, portanto, o ato processual) quando do eventual de comparecimento na audiência somente dos advogados ou somente das partes – até porque incompatível a nulidade com o espírito instrumentalista do novo processo civil. O que se exige, e isso é imperativo, é a perfeita intimação das partes e de seus advogados constituídos para a audiência preliminar.⁴⁰ Nesse conceito de parte, compreenda-se autor, réu, o Ministério Público – quando funcionar no feito (devendo ser intimado pessoalmente – CPC 236 §2º), os litisconsortes e os assistentes litisconsorciais (excetuado, por óbvio, o assistente simples).⁴¹

Nesse diapasão, a cátedra do magistrado federal José Eduardo Carreira Alvim:

"como os princípios da economia e celeridade processuais aconselham não se perca a audiência, sempre que nela possa ser realizado algum ato, se as partes houverem comparecido à

audiência prévia, apesar de ausentes seus advogados –, tenham ou não sido regularmente intimados –, nada impede pros siga o juiz na tentativa de conciliação, por se tratar de um ato que envolve exclusivamente as partes e o juiz”.⁴²

É óbvio que, para se admitir a presença apenas do advogado, do representante legal ou do preposto, é necessário que disponham de poderes específicos para transigir, contidos em mandato específico,⁴³ pouco importando serem, ou não, profissionais do direito.

Frise-se, ademais, inexistir sanção para o não comparecimento das partes e de seus advogados, apenas restando prejudicada qualquer tentativa conciliatória, seguindo o magistrado nas demais funções inerentes à esse momento processual, saneando questões pendentes, fixando os pontos controvertidos e indicando a prova a ser produzida, além de, se necessário, designar data para a etapa de instrução e julgamento.

Ainda que ausentes ambas as partes ao ato, impõe-se ao juiz praticá-lo, dando por prejudicada a tentativa conciliatória⁴⁴ – que poderá ser formulada em outros momentos, como no início da fase instrutória, ex vi do disposto no CPC 448 c/c 125 I –, e praticando os demais atos pertinentes àquele momento.⁴⁵ Essa a posição de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, salientando que *“a lei não estabelece consequência alguma, que atinja quaisquer das partes, pelo não comparecimento à audiência”*.⁴⁶

Mas não é só.

Acrescenta-se mais um parágrafo, o 3º, ao artigo, procurando deixar clara a possibilidade de dispensa da audiência preliminar nos litígios cujo direito em disputa não admitir transação, hipótese em que o juiz deverá, de logo, lançar nos próprios autos a decisão de saneamento e ordenamento da prova.

Essa dispensa da audiência preliminar também ocorrerá quando as circunstâncias da causa deixarem perceber a improvável ocorrência de transação naquele momento processual,⁴⁷ o que fica ao prudente arbítrio do juiz perceber, quando fatos extrínsecos ou intrínsecos ao processo, faça crer na inutilidade do ato, ao menos naquele momen-

to. É claro que tal fato não significará a impossibilidade de futura tentativa conciliatória, o que poderá ser procedido a qualquer momento, no início da fase instrutória, ou em qualquer outra passagem, com supedâneo no CPC 125 I.

Não é despicendo esclarecer, ademais, que a previsão legal de dispensa da conciliação das partes em determinados casos tem o mesmo embasamento técnico-doutrinário da possibilidade de o juiz tentar conciliar as partes, a *qualquer tempo*. Equivale a dizer, assim como poderá ser dispensada a audiência preliminar, nas hipóteses tracejadas no novo §3º do comando 331 CPC, poderá, também, se tentar, em qualquer momento – inclusive *in limine litis*, antes mesmo de apresentada defesa –, a composição amigável, com fundamento no CPC 125 I, que faculta tal possibilidade ao juiz.

Em outras palavras, não há exclusividade da tentativa conciliatória no momento processual do CPC 331, podendo, a qualquer tempo – inclusive *initio litis* ou após concluída a dilação probatória – se tentar conciliar.⁴⁸

As modificações implementadas, portanto, significam melhor tratamento da matéria, esclarecendo pontos obscuros ou controversos e buscando maior eficácia prática no ato, sempre com vistas a garantia da *efetividade* do processo.

4.4 A Indisponibilidade do Direito em Litígio e Hipóteses de Inexigibilidade da Audiência Preliminar

A questão provavelmente mais palpitante relacionada à audiência preliminar diz respeito a sua realização, ou não, quando o direito que está em controvérsia tiver natureza indisponível.

Desde o primeiro momento de vigência do texto legal do CPC 331, em 1994, a *communis opinio doctorum et consensus omnium jurisprudencial* já acenava no sentido de se entender a expressão "direitos disponíveis" de "forma a compreender aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém por ele, o poder de 'disposição', seja no campo do direito de família, patrimonial, obrigacional ou

qualquer outro", como acentua Carreira Alvim,⁴⁹ indicando um campo interpretativo amplo, não restringindo-se somente aos direitos de cunho patrimonial.

Deste modo, somente os direitos apresentados insusceptíveis de transação é que estarão excluídos das latitudes do CPC 331. Esmiuçando, sempre que o litígio admitir alguma espécie de transação (ainda que parcial) terá lugar a audiência preliminar.

Esse, sem dúvida, o mais importante papel da nova redação proposta: colocar *dies cedit*, pá de cal, em qualquer controvérsia, esclarecendo a necessidade de realização de audiência preliminar em todo e qualquer litígio que admita qualquer espécie de transação, ainda que em parte.

Sobreleva esclarecer, nesse passo, que muitos dos direitos cuja natureza seja *indisponível*, *admitem*, de algum modo, *transação*, não se confundindo, por óbvio, as duas expressões. A possibilidade de transação em tais direitos gravita por se tratar de questões meramente quantitativas (como no caso da ação de alimentos), pela posição que ocupam (podendo a parte contrária ceder, chegando a denominador comum, como nas ações de investigação de paternidade, podendo o suposto pai reconhecê-la) ou mesmo pela própria alteração da postulação apresentada em juízo (quando as partes alteram o pedido). Enfim, vários motivos podem dar lugar à transação em direitos de natureza indisponível.

Admitem transação, *v.g.*, o *quantum* da pensão a ser estabelecida, na ação de alimentos, muito embora seja indisponível o direito em que se funda a demanda. De igual forma, mesmo nas causas em que pessoa jurídica de direito público for parte, poderá ocorrer transação, em face do permissivo constante da Lei nº 9.496/97 e da própria Lei Complementar nº 73/93, que disciplinou a carreira da Advocacia-Geral da União. Merece referência o fato de que a Lei nº 9.469/97, *in litteris*, em seu art. 1º, veio a autorizar o Advogado-Geral da União ou os dirigentes máximos de Autarquias, fundações ou empresas públicas federais a "*realizarem acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas até R\$50.000,00*", nas demandas em que tais entes sejam réu, autor, assistente ou oponente. Não foi só. Permitiu,

ainda, transação mesmo nas causas que excedam tal importância, apenas exigindo prévia autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República (§1º, art. 1º). Só foi obstada a conciliação com relação ao "patrimônio imobiliário" da União (§2º).

Obviamente, que o momento propício, oportuno e indicado, para tal composição (acordo), nos procedimentos ordinários, será a audiência preliminar.

Demais disso, veja-se que a possibilidade de transação, muita vez, dependerá da posição ocupada pela pessoa titular do direito indisponível (ou melhor, *que não admita transação*) no pólo da relação jurídico-processual. Em sendo assim, em uma ação investigatória de paternidade, apesar do caráter indiscutivelmente indisponível, inclusive sendo vedado ao autor dispor do seu direito, haverá de se designar data para a audiência preliminar, pela possibilidade de o demandado reconhecer a paternidade, pondo fim ao conflito de interesses. Carreira Alvim reconhece, também, que depende da "*índole da controvérsia, antes que da natureza do direito mesmo, pois em que pese a apregoada indisponibilidade da substância de tais direitos, pode haver disponibilidade do mero interesse, que se contém neles, para o que se presta a audiência preliminar*";⁵⁰ exemplificando, com rara maestria, com a possibilidade de a União Federal conceder prazo de para a desocupação de uma área, nos autos de ação reintegratória. Ou seja, apesar de não poder dispor do direito sobre a área imobiliária, a índole da ação permitirá que se conceda prazo para a desocupação.

Também merece referência a hipótese ventilada por Wambier, Talamini e Almeida,⁵¹ quando "*as partes 'cedem', aterando a postulação feita em juízo*", transformando um direito indisponível em plenamente disponível, como é o caso da ação de anulação de casamento (indisponível), na qual as partes podem acordar em transformá-la em ação de separação consensual (com possibilidade de composição amigável).

A solução alvitrada (com a redação proposta para o CPC 331) indicando a realização da audiência preliminar nos casos de "*direitos que*

admitam transação" (ainda que parcial) precisa ser *interpretada*, também, *ampliativamente*, de maneira extensiva, de modo a não excluir eventuais direitos que, embora em grau menor ou através de diferente maneira, também admitam transação. Veja-se o interessante exemplo, mencionado acima, suscitado por Wambier, Talamini e Almeida, da ação anulatória de casamento, em que não há qualquer possibilidade de transação entre as partes (inclusive legitimando-se o Ministério Público para a sua propositura), mas que poderá ter abreviada a sua solução em uma audiência preliminar, chegando a bom termo, pactuando as partes a sua conversão para separação judicial, como, aliás, admitido jurisprudencialmente.

Imprescindível que se proceda a essa interpretação *ampliativa*, inclusive, para não se restringir o âmbito conciliatório (e, por conseguinte, não se obstar a *efetividade*) de algumas ações.

Assim, sintetizando a questão, seria lícito afirmar que o problema da conceituação do "*direito que admita transação*" sofre diferentes matices, enfim graus maiores ou menores, podendo determinado direito – tido por absolutamente irrenunciável ou *intransigível*⁵² – admitir transação no seu *quantum* (como os alimentos cobrados por filho menor de idade) ou mesmo a parte contrária "abrir mão" de determinado ponto pleiteado (como no reconhecimento da paternidade, que pode se dar, até mesmo, por escrito particular, nos termos da Lei nº 8.560/92).⁵³

Exatamente por essa amplíssima possibilidade de ocorrer transação (ainda que parcial) em relação a determinados direitos tidos, em primeira análise, como *intransigíveis*, é que se vem prestigiando a *obrigatoriedade da designação da audiência preliminar*.⁵⁴

Fundamenta-se a *obrigatoriedade da designação* da audiência preliminar em três aspectos: a) a fonte da norma insita no CPC 331 é o Código-Modelo de Processo Civil para a América Latina, que, em seu art. 301, impõe exatamente a mesma audiência preliminar, em qualquer hipótese, sem estabelecer qualquer limite ou impedimento para a sua realização; b) obstar a audiência preliminar no procedimento ordinário importaria em "*admitir a existência de dois procedimentos ordinários, um para direitos que admitem conciliação (rectius, transa-*

ção) e outro para direitos que não a admitem", o que seria arbitrário e contrário ao nosso sistema, como frisa Freitas Câmara;⁵⁵ c) tem a audiência preliminar múltiplas finalidades, não se restringindo à tentativa conciliatória, devendo ser realizada, dentre outros motivos, para serem fixados os pontos controvertidos da lide, sanear questões pendentes..., sendo impositiva a prática do ato, ainda que restrinja-se o "juiz a praticar os demais atos previstos na norma", no dizer de Nery e Nery.^{56, 57}

Afiguram-se nos relevantes os argumentos pela imperatividade do ato processual. De fato, pela ampla possibilidade de alguma forma de transação em inúmeras espécies de direitos, não seria aconselhável olvidar a audiência preliminar, mesmo em hipóteses aparentemente *intransigíveis* (como os exemplos da ação investigatória de paternidade ou a anulatória de casamento).

Em grau maior ou menor, existe, sem dúvida, ampla possibilidade de transação ou composição em muitas das ações que tenham por objeto direitos de natureza indisponível. E, por outro lado, ainda que, *in these*, não seja *transigível* o direito em disputa, deve o juiz tomar as demais providências elencadas na norma processual (CPC 331).

Não fosse apenas isso, é mister apontar a importância da *audiência preliminar* nas reformas processuais operadas, constituindo-se em poderoso elemento para a solução do conflito de interesses, seja através da via conciliatória, seja celerizando o seu julgamento, através de medidas oportunas, como a concentração do saneamento, fixação dos pontos controvertidos da demanda e providências instrutórias em apenas um único momento. Não seria exagero, então, parafraseando Proto Pisani, afirmar a suprema importância desse ato (o que, por óbvio, não admitirá que seja o mesmo suplantado, não podendo o juiz dispor da audiência, que é, realmente, obrigatória), antevendo que "*il successo o il fallimento della riforma sono indissolubilmente legati al funzionamento o no di questa udiienza*".⁵⁸

Somente não se realizará a audiência preliminar nas hipóteses tracejadas no §3º do CPC 331 – quando as circunstâncias evidenciarem improvável transação naquele momento ou em se tratando de direitos *intransigíveis* para ambos os litigantes, não admitindo, nem pelo

autor, nem pelo réu, qualquer espécie de transigência ou disponibilidade (ainda que do *interesse*, e não do direito). Fora disso, a designação de audiência é obrigatória e imperiosa, em face do caráter público da norma processual, até porque não terá, por evidente, o propósito único da conciliação, abrigando, ainda, outras (importantes) providências processuais.

"Omitir a audiência preliminar significaria omitir um ato indispensável do procedimento", como alerta Dinamarco, concluindo:

"daí a nulidade do processo em que se omitir a audiência preliminar. Trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação da norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal. Permitir sua violação seria afrouxar a imperatividade das leis de ordem pública e, especialmente, frustrar os desígnios modernizadores de que é portadora a legislação reformista" (A reforma do Código de Processo Civil. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 126-7).

De fato, há impossibilidade das partes dispor da audiência preliminar, não podendo dispensá-la. Convém invocar o escólio dos eméritos Professores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, para ressaltar que

*"as normas do processo civil são, de regra, de ordem pública, de sorte que as partes não podem abrir mão de direito que não lhes pertence. Mesmo que não queiram comparecer à audiência, mesmo que não queiram submeter-se à tentativa de conciliação, o juiz deverá praticar os demais atos previstos pela norma"*⁵⁹

Importante salientar, por derradeiro, não se pretender impor a realização da audiência preliminar em casos nos quais, às escâncaras não seja possível qualquer transação (como na hipótese da *intransigibilidade* do direito para ambas as partes ou quando o ânimo delas, provocado pelo calor da causa – muita vez exposta à sociedade pela imprensa – obstar qualquer composição, pelo menos naquele estágio do feito). Ao revés, tais hipóteses estão devidamente compartimentadas no §3º do CPC 331. Em tais casos, dispensado é o ato processual, devendo o magistrado proceder, nos próprios autos

(após a justificação expressa do motivo ocorrido), à fixação dos pontos controvertidos, saneamento de questões pendentes, determinação de provas a serem produzidas e, se preciso, designação de nova data para fase instrutória e de julgamento, como previsto no §2º do multicitado dispositivo. Afastada, portanto, qualquer arguição no sentido de que a audiência preliminar se constituiria em solenidade ou burocracia exacerbada.

Não é despidendo, inclusive, trazer à liça a pertinente observação de Nery Jr., no sentido de que *"a audiência preliminar não é burocratizante nem vai carregar a pauta dos juízes, pois nela não se produzem provas. O juiz pode marcar várias audiências preliminares para o início do expediente, sem que isso atrapalhe o andamento das outras audiências, de instrução e julgamento"*.⁶⁰

4.5 Providências Processuais Inerentes à Audiência Preliminar * * * * *

Obtida a conciliação na audiência preliminar, não há qualquer dificuldade. Como reza o §1º do CPC 331, havendo composição, *"será reduzida a termo e homologada por sentença"*, que será de mérito, nos termos do CPC 269 III.

Lembre-se, apenas, que, intervindo o Ministério Público no processo (CPC 82, CR 127 ou em face de leis extravagantes, como, e.g., o Decreto-lei nº 7.661/45), deverá manifestar-se sobre os termos da contenda, antes da decisão homologatória, que terá a natureza de título executivo judicial (CPC 584 III).

Inexistindo conciliação (o que, como ressaltado alhures, não impedirá nova tentativa de composição, com espeque no inalterado CPC 447 ou mesmo no CPC 125 IV), todavia, segue-se com as demais providências elencadas no texto de lei, com a *fixação dos pontos controvertidos, o saneamento do processo (oralmente), decidindo-se questões pendentes, determinando-se a produção das provas que se fizerem necessárias* (requeridas pelas partes, MP, intervenientes ou ex officio pelo próprio juiz) e, finalmente, sendo necessário, *designando-se data para a fase de instrução e julgamento*. É a consubstanciação da *multiplicidade de atos possíveis* na audiência preliminar.

Fixar os *pontos controvertidos da demanda* (chamados pelo CPC de 1939 de *pontos de divergência*) significa indicar as questões de fato ou de direito que constituem o objeto da decisão judicial a ser prolatada. Enfim, as questões sobre as quais recairá a prova, evitando a produção de provas desnecessárias e infrutíferas – que só fazem dar volume aos autos, sem apresentar qualquer importância para o julgamento.⁶¹

A prova a ser produzida no processo, portanto, gravitará em torno dos pontos controvertidos fixados, podendo (ou melhor, devendo) o juiz dispensar e indeferir qualquer prova que não se destine a provar fatos relacionados aos pontos controversos.

Conquanto Sérgio Bermudes entenda *ilógica* a enumeração do *caput* do CPC 331, porque deveria o juiz, em primeiro lugar, decidir questões processuais pendentes,⁶² é precisa tecnicamente a ordem prevista legalmente em razão de não incidir a prova apenas sobre o *meritum causae*, podendo ser controvertido, e.g., o domicílio, precisando que a prova recaia sobre ele para efeito de fixação da competência.⁶³

Uma vez fixados os pontos controvertidos, *excluídos os irrelevantes ou os que se afigurem incontroversos* (acaso não havendo fixação específica de pontos, presumir-se-á abrangente a prova, podendo incidir sobre todos os pontos susceptíveis de comprovação), haverão de ser definidas as provas necessárias para a decisão da lide.

Ao *determinar as provas a serem produzidas* (voltadas, é claro, para a comprovação dos pontos controvertidos), poderá o juiz acolher os pertinentes requerimentos das partes, do *Parquet* ou de terceiros intervenientes. Afigura-se-nos, ainda, importante fazer menção à possibilidade de o juiz determinar amplamente, *de ofício*, a produção de prova, sem que isso signifique quebra do princípio dispositivo ou gere suspeição. Também não vulnera o CPC 333 que, em verdade, apresenta *regras de julgamento*.⁶⁴

É que ao juiz incumbe velar por um processo justo, havendo de decidir com base em prova sólida, firme e SEGURA, não podendo decidir apenas calcado em indícios. Isto é, deve o Magistrado moderno largar-se na produção de provas, a fim de que a sua decisão espelhe a

VERDADE dos autos!!! Enfim, que a sua decisão seja obra de justiça! Não mais se pode tolerar juiz inerte, parado, aguardando bucolicamente que as partes produzam prova, para, ao final, decidir como um estranho, alheio a tudo e a todos. Até mesmo porque o processo civil hodierno, cada vez mais, está marcado pelo princípio da *verdade real*,⁶⁵ afastando-se a mera "verdade formal" (que não é verdade!) – o que, aliás, já é verdade absoluta ao se tratar dos direitos indisponíveis.

O juiz deve ter, sim, interesse na constituição de uma decisão justa e condizente com a realidade.⁶⁶ Por isso, ao perceber um processo com prova frágil, deverá largar-se na busca da *verdade*, para poder fazer justiça, "dando a cada um o que é seu". Enfim, no dizer lúcido de José Roberto Santos Bedaque, "tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição". Assim, "não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual" (*Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo : RT, 1999, p. 170).

Impõe-se ao juiz – e ao MP, como órgão imparcial, velando pela fiel aplicação da lei – largar-se na busca da VERDADE, a fim de que sua decisão retrate a *verdade*. Afinal, "o processo não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito", como assegura Bedaque (*op. cit.*, p. 175).

Não se olvide, também, que poderá o juiz, a qualquer tempo, deferir ou indeferir a prova que foi determinada, independente da interposição de recurso – o que já foi reconhecido pela jurisprudência (STJ, REsp. 5614-AP, RSTJ 24:411), uma vez que "não há preclusão para o juiz, em questões pertinentes à instrução processual", conforme a lição de Theodoro Jr. (*op. cit.*, p. 149).

Ao determinar ao magistrado "decidir questões processuais pendentes" (§2º CPC 331), a norma processual impôs o *saneamento oral e concentrado* (expressão de Barbosa Moreira), não mais sendo lícito ao juiz decidir tais questões isoladamente, por despacho lançado nos autos, como outrora.⁶⁷

Ressalva há de ser feita em relação às matérias de ordem pública – como as nulidades insanáveis, a decadência, etc. –, insusceptíveis de preclusão, as quais poderão ser apreciadas em qualquer fase do procedimento.

Nesse momento de *decisão sobre questões pendentes*, haverá de ser proferido juízo de valor sobre as questões prévias (prejudiciais de mérito, preliminares de mérito e matérias argüíveis de ofício), informar não ser caso de julgamento antecipado da lide, nem caso de extinção do processo sem julgamento de mérito e apreciar os pressupostos processuais e condições da ação (que, aliás, já devem ter sido observados quando do despacho inicial).

In fine, cumpre encalamistrar que a *designação de data para realização da fase de instrução e julgamento* não é obrigatória,⁶⁸ tendo, muito oportunamente, sido utilizada pelo §2º do CPC 331 a expressão condicional “*se necessário*”, deixando antever que somente haverá audiência instrutória, quando existir elemento probatório a ser colhido oralmente, como esclarecimentos do perito, oitiva de testemunhas e depoimento pessoal das partes.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior suscita hipóteses em que seria dispensada a fase instrutória, lembrando que a controvérsia pode ficar restrita a matéria de direito puramente, bem como os fatos controversos estejam provados “*mediante documentos, informações em processos administrativos ou assentos de registros público, ou, ainda, por avaliação ou apuração pericial exclusivamente. Em todos esses casos em que a prova oral não houver de ser produzida, a audiência de instrução e julgamento não será designada*” (op. cit., p. 150).

5. Quadro Conclusivo

Nesta linha de intelecção, à luz dos basilares princípios da *efetividade* e *instrumentalidade* do processo, marcas registradas do processo civil hodierno, bem como tendo na tela da imaginação a busca de um provimento jurisdicional rápido, mas também *seguro* e *eficaz*, se faz mister apresentar as sólidas conclusões que aqui emanam, naturalmente:

- a) o processo civil moderno, após superar a fase metodológica, já firmado como disciplina autônoma e independente, baseia-se na instrumentalidade, tendo como fim precípua ser meio para a concretização do direito material em conflito, dando efetividade sócio-jurídica à norma;
- b) para dar maior efetividade ao direito, o processo passou a preocupar-se com a sua finalidade social, isto é, em servir de mecanismo útil e eficaz dentro do meio comunitário;
- c) preocupa-se o processo em apresentar dilações temporais indevidas, o que poderá fazer perecer o direito material controvertido, preocupando-se em entregar a tutela jurisdicional adequada e rapidamente;
- d) as reformas legislativas setoriais que vêm sendo implementadas, visam a adequar o Direito Processual Civil a esses preceitos modernizadores, fazendo com que a lei esteja a serviço da sociedade, através de mecanismos mais simplificados e buscando a conciliação como elemento precípua;
- e) confere-se maior importância ao princípio da oralidade no processo moderno, sociabilizando o processo e permitindo maior contato entre o juiz e a causa, o que importa, igualmente, em maior valorização da pessoa do magistrado;
- f) a audiência é ato processual principal do sistema oral, constituindo-se no momento de grande relevo e importância, dividindo-se em fases, nas quais deve-se tentar a conciliação das partes e, em seqüência, se promover a instrução da causa, se frustrada aquela, devendo o juiz ter ampla participação nessa instrução;
- g) a fase conciliatória é complexa, como sacramentado no CPC 331, apresentando-se amplíssima, constituída de momento para transigência entre as partes e outro para providências processuais diversas, tendentes todas ao saneamento e organização da instrução probatória, com vistas a torná-la mais célere, segura e objetiva, evitando desperdício de tempo com provas desnecessárias ou já evidenciadas (p.ex., por meio documental);

- h) a audiência conciliatória (CPC 331) deve ser tida por obrigatória, pela possibilidade de transação mesmo em direitos cuja natureza seja indisponível, que, em maior ou menor grau, poderão ser objeto de acordo entre as partes (ou de reconhecimento por uma delas), bem assim como por se impor a adoção de providências outras, de natureza processual, como o *saneamento oral*, que têm de se realizar em audiência;
- i) as alterações legislativas impostas pela nova etapa da reforma processual vêm corrigir imperfeições técnicas do dispositivo legal, esclarecendo a possibilidade de transação em direitos indisponíveis, dando ao instituto terminologia mais adequada (*audiência preliminar*, em lugar de *conciliatória*, pela existência de providências outras a serem adotadas) e indicando a possibilidade de representantes, prepostos ou advogados comparecerem independente da presença das partes;
- j) a inserção de um §3º no art. 331, CPC, vem, outrossim, a indicar a obrigatoriedade da audiência preliminar, já prevendo, no entanto, hipóteses de dispensa da mesma, quando o direito não admitir transação (por ambas as partes) ou se o juiz perceber a improbabilidade de, naquele momento, chegar a acordo, o que não lhe impedirá de novamente tentar a composição amigável, como baliza o CPC 447 e 125 IV.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Importante notar que esses conflitos podem se formar no plano individual ou mesmo no plano transindividual, neste inseridos os interesses de natureza difusa, coletiva e individual homogênea (Lei nº 8.078/90 – CDC 81 e Lei nº 7.347/85 – LACP 1º). Nesse sentido, com rara proficiência, José Marcelo Menezes Vigliar. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. Também assim a jurisprudência, como se pode notar:

"os interesses individuais homogêneos, quando tratados coletivamente, encontram proteção através da ação civil pública. Cumpre salientar a recenticidade dos instrumentos de tutela dos interesses difusos e coletivos e sua titularidade, que restaram por revolucionar o processo pátrio, abandonando, quando forem estes transindividuais, a tradicional concepção individualista do direito subjetivo. Tal novidade adveio para possibilitar a proteção jurídica de 'interesses' pertinentes a toda uma coletividade e a cada um dos seus membros, como os relacionados ao meio-ambiente, à saúde, à educação e outros, propiciando uma maior efetividade no acesso à justiça, além de se coadunar com o princípio da economia processual" (TJ/SC, Ap.Civ.97.4279-5 – comarca de Palhoça, Rel. Des. Silveira Lenzi, j.26.8.97).

- 2 *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 160.
- 3 *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo : RT, 2000, p. 26.
- 4 *Tratado de direito processual civil*. vol.1. 2. ed. São Paulo : RT, 1990, p. 33.
- 5 Até mesmo porque, como já anteviu Rudolf von Ihering, "o Direito não serve, senão para se realizar. Então, não lhe basta uma 'pretensão normativa', é preciso que se lhe dê 'efetividade social'".
- 6 Cf. *Execução provisória e tutela antecipada*. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 13.
- 7 *Op. cit.*, p. 37. O autor propõe, ainda, a divisão do conteúdo da instrumentalidade em três enfoques distintos: 1) o processo como instrumento de pacificação social; 2) o processo como instrumento da ordem jurídica substancial; 3) o processo como instrumento em sentido negativo, todos eles evidenciando o comprometimento da relação processual com a aplicação do direito substantivo correspondente, resolvendo os conflitos instaurados na vida humana cotidiana, sem apresentar um fim próprio, distinto da efetivação da norma jurídica correspondente.
- 8 Também o comando 250 do Código Instrumental que dispõe sobre o "aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo para a defesa".
- 9 Calha bem ao tema a cátedra de Piero Calamandrei, jurista peninsular, que de há muito vislumbrava que

"el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera en formalismo y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como formulas rituales que tienen por sí mismas

un valor sacramental [...] Y, en tales casos no deja de tene fundamento la repugnancia de los profanos, entre los cuales en común la creencia de que 'el procedimiento mata el derecho'" (apud Santos Ferreira, op. cit., p. 38-9).

10 E mais esse *decisum* que simboliza a importância da instrumentalidade no processo civil:

"Processo Civil. Ausência de prejuízo. Nulidade não reconhecida. Caráter instrumental do processo. Hermenêutica. Recurso não conhecido. I – Caracterizando-se o Processo Civil contemporâneo pela sua instrumentalidade, não se deve declarar nulidade do ato quando alcançado o seu objetivo sem prejuízo para as partes; II – Segundo proclamou o recente 'IX Congresso Mundial de Direito Processual', é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que, 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'" (STJ, Ac.un. 4ªT., REsp. 7184/SP, j. 8.10.91, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJU 11.11.91, p. 16149).

- 11 CR 5ª, *caput*, e inciso I: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" E mais: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".
- 12 *In Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo : RT, 1992, p. 91.
- 13 *Apud* Dinamarco, *op. cit.*, p. 297.
- 14 Ao revés da feitura de um novo Código de Processo Civil, optou-se pela técnica de promover reformas setoriais, paulatinas, nas leis processuais, permitindo-se melhor absorção dos novos institutos pela comunidade jurídica, bem como facilitando-se a tramitação e aprovação dos projetos de lei no Congresso Nacional. Oitrossim, promovendo-se reformas setoriais, detecta-se com mais segurança os pontos nodais, estranguladores, que afligem a ciência processual, permitindo maior eficácia nas alterações legislativas.
- 15 *Cf.* O prosseguimento da reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo : RT, n. 95, p. 11.
- 16 *Dicionário jurídico*. vol. 1. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 339.
- 17 Nesse sentido Eduardo Arruda Alvim (*Curso de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : RT, 1999, p. 599) e Humberto Theodoro Jr. (*Curso de direito processual civil*. vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 485).
- 18 João Bonumá, *apud* Athos Gusmão Carneiro (*Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 3).
- 19 Submetem-se, todavia, ao segredo de justiça, fazendo exceção ao princípio da publicidade, os atos processuais nos casos previstos pelo CPC 155.
- 20 Nesse sentido, o Prof. Darci Guimarães Ribeiro, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* 759:767 e ss., apontando a importante atuação de Jeremy Bentham

no acolhimento da oralidade como elemento marcante do processo com sua obra *Tratado de las puebas judiciales*, de 1823.

- 21 Cf. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. Campinas : Bookseller, 1998, p. 15.
- 22 *Apud* Darci Guimarães Ribeiro, *op. cit.*, p. 774.
- 23 Na jurisprudência reina pacífico o entendimento de que o julgamento antecipado da lide, sem designação de data para a audiência preliminar, não gera nulidade do processo, em respeito, até mesmo, ao princípio da celeridade e efetividade. Veja-se ilustrativamente: "*Julgamento antecipado da lide. Desnecessidade de produção de outras provas. Cerceamento de defesa inexistente. Em ocorrendo o julgamento antecipado da lide, desnecessária a realização da audiência de conciliação. Inteligência do art. 331 do CPC*" (TJ/SC, Ap.Cív.97.03997-2 – comarca de Itajaí, Ac.un. 3ªCâm.Cív., Rel. Des. Silveira Lenzi, j.17.6.97, v.u.).
- 24 Nesse diapasão Humberto Theodoro Jr., *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 146 e J. E. Carreira Alvim, *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 206, advertindo este último mestre que "*a audiência de conciliação [...] não produz nenhuma interferência nem no procedimento sumário nem no julgamento antecipado da lide [...] Assim, sempre que possível o julgamento antecipado da lide [...], restará sacrificada a tentativa de conciliação*".
- 25 Cf. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 897.
- 26 No mesmo sentir, Eduardo Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 606 e R. Reis Friede (*Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1997, p. 1848), para quem "*antes de iniciar a instrução, como atividade preambular dela, o juiz, mesmo frustrada a anterior tentativa de conciliação na audiência específica, buscará, uma vez ainda, levar as partes a uma composição amigável*".
- 27 Cf. *Instituições do processo civil*. vol. II. Campinas : Servanda, 1999, p. 69.
- 28 J.E. Carreira Alvim, em seu *Código de Processo Civil reformado* (4. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 157-8), observa inexistir contradição na existência de dois dispositivos determinando a tentativa conciliatória no CPC (331 e 448). Ensina o mestre que apenas abre-se nova oportunidade para o juiz buscar acordos, nas causas em que vislumbre tal possibilidade, "*realizando diversas audiências, num mesmo dia, dando às partes a chance de se autocomporem, caso em que a conciliação é reduzida a termo e homologada*".
- 29 Roger Perrot, entende que a conciliação "*integra a missão do juiz*", podendo, para tanto, servir-se de auxiliares (conciliadores), o que implicará, em última análise, em "*alívio aos tribunais e tornar mais humana a Justiça*" (*apud* Humberto Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 147).
- 30 Cf. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 82.
- 31 Também a Constituição do Império, em seu art. 161, determinava a tentativa conciliatória, impondo que não se iniciasse o processo "*sem se fazer constar que se tem tentado o meio da reconciliação*".

- 32 É importante lembrar que a audiência preliminar terá cabimento somente nos procedimentos comuns, sob o rito ordinário, e naqueles procedimentos especiais que, após a apresentação de defesa, a ele se adaptam. Não haverá audiência preliminar nos procedimentos comum sumário ou nos especiais que tiverem especificidade completa, regramento próprio (como o mandado de segurança, inventários e partilhas, nunciação de obra nova...). Nesse diapasão Humberto Theodoro Jr. (*op. cit.*, p. 146) e R. Reis Friede (*Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1997, p. 1843), chegando este último a ensinar que a audiência preliminar "é ato do procedimento ordinário, tanto quanto o saneamento do processo tradicionalmente o é".
- 33 *In Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 197.
- 34 Cf. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 144.
- 35 Expressão cunhada por J. E. Carreira Alvim (*Ação monitoria...*, p.197).
- 36 Anteriormente a tentativa conciliatória (CPC 447) se dava após a realização de prova pericial (além da documental, dentre outras), quando do início da audiência de instrução e julgamento, momento em que o litígio já dominava as emoções das partes, impedindo qualquer composição amigável.
- 37 Darci Ribeiro Guimarães faz interessante digressão pelas legislações alienígenas, abordando toda a disciplina da audiência preliminar naqueles ordenamentos (*op. cit.*, p. 780-5).
- 38 Marcelo Abelha Rodrigues chega a observar que a nossa audiência preliminar foi "absorvida da que era prevista no Código de Processo Civil – Tipo para a América Latina", apontando ainda a influência austríaca, italiana, alemã e portuguesa (*cf. Elementos de direito processual civil*. vol. 2. São Paulo : RT, 2000, p. 161-2).
- 39 Alexandre Freitas Câmara, de modo mais incisivo, já ia mais longe, asseverando que a própria rubrica sob a qual encontra-se o instituto do CPC 331 ("*Do Saneamento do Processo*") apresentava-se "inadequada, visto que o dispositivo trata de uma audiência, chamada pelo Código de 'audiência de conciliação', mas a que se deve dar o nome de 'audiência preliminar', sendo que a decisão declaratória do saneamento do processo é apenas um dos resultados possíveis nesta audiência" (*cf. Lições de direito processual civil*. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999, p. 314).
- 40 Humberto Theodoro Jr. bem observa que procedida a intimação das partes – pessoalmente ou por via postal – "a estes é que caberá decidir sobre a conveniência do comparecimento em pessoa ou por meio de procuradores" (*cf. O processo civil brasileiro...*, p. 152).
- 41 Barbosa Moreira insere, também, neste rol opoente e opostos, quando houver oposição (*op. cit.*, p. 81).
- 42 *In Ação monitoria...*, p. 212.

- 43 Nesse sentido Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, in *Curso avançado de processo civil*. vol.1. São Paulo : RT, 1998, p. 580.
- 44 Essa a opinião, também, do Prof. Barbosa Moreira, para quem o juiz, nesse caso de não comparecimento injustificado das partes, deve prosseguir nas etapas subsequentes. (*op. cit.*, p. 81). Lembra, ainda, o emérito professor, que a "*ausência de um só, ou de alguns, dos litisconsortes ativos ou passivos não obsta à tentativa de conciliação entre os litigantes presentes*" (*op. et loc. cit.*).
- 45 Assim também se firmou a orientação jurisprudencial:
- "A ausência da parte e de seu advogado na audiência de conciliação prevista no art. 331 do CPC não inibe sua realização, mas apenas prejudica o acordo, devendo pois serem praticados os demais atos previstos naquela norma (fixação dos pontos controvertidos, decisão sobre as questões processuais pendentes, determinação de provas e designação de audiências de instrução e julgamento)"* (2ªTACív./SP, Ap.c/ Rev. 496.180 – Ac. 4ªCâm. – Rel. Juiz Amaral Vieira – j. 20.11.97)
- e "*Audiência – Conciliação – Ausência da parte e seu advogado devidamente intimados – Fato que não inibe a realização da audiência, mas apenas prejudica o acordo – Hipótese em que devem ser praticados os demais atos previstos no CPC 331*" (2ªTACív./SP, in RT 751:300).
- 46 *Op. cit.*, p. 580.
- 47 Em nossos Pretórios já se proclamava este entendimento, existindo precedentes diversos nesse sentido, dando conta justamente da inoportunidade de nulidade, quando claramente inútil o ato processual: "*Não realização de audiência conciliatória, e de prova pericial – Inoportunidade de cerceamento de defesa – Revelada a desnecessidade de audiência de conciliação, dadas as acirradas manifestações da ré, e ainda, da inutilidade de perícia, em virtude de prova documental, que não mereceu impugnação – Preliminar rejeitada*" (TJ/SP, Ap.Cív.27.349-4 – comarca da Capital – Ac.un. 9ª Câmara. Direito Privado – Rel. Des. Silva Rico, j. 24.11.98 – v.u.) e "*Cerceamento de defesa – Prova inútil – Julgamento antecipado correto [...] Se a prova seria inútil, nada interessando a solução da lide, não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado*" (TJ/SC, Ap.Cív.40.678 – Curitiba, Rel. Des. Amaral e Silva, publ. DJ/SC 8.1.93, p. 9).
- 48 Essa a posição de Carreira Alvim, *Ação monitoria...*, p. 210.
- 49 *Cf. Ação monitoria...*, p. 200. Na mesma linha de raciocínio, Humberto Theodoro Jr. (*O processo civil brasileiro...*, p. 144), Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida (*op. cit.*, p. 579) e Eduardo Arruda Alvim (*op. cit.*, p. 606). Registre-se, ainda, a posição contrária de Calmon de Passos (*Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 111), para quem tratando-se de direito indisponível, deveria haver decisão saneadora, como previsto anteriormente à alteração de 1994.
- 50 *Ação monitoria...*, p. 201.

- 51 *Op. cit.*, p. 579.
- 52 Expressão utilizada por Carreira Alvim, *Código de Processo Civil reformado*, p. 158.
- 53 Nesse sentido Wambier, Talamini e Almeida, *op. cit.*, p. 580.
- 54 Essa a posição, devidamente fundamentada, de Nery e Nery (*op. cit.*, p. 829), Dinamarco (*op. cit.*, p. 124-5), Athos Gusmão Carneiro (*op. cit.*, p. 109) e Freitas Câmara (*op. cit.*, p. 320).
- 55 *Op. cit.*, p. 321.
- 56 *Op. cit.*, p. 828.
- 57 A jurisprudência tem precedentes nesse sentido, chegando a reconhecer a nulidade do processo, se não designada a audiência preliminar, como o acórdão ilustrativamente transcrito: "*Audiência prévia de conciliação – Inteligência do art. 331 'caput' do CPC – Indeferimento de prova pericial – Retratação parcial para determinar-se a realização da perícia – Indispensabilidade da audiência preliminar como fase independente do processo – Preparação para o saneamento – Nulidade reconhecida – Recurso provido*" (TJ/SP, Ag Inst. 278.741-1 – comarca de Jundiá – Ac.unân. 2ª Câm.Direito Privado – Rel. Des. Correia Lima – j. 19.2.96 – v.u.). Obtempera essa posição a cátedra de Eduardo Arruda Alvim, para quem a nulidade só existirá se dela decorrer prejuízo, nos termos do CPC 249 §1º (*op. cit.*, p. 606).
- 58 *Apud* Guimarães Ribeiro, *op. cit.*, p. 776.
- 59 *Cf. Código de Processo Civil comentado*, p. 828. Registram, ainda, os autores "*não poder o juiz consultar as partes, indagando se têm interesse na realização da audiência que a lei impõe seja realizada*".
- 60 *Cf. Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo : RT, 1995, p. 71-2. No mesmo pensar Luiz Rodrigues Wambier, A nova audiência preliminar. *Repro* 80:30-1.
- 61 Na audiência similar prevista no direito alemão, o juiz também deve fixar o *ponto litigioso*, delimitando o âmbito da prova.
- 62 *Cf. A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995, p. 45. Também entendendo que o primeiro ato a ser praticado pelo juiz é o saneamento, Theodoro Jr. (*op. cit.*, p. 148) e Guimarães Ribeiro, *op. cit.*, p. 788.
- 63 No sentido do texto, Carreira Alvim, *Ação monitoria...*, p. 208.
- 64 Nas nossas Cortes já se proclamou o entendimento esposado: "*A regra do ônus da prova não é senão regra de Juízo, ou de decisão, destinada a pôr o órgão jurisdicional em condições de decidir o mérito da causa, acolhendo ou rejeitando o pedido*" (TJ/SP, Ac.un.2ªCâm.Cív., j.9.11.93, Ap.Cív.190.715-1/0, Rel. Des. César Peluso, *Adcoas*, 30.1.94, n. 142.652). No mesmo sentido, julgado do TRF-3ªR. (Rel. Juiz Sinval Antunes, *in RSTJ/TRF's* 87:483) salientando que "*o art. 333 versa sobre a distribuição do ônus da prova, constituindo uma regra de julgamento*".

- 65 Marcelo Abelha Rodrigues (*Elementos de direito processual civil*. vol.1. 2. ed. São Paulo : RT, 2000, p.74-5) elenca a *verdade real* como princípio do processo civil, a qual deve ser inexoravelmente buscada, como lucidamente observado: "*está o magistrado autorizado a determinar, independentemente das partes, as provas necessárias à instrução do processo*". Chiovenda ia mais longe dizendo não haver possibilidade de *socializar-se* o processo, senão assumindo o magistrado uma *posição proeminente frente às partes, capaz de não só promover o impulso, mas também participar ativamente do campo fecundo da prova*. A jurisprudência também já vem acolhendo a tese: "*A ampliação da iniciativa probatória do juiz é tendência do processo civil moderno e está assegurada no art. 130 do CPC*" (TRF-3ªR., Ac.un.1ªT., j.26.3.96, Ag.95.03.31772-0/SP, Rel. Juiz Sinval Antunes, *JSTJ/TRF's* 87:483).
- 66 Assim, não mais se aceita (jurídica ou moralmente) que o juiz decida com base em indícios superficiais, sabendo que a sentença não produz a verdade necessária. No dizer de Capelleti, "*não mais se aceita a idéia da plena disponibilidade de provas, o que pode gerar uma situação de desequilíbrio substancial*".
- 67 Em igual sentido Nery & Nery (*Código...*, p. 608), Barbosa Moreira (*op. cit.*, p. 53) e Guimarães Ribeiro (*op. cit.*, p. 788).
- 68 Com a mesma posição Bermudes (*op. cit.*, p. 46), Theodoro Júnior (*op. cit.*, p. 150) e Dinamarco (*op. cit.*, p. 124).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : RT, 1999.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. vols. 1 e 2. 7. ed. São Paulo : RT, 2000.
- _____. *Tratado de direito processual civil*. vol. 1. 2. ed. São Paulo : RT, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. vol. II. Campinas : Servanda, 1999.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- _____. *Código de Processo Civil reformado*. 4. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. Campinas : Bookseller, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo : RT, 2000.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____. *et al. Juizados especiais cíveis e criminais*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo : RT, 1992.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- NERY Jr., Néelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo : RT, 1997.

- _____. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo : RT, 1995.
- NERY Jr., Néilson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo : RT, 1999.
- REIS FRIEDE, R. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1997.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo : RT, v.759, janeiro de 1999.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. vol. 2. São Paulo : RT, 2000.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. vol.1. 5. ed. São Paulo : RT, 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. *Revista de Processo – Repra*, São Paulo : RT, n. 95, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo : Atlas, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. São Paulo : RT, 1998.