

AUDIÊNCIA PRELIMINAR E ORALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO ⁽¹⁾

Por Darci Guimarães Ribeiro ⁽²⁾

Sumário: 1. Introdução. 2. A oralidade e o direito antigo. 3. *Bentham, F. Klein* e a oralidade. 4. Os valores da oralidade. 5. Audiência preliminar. 5.1. Noções gerais. 5.2. Direito comparado. 5.2.1. Direito austríaco. 5.2.2. Direito alemão. 5.2.3. Direito italiano. 5.2.4. Direito espanhol. 5.2.5. Direito português. 5.2.6. Direito uruguaio. 5.3. Fases da audiência preliminar. 5.3.1. Conciliação. 5.3.2. Saneamento do processo. 5.3.3. Fixação dos pontos controvertidos. 5.3.4. Determinação das provas a serem produzidas.

1. Introdução

No presente trabalho procurarei demonstrar, em primeiro lugar, a estreita vinculação que existe entre a audiência preliminar

⁽¹⁾ Palestra proferida no *Encontro de Magistrados*, realizado na cidade de Bento Gonçalves — RS, em 13.XI.97.

⁽²⁾ Especialista e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); doutorando em Direito Processual Civil na Universidade de Barcelona; professor adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); professor assistente de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; professor nos cursos de Pós-Graduação — Especialização — da UNISINOS, Universidade de Caxias do Sul, Faculdade de Direito de Santo Ângelo, Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e — Mestrado — da Universidade de Santa Cruz do Sul; professor nas Escolas Superior do Ministério Público, Superior da Advocacia e Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.

e o princípio da oralidade, pois é através dessa que aquele se implementa, deixando de ser mero formalismo para ser, realmente, um efetivo instrumento da adequada prestação jurisdicional. Não seria exagero acrescentar que a maior ou menor eficiência dessa audiência dependerá da maior ou menor aproximação da oralidade. Se concebermos essa audiência sobre a ótica antiga do saneamento, que permitia ao juiz sanear por escrito e isoladamente, não alcançaremos as imensas vantagens queridas pelo legislador, que se baseou no imenso sucesso obtido pelas recentes reformas havidas no mundo contemporâneo.

Será analisada, levando-se em conta a extensão da oralidade, cada uma das quatro etapas da audiência preliminar.

2. A oralidade e o direito antigo

A vantagem da palavra falada sobre a palavra escrita não foi uma preocupação exclusiva dos romanos. O próprio PLATÃO, na Grécia, em um de seus diálogos, disse: “(...) a escrita é morta e só fala por uma parte, isto é, por meio daquelas idéias que com os sinais despertam o espírito. Não satisfaz plenamente à nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não apresenta os inúmeros aspectos possíveis da própria cousa. Na palavra viva, falam também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas” (3).

Segundo CHIOVENDA, “o processo romano foi eminentemente oral, na plenitude da significação dêsse termo e pela razão íntima e profunda de que assim o exigia a função da prova” (4). O processo civil romano se divide basicamente em três períodos: *legis actiones*, *per formulas* e *extraordinariae cognitiones* (5). No

(3) Citação de MARIO PAGANO, *apud* CHIOVENDA in *Procedimento Oral*, na Coleção de Estudos de Juristas — Processo Oral, FORENSE, 1940, p. 41.

(4) *Instituições de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1969, 1.º v, n.º 32, p. 126.

(5) Para um melhor aprofundamento sobre o tema aconselhamos a leitura de VITTORIO SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, EJEJA, 1954, especialmente §§ 14 s;

período das *legis actiones*, o processo era eminentemente oral, não obstante ser extremamente formal e rígido, pois as partes deveriam obedecer às formas legais que não eram escritas, e o menor desrespeito à forma processual gerava a perda da causa ⁽⁶⁾. No período *per formulas* ⁽⁷⁾, surgido, segundo GAIO, com as “*Lex Aebutia e Lex Julia*” ⁽⁸⁾, os éditos dos pretores apresentavam esquemas abstratos, isto é, a instrução era escrita (*formula*) e servia de paradigma ao magistrado que, ao redigir o *iudicium*, deveria observá-la; mesmo assim, o processo apresentava cunho predominantemente oral, pois as partes deveriam comparecer na frente do magistrado, realizando a *litis contestatio* ⁽⁹⁾. O período da *extraordinaria cognitio* é caracterizado pela ruptura que apresenta em relação ao sistema anterior, em que o julgamento era composto de duas fases, sendo a primeira *in jure* e a segunda *apud iudicem*. Nesse sistema, há um único julgador (magistrado-funcionário) que inicia, instrui e decide ⁽¹⁰⁾. Mesmo assim, predominava o princípio da oralidade, segundo nos informa JOSÉ R. CRUZ E TUCCI: “*Embora alguns atos processuais fossem documentados, a oralidade se sobrepunha à escritura no procedimento da extraordinaria cognitio: as partes*

RICCOBONO, *Roma, Madre de las Leyes*, Depalma, 1975, mormente Cap. II, p. 55 s; CHIOVENDA, *Instituições ...*, 1.º v, n.º 32; JOSÉ R. CRUZ E TUCCI e LUIZ C. AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, RT, 1996, Cap. 3.º e ss; e NELLO ANDREOTTI NETO, *Nova Enciclopédia Jurídica Civil Brasileira*, Ed. RIDEEL, v. I, Título IX, p. 229 s.

⁽⁶⁾ GAIO, *Institutas* 4.30.

⁽⁷⁾ A expressão formulário significa, segundo AURÉLIO, “*modelo impresso de fórmula, no qual apenas se preenchem os dados pessoais ou particulares*”. E, segundo *Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa*, Ed. UNISINOS, 1988, v. II, p. 1815, *forma* significa “*figura ou aspecto exterior; maneira; modelo*”. Razão pela qual se deduz que o nome adveio da necessidade de se respeitarem os modelos estabelecidos pelos éditos dos pretores.

⁽⁸⁾ *Institutas* 4.30.

⁽⁹⁾ É interessante notar a mudança de um período para outro que o próprio jurista GAIO nos menciona, dizendo: “*Mas todas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebuícia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas, i.é., por fórmulas*”: *Institutas*, 4.30.

⁽¹⁰⁾ Nesse sentido, VITTORIO SCIALOJA, *Procedimiento ...*, § 50, p. 365; JOSÉ R. CRUZ E TUCCI e LUIZ C. AZEVEDO, *Lições ...*, Cap. 10, p. 138; NELLO ANDREOTTI NETO, *Nova Enciclopédia ...*, p. 244 s.

debatiam a causa, em contraditório, na presença do magistrado"⁽¹¹⁾. Constatase que, mesmo durante todos os séculos de desenvolvimento do processo civil romano, o princípio da oralidade jamais foi esquecido como elemento de aperfeiçoamento das instituições judiciárias.

A oralidade, como postulado do processo, começou a declinar com a influência exercida pelo processo romano (a partir de JUSTINIANO com o *corpus iuris civilis*) e o processo canônico⁽¹²⁾. Veio a surgir novamente a oralidade, com a adoção de numerosos princípios do processo sumário da Clementina *Saepe*, permitindo debates orais e reduzindo formalidades.

3. Bentham, F. Klein e a oralidade

Papel relevante para a oralidade no processo teve o jurisfilósofo inglês JEREMY BENTHAM (1748-1832), quando escreveu, em 1823, entre outras obras, o *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Nela BENTHAM põe em relevo a importância do fato para a vida do direito e, principalmente, para a prova. Não foi irrefletidamente que COUTURE, referindo-se ao filósofo, disse: "*Bentham fue el filósofo del progreso*"⁽¹³⁾. Ele, como poucos, deu grande importância ao contato direto entre o fato a ser provado e o juiz que decide, permitindo, por consequência, uma maior agilização dos processos, que é o paradigma da ciência processual moderna. São as suas palavras, mais do que qualquer coisa, que traduzem o sentimento geral dos processualistas modernos sobre a oralidade, quando criticou o sistema inglês, vigente à época, no qual a prova oral não era colhida pelo juiz prolator da decisão, pois, conforme BENTHAM, "*el juez no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisionomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las*

⁽¹¹⁾ Ob. cit., p. 141.

⁽¹²⁾ JOHN HENRY MERRYMAN, ob. cit., Cap. II. e principalmente CHIOVENDA, ob. cit., n.º 32, p. 128 s.

⁽¹³⁾ Jeremy Bentham y Nosotros, no livro *El Arte del Derecho y otras Meditaciones*, Ed. Fundación de Cultura Universitária, 1991, p. 145 s.

emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe; puede decirse que se cierra a sí mismo el libro de la naturaleza y que se vuelve ciego y sordo en casos en que es preciso ver y oír todo" (14) (grifo nosso).

O posicionamento desse jurisfilósofo era tão avançado para a sua época que só recentemente estamos adotando as suas sugestões para o aperfeiçoamento do processo como instrumento de realização rápida e barata da justiça. Traçou BENTHAM, há quase dois séculos, o perfil do que considerava o processo civil natural comparando-o com o seu procedimento técnico. Eis aqui alguns desses artigos:

“PROCEDIMENTO NATURAL

1. No início de uma causa, e em seguida, todas as vezes que for necessário, as partes serão chamadas e ouvidas em caráter de testemunhas como no de partes, face a face, em presença do juiz, para darem mutuamente todas as explicações necessárias e estabelecer o verdadeiro objeto do processo.

3. O depoimento só é recebido na sua forma mais autêntica, isto é, oral, e a testemunha submetida a um interrogatório alternado pela parte adversária e o juiz. Não há outras exceções senão nos casos especificados na lei, onde é preciso admitir um testemunho por escrito segundo as formas estabelecidas para a correspondência judiciária.

4. Após o primeiro comparecimento, se a causa não está terminada, os subsequentes comparecimentos são fixados conforme a necessidade da causa ou a conveniência do tribunal ou das partes.

7. Cada causa é tratada do começo ao fim pelo mesmo juiz. Aquele que recolheu as provas pronuncia a decisão.

9. A reclamação do Autor, as bases sobre que ela repousa, seja de fato ou de direito, são consignadas (tanto quanto possível) em formulários impressos: as alegações individualizadas por nomes, as datas, lugares, insertos nos brancos. O mesmo para a defesa.

11. Os avisos e intimações recíprocas das partes ou da parte, dos juizes são comunicados com um mínimo de palavras e com a maior segurança possível. O correio é aplicado ao serviço judiciário como ao do comércio.

(14) *Tratado de las Pruebas Judiciales*, EJEJA, 1971, libro III, Cap. V, p. 192. Também N. MALATESTA, já em 1894, dizia: “*Hay en la fisionomía, en la voz, en la serenidad o en las vacilaciones del testigo, muy interesantes indicaciones acerca de la verdad con que habla, las cuales se pierden cuando se juzga sólo en vista de lo escrito*”, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Ed. General Lavalle, 1945, p. 279.

PROCEDIMENTO TÉCNICO

1. As partes não são chamadas a comparecer perante o juiz; tudo se faz por intermédio dos procuradores.

3. O testemunho recebido em muitos casos da maneira mais imperfeita, isto é, sem as garantias que podem torná-lo exato e completo: testemunho sem publicidade, só para o juiz ou sem interrogatório alternado ou contra-exame pelas partes interessadas; depoimentos recebidos por escrito sem serem submetidos a prova de contradição; provas inferiores admitidas como provas suficientes.

4. As causas são anotadas e os dias fixados de acôrdo com as regras gerais, conforme a conveniência mútua dos procuradores donde resultam pedidos contínuos de dispensas e pretextos para arrastar indefinidamente as questões.

7. A mesma causa é transmitida de tribunal em tribunal sob diversos pretextos. Um juiz recolhe a prova e não decide; outro decide sem ter ao menos ouvido as testemunhas.

9. Os diversos escritos expositivos dos pedidos e das defesas, sem formulários, falhos de clareza, de método, de precisão, espalhados por distâncias infinitas, abrindo vasto campo a variações de questões, a alegações obscuras e incertas.

11. As intimações dessa natureza, falhas de prontidão nos meios e de certeza nas formas, são uma fonte abundante de chicanas e de atrasos. As sutís distinções sôbre os domicílios acarretam os mesmos inconvenientes." (15)

Tais sugestões, propostas pelo prestigiado autor quando imaginou o processo civil natural, são acolhidas hoje como modelo de agilização na quase totalidade das leis processuais do mundo civilizado, v.g., quando fala no artigo 11.º "*O correio é aplicado ao serviço judiciário*". Temos hoje, no Brasil, a citação pelo correio como regra geral, que só veio com a lei n.º 8.710/93, portanto, quase dois séculos depois dessa recomendação.

Outro jurista que contribuiu sensivelmente para o fortalecimento e desenvolvimento do princípio da oralidade foi o Prof. FRANZ KLEIN (16), quando criou para Áustria, em 1895, uma lei processual baseada sobre os princípios da oralidade, imediatidade, concentração, publicidade, autoridade judicial, livre apreciação

(15) *Apud* CHIOVENDA, *A Oralidade e a prova*, artigo inserido no livro *Processo Oral*, FORENSE, 1940, p. 146 e 147.

(16) KLEIN foi Ministro da Justiça na Áustria, em 1891, e Professor da Universidade de Viena. Para um melhor aprofundamento da oralidade no processo civil austríaco, consultar SIEGMUND HELLMANN, no livro intitulado *Processo Oral*, FORENSE, 1940, p. 151 s. Sobre sua obra consultar a *Riv. Dir. Proc. Civ.*, de 1925, v. II, parte I, p. 80 s.

das provas pelo juiz. O autor, para implementar as suas idéias de justiça rápida e barata, teve que lutar contra toda uma estrutura arcaica e rígida que envolvia o processo civil. A visão desse jurista era tão precisa que ele mesmo proclamava: “*La oralidad es un enemigo peligroso si se la acepta como un formalismo; ha de suponer sólo una ayuda para la mejora del procedimiento*” (17). A ZPO austríaca exerceu enorme influência nos códigos processuais modernos, a ponto de FAIRÉN GUILLÉN dizer: “*A través de sus repercusiones, se ve que su influencia en la reforma procesal austríaca y de no pocos otros países, es comparable a la que Napoleón obró sobre la codificación en general*” (18).

O princípio da oralidade, de acordo com KLEIN, não deveria existir sozinho, deveria estar mesclado com o princípio da escritura, que, em alguns casos, é necessário (19); tanto é verdade que criou no seu projeto o § 190, o qual reza: “*Las partes actúan oralmente ante el Tribunal que conoce del asunto. En los litigios en que es precisa la asistencia de Letrado, se prepara el debate oral mediante escritos. Por lo demás, sólo se recurre al empleo de estos escritos preparatorios en los casos especialmente previstos en esta Ley*” (20). Para o autor, ardoroso adepto da oralidade e, principalmente, da razão prática, o processo deveria ser adequado aos seus fins, pois “*los principios de adecuación y practicabilidad del procedimiento (Zweckmässigkeit, Praktikabilität) más se han de referir al fondo de los litigios que a la forma de desarrollar los mismos*” (21). Pode-se dizer, com certeza, que foi KLEIN foi o primeiro

(17) Apud FAIRÉN GUILLÉN, *El Proyecto* ..., p. 319.

(18) Ob. cit., p. 306.

(19) O que se quer combater é o princípio da escritura traduzido na máxima “quod non est in actis non est de hoc mundo”, que, para CAPPELLETTI, é “*la máxima de la inexistencia jurídica de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita*”, *La Oralidad*..., p. 85. Dever-se-á abrandar o princípio da escritura, mas sem prescindir dos elementos escritos, pois a escritura é indispensável precisamente para se estabelecer aquilo que se deve tratar oralmente. Nesse sentido também se manifestou A. WACH, já em 1879, quando escreveu as *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, EJEJA, 1958, p. 1 s., especialmente p. 56. Processo eminentemente oral foi o do Código de Processo Civil de Hannover de 1850.

(20) Apud VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 318.

(21) Apud VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 309.

a sustentar ser o processo um instrumento de realização da justiça, onde a forma deve ceder diante da finalidade.

4. Os valores da oralidade

O problema maior da oralidade não reside no campo do Direito, mas sim no campo da Filosofia e, em especial, da Ética, pois, na medida em que se agrava a crise Ética⁽²²⁾, agrava-se a crise nas relações humanas. Vivemos no mundo da aparência⁽²³⁾, onde os valores são facilmente alterados e dificilmente absorvidos pelo espírito humano, razão pela qual temos uma desconfiança generalizada no ser humano, e, por conseguinte, na pessoa do magistrado. A oralidade corre em sentido contrário, na proporção em que pressupõe uma maior credibilidade, confiança na pessoa do homem-juiz. porquanto um processo predominantemente oral significa aproximar o juiz do fato, permitindo uma análise fenomenológica, conseqüentemente acreditando, segundo CAPPELLETTI, em “*sus capacidades de objetiva observación y de sereno y imparcial análisis de los datos observados*”⁽²⁴⁾. É necessário sublinhar que a oralidade *pressupõe uma responsabilidade*, porque, no processo dito oral, todos os envolvidos são obrigados a conhecerem melhor o Direito a ser aplicado, pois não se permitem dilações temporais, a fim de se buscar o conhecimento necessário nos livros para melhor resolver a questão. A resolução deve ser imediata, sob pena de a oralidade, nos feitos, ficar reduzida apenas à colheita da prova. Esse é o preço que a incrementação da oralidade traz e que devemos estar preparados a pagar. Nesse sentido, tanto mais rápida e melhor será a prestação da tutela jurisdicional quanto maior for o

(22) Esta deve ser entendida, segundo ADOLFO SÁNCHEZ VAZQUEZ, como “*a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade*”, in *Ética*, ed. Civilização Brasileira, 12. ed., p. 12.

(23) Segundo HANNAH ARENDT, “*a primazia da aparência é um fato da vida cotidiana do qual nem o cientista nem o filósofo podem escapar, ao qual têm sempre que voltar em seus laboratórios e em seus estudos, e cuja força fica demonstrada pelo fato de nunca ter sido minimamente alterada ou desviada por qualquer coisa que eles tenham descoberto quando dela se afastaram*”, *A vida do Espírito*, Ed. Relume-Dumará, 1993, p. 20.

(24) *La Oralidad* ..., p. 94.

conhecimento jurídico das pessoas envolvidas. Não é sem rumo que se tenta, de alguma forma, criar um *controle externo da magistratura*, como forma de fiscalização da atividade judicial.

Essa valorização da pessoa do homem-juiz se reflete, de acordo com DENTI, nas “*exigencias intrínsecas a la fundamental revaloración del juicio de primera instancia, que ocupa el centro de toda moderna reforma del proceso civil*” (25). As reformas havidas no Processo Civil brasileiro parecem ter acolhido essa exigência, na medida em que concedem ao juiz maior poder de decisão, como se pode notar, e.g., no art. 18.º do CPC, o qual permite ao juiz *ex officio* condenar o litigante de má-fé, contrariando inclusive as decisões anteriores do Superior Tribunal de Justiça (26); no § 4.º do art. 20.º do CPC, que permite ao juiz equitativamente fixar honorários nas hipóteses ali previstas; no art. 33.º do CPC, que permite ao juiz requerer o adiantamento dos honorários do perito, facultando-lhe, também, a liberação parcial; no § único do art. 46.º do CPC, que permite ao juiz limitar a formação do litisconsórcio facultativo, quando comprometer a rápida solução do litígio; no art. 461.º do CPC, que permite ao juiz, dentre outras medidas, impor *ex officio* multa, determinar busca e apreensão, remoção de pessoas etc. (27); no § único do art. 518.º do CPC, que permite ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso; no § único do art. 538.º do CPC, que ampliou para o juiz a possibilidade de aplicar a multa, quando protelatórios os embargos de declaração.

A oralidade está imbricada diretamente no conceito *social* de processo, visualizado externamente como um instrumento de bem-estar social, capaz de garantir um acesso efetivo a uma ordem jurídica justa, pois, de acordo com CHIOVENDA, “*il processo deve dare per quanto possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio*

(25) *Estudios de Derecho Probatorio*, EJE, 1974, Cap. VI, p. 258.

(26) Nos RSTJ 37/548, STJ-3.ª Turma, REsp 4091 SP, rel. Min. Claudio Santos, J 27.8.90 e STJ-5.ª Turma, REsp 27.873-2 SP, rel. Min. Assis Toledo, J 21.10.90.

(27) Sobre esse importante tema, consultar ADA P. GRINOVER, *Tutela Jurisdiccional nas Obrigações de Fazer e não Fazer*, in Revista da Fundação E.S.M.P do Distrito Federal, n.º 4, jul/dez. 1994, p. 11 s.; e KAZUO WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, São Paulo, 3.ª ed., 1993, p. 525.

quello ch'egli ha diritto di conseguire" (28). E como socializar o processo, senão assumindo o magistrado uma posição proeminente frente às partes, capaz de não só promover o impulso (art. 262.º do CPC), como também de participar mais ativamente, v.g., no campo probatório, na audiência preliminar, etc. (29)?

O campo mais fecundo de atuação da oralidade é, sem dúvida, o da prova, pois, segundo CHIOVENDA, "*entre a forma do procedimento e a função da prova corre um nexo estreitíssimo*" (30). Essa verdade se cristaliza, quando se percebe que o processo é a tentativa de reprodução de uma realidade ocorrida sob a ótica do autor e do réu. São elas, as partes, que aportam ao processo fatos com conseqüências jurídicas. Isso vale dizer que sobre tais fatos, que são contraditórios, deve recair a prova. É a colheita dessa prova deve ser tanto quanto possível oral, visto que a oralidade permite o contato direto do juiz com a prova, trazendo, por conseguinte, uma maior simplificação e abreviação dos processos (31), evitando, assim, a chicana e a perda de tempo que necessariamente ocorre entre uma comunicação e outra de um ato processual escrito. Ademais, acrescente-se a isso o fato de o próprio art. 131.º do CPC prever a possibilidade de o juiz apreciar livremente não só a *prova*

(28) *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1930, vol. 1, p. 110.

(29) Nesse sentido, DENTI, ob. cit., p. 106 s. Vai mais longe CAPPELLETTI, entendendo que o juiz deve direcionar-impulsionar *materialmente* o processo, pois, conforme o autor, "*él asume un cometido de caráter activo y asistencial respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad*", *La Oralidad* ..., p. 79. Esta idéia é também defendida pelo autor, noutra obra, quando diz que "*spettano invero al giudice non soltanto poteri relativi allo svolgimento formale del processo (c.d. «formelle Prozessleitung»), ..., anche e soprattutto poteri relativi all'oggetto sostanziale del processo (cosiddetta «materielle Prozessleitung»)», *La Testimonianza* ..., v. I, p. 71.*

(30) *A Oralidade* ..., p. 137.

(31) É interessante notar que, somente na nona edição de seu *Manuale*, e em nota de rodapé, MORTARA, que era contrário à idéia da oralidade, e portanto contendor de CHIOVENDA, esboça um modelo de processo desejável, dizendo: "*Or é intuitivo che la oralità (per quanto relativa e temperata dalle necessità pratiche della discussione) abbrevia e semplifica il processo; è altrettanto intuitivo che la concentrazione degli atti di istruzione e delle questioni preliminari o pregiudiziali, in un rapido e raccolto svolgimento, diretto con ferma mano e con potestà discrezionale dal giudice, abbrevia e semplifica anche maggiormente il corso della lite*", *Manuale della Procedura Civile*, Torino, 1921, 9.ª ed., v. I, p. 308 e 309.

dos fatos, como também *as circunstâncias constantes dos autos*, o que só pode ser feito mediante as regras da oralidade⁽³²⁾. O Código de Processo Civil não traz norma expressa adotando a oralidade, como o registra o art. 180.º do CPC italiano, mas somente de forma indireta no art. 132.º⁽³³⁾. A valoração da prova oral não implica necessariamente a desvalorização da prova documental⁽³⁴⁾, tendo em vista que essa última representa, por certo, uma melhor segurança nas relações jurídicas sociais, que estão fora do processo. Por essa razão, CAPPELLETTI salienta que “*la prueba legal (preconstituída) tiene más bien el carácter de un fenómeno preprocesal (sustancial) que de un fenómeno propriamente procesal*”⁽³⁵⁾.

O que se constata é que, em conseqüência do predomínio da prova legal, pelos critérios até agora apontados, a prova oral possui um valor reduzido de simples declaração⁽³⁶⁾. Tanto é isso verdade que se costuma dizer que a prova oral é considerada a prostituta das provas, em virtude de ser a mais fácil de se comprar. Pode-se afirmar, com toda certeza, com base na nossa tradição, a

(32) Também ARRUDA ALVIM, *Código ...*, v. V, p. 252.

(33) Diversamente ocorre no Juizados Especiais, onde há previsão expressa no art. 2.º da Lei n.º 9.099/95.

(34) Cf. MALATESTA, ob. cit., p. 278.

(35) *La Oralidad ...*, p. 89. É verdade que as relações jurídicas, que são pré-processuais, cada vez mais se consubstanciam na prova escrita, em virtude de o ato escrito trazer mais garantia, pois, conforme GUGLIELMO FERRERO, “*nessuna garanzia migliore esista, che quella di mettere in iscritto la volontà, e affidare a mani sicure la carta, ci sembra che quella idea debba essere una idea elementare dello spirito umano e che anche il cervello più rozzo debba capirla*”, *I Simboli — in Rapporto alla Storia e Filosofia del Diritto alla Psicologia e alla Sociologia*, Torino, 1893, p. 17.

(36) Entendendo em sentido contrário, já em 1894, MALATESTA, para quem a prova produzida oralmente tem mais valor do que a prova escrita, aconselhando-se, sempre que possível, a reprodução oral, pois “*la razón estará en la inferioridad que como prueba presenta siempre el escrito comparado con la palabra. Conviene no olvidar que, aun en la hipótesis en que el escrito se considere como forma original, su originalidad es siempre menos perfecta que la declaración oral*”, in o.c., p. 279. É interessante notar, segundo nos mostra HIDEO NAKAMURA, que “*il principio di oralità, che dovrebbe in teoria prevalere nel processo civile giapponese, finisce in realtà con il soccombere, subendo invece il sopravvento del principio di scrittura. In tal guisa, il processo in Giappone vede dilatarsi sempre più la propria durata media*”, *Il Processo Civile in Giappone*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., GIUFFRÈ, n.º 3, anno XLVI, 1992, p. 944.

civil law, que, *objetivamente* falando (critério objetivo do conceito de prova), não há uma hierarquia entre as provas. Por esse motivo o juiz, segundo o art. 131.º do CPC, “*apreciará livremente a prova*”. Nada parece ser mais verdadeiro. Mas, na realidade, não o é, pois, se assim fosse, não nos preocuparíamos em, sempre que possível, documentar um negócio jurídico, haja vista a apreciação livre da prova. Ademais, a própria lei, inc. I do art. 400.º do CPC, a doutrina e a jurisprudência entendem que não cabe prova testemunhal para fato já comprovado por documento; mas a recíproca não é verdadeira. A questão é resolvida com uma simples pergunta: que tipo de prova seria preferível apresentar em juízo, uma prova documental ou uma prova testemunhal? Duvido que, em sã consciência, alguém preferisse apresentar, no nosso sistema, uma prova testemunhal ao invés de uma documental. Isso nos leva a concluir que há, *subjetivamente* falando (critério subjetivo da prova), uma *hierarquia subjetiva* entre as provas, no qual a prova legal goza de uma preferência no momento da apreciação⁽³⁷⁾.

A oralidade apresenta como valor íntimo e necessário para a sua efetividade: a) *imediatidade*, cuja exigência é o contato direto do juiz com as partes, a fim de se legitimar ao sentenciar, tendo em vista a colheita da prova ser oral⁽³⁸⁾; b) *identidade física do juiz*, que determina ao magistrado que, ao concluir a audiência de instrução e julgamento, isto é, ao colher a prova oral, sentencie, conforme art. 132.º do CPC; c) *concentração*, cuja vantagem reside em encurtar o tempo para a prática dos atos processuais, reduzindo-os a uma ou poucas oportunidades, e.g., audiência preliminar, art. 331.º e 277.º, ambos do CPC, e também audiência de instrução e julgamento, art. 450.º do CPC; d) *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*, adotadas por via indireta, visto que as decisões interlocutórias no nosso sistema são atacadas pelo recurso

⁽³⁷⁾ JOÃO BATISTA LOPES afirma que há uma hierarquia entre as provas: “1) *Prova legal*; 2) *Confissão*; 3) *Prova pericial indispensável*; 4) *Prova documental*; 5) *Prova testemunhal*; 6) *Prova por indícios e presunções*”, *Hierarquia das Provas*, in *Repro* n.º 6, 1977, p. 295. Também CAPPELLETTI fala da desvalorização da prova oral frente à prova legal, *La Oralidad* ..., p. 91 s.

⁽³⁸⁾ Para um melhor aprofundamento da imediatidade, consultar obrigatoriamente ISIDORO EISNER, in *La intermediación en el proceso*, DEPALMA, 1963, principalmente Capítulos IV a VII e X.

de agravo, art. 522.º do CPC, sem, no entanto, possuir efeito suspensivo, consoante inc. II do art. 527.º do CPC. O próprio Código de Processo Civil, na sua exposição de motivos n.º 13, adota a oralidade com os seus corolários. Seria difícil imaginar a oralidade sem algum desses elementos caracterizadores.

5. Audiência preliminar

5.1. Noções gerais

A audiência preliminar, cuja origem, segundo alguns, remonta a 1895 e à obra de FRANZ KLEIN⁽³⁹⁾, a ZPO austríaca, está inserida no Capítulo V do nosso Código de Processo Civil, o qual regula o *juulgamento conforme o estado do processo*, mais precisamente na seção III, intitulada *Do saneamento do processo*. O julgamento conforme o estado do processo se divide em três momentos: a *extinção do processo*, art. 329.º; o *juulgamento antecipado da lide*, art. 330.º; e o *saneamento do processo* art. 331.º, todos do CPC.

Quando o juiz, diante do processo, percebe alguma das hipóteses previstas nos arts. 267.º e 269.º, II a V, declarará *extinto o processo* ou, quando a questão de mérito for unicamente de direito (inc. I) ou ocorrendo revelia (inc. II), o juiz julgará *antecipadamente a lide*; ocorrendo alguma dessas hipóteses, o processo se

⁽³⁹⁾ *Apud* VÍCTOR FAIREN GUILLEN, ob. cit., p. 311. Nesse sentido BIDART-TORRELO-VESCOVI, entendendo que “*si considera como antecedente cercano el régimen austríaco*”, *Exposición de Motivos*, in *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, FCU, 2.ª ed., 1997, p. 25. Para COUTURE, em seu projeto de Código de Processo Civil para o Uruguai, essa audiência originou-se da *pretrial*, contida na Rule 84 das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas e do art. 37.º da *Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico*, *apud* BIDART-TORRELO-VESCOVI, ob. cit., p. 26. Para BARBOSA MOREIRA, a origem seria o “*Decreto n.º 3, de 25-5-1907*”, do direito português, chamado *processo sumário*, que, segundo o autor, era “*um ato judicial destinado essencialmente à apreciação de nulidades, após o encerramento da fase postulatória, e ao qual doutrina e jurisprudência atribuíram a denominação de ‘despacho regulador’*”, *Saneamento do Processo e Audiência Preliminar*, in *Temas de Direito Processual*, 4.ª Série, Saraiva, 1989, p. 112. Sendo que, logo a seguir, “*passou o despacho saneador a ser precedido de uma ‘audiência preparatória’*, na qual, de início, toca ao órgão judicial tentar conciliar as partes, se disponível a relação jurídica litigiosa”, ob. cit., p. 113.

extinguirá, sendo, portanto, desnecessária a audiência preliminar⁽⁴⁰⁾, como bem prevê a primeira parte do artigo 331.º do CPC, ao dizer: “*Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes (...)*”. Não sendo extinto o processo, o juiz deverá partir para o terceiro momento do julgamento conforme o estado do processo, que é a fase saneadora, onde serão examinadas as possíveis preliminares apresentadas pelas partes, entre outras providências. É nessa etapa que resultou o aperfeiçoamento do prestigiado art. 331.º do CPC.

A audiência preliminar é, sem sombra de dúvida, o elemento mais importante da reforma processual, no que se refere à aceleração da prestação da tutela jurisdicional. Não seria exagerado dizer, parafraseando PROTO PISANI, que “*il successo o il fallimento della riforma sono indissolubilmente legati al funzionamento o no di questa udienza*”⁽⁴¹⁾.

A audiência preliminar, pela inovação que apresenta, exige uma mudança de postura por parte dos operadores do Direito, acostumados a trabalhar sobre um processo de conhecimento anacrônico, calcado em princípios que já não espelham a realidade da moderna ciência processual. É sabido que, pelo hábito, o processo mesmo educa ou deseduca, pois, como bem disse alhures CALAMANDREI, *a praxe do foro é mais forte que a lei*. E, conforme PAN-

⁽⁴⁰⁾ Nesse sentido, encontramos ARAKEN DE ASSIS, *Procedimento Sumário*, MALHEIROS, 1996, p. 97; BARBOSA MOREIRA, *O Processo Civil Brasileiro e o Procedimento por Audiências*, in *Temas de Direito Processual Civil*, 6.ª Série, Saraiva, 1997, p. 104; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *As Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 5.ª ed, 1995, p. 15; CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, Forense, 1995, p. 111 e 112; LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *A Nova Audiência Preliminar (art. 331.º do CPC)*, in *Repro n.º 80*, p. 30 e 31. Defende tese contrária, DINAMARCO, ao afirmar “*que é a audiência preliminar a oportunidade procedimental em que cabe ao juiz optar entre extinguir ou não o processo*”, p. 119, mas, a seguir, o próprio autor se contradiz, dizendo: “*A conclusão é que a audiência preliminar se realizará no procedimento ordinário brasileiro, sempre (a não ser que extinto o processo antes, é claro)*”, p. 123, *A Reforma do Código de Processo Civil*, MALHEIROS, 1995.

⁽⁴¹⁾ *La Nuova Disciplina del Processo Civile*, Napoli, 1991, p. 130. O art. 183.º do novel CPC italiano refere-se exatamente a “*Prima udienza di trattazione*”. Neste sentido, CHIARLONI, *Le Riforme del Processo Civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 1992, p. 162; TARUFFO et alii, *Le Riforme della Giustizia Civile* (a cura di M. TARUFFO), Torino, 1993, p. 252 e, novamente, quando escreveu em conjunto *La Riforma del Processo Civile*, Milano, 1991, p. 33.

ZANI, o processo “*Diseduca quando, per avere un oggetto mutevole, sempre suscetibile di variazione e sorprese, solo in apparenza funzionali al concetto di difesa, tanto le parti, quanto il giudice finiscono per essere travolti da un meccanismo de deresponsabilizzazione, nel quale si impoveriscono le nozioni stesse di difesa e di contraddittorio. Mentre educa quando, mirando a conseguire, attraverso un’articolata fase iniziale, un suo oggetto responsabilmente definito, si può parlare di esso come di un progetto razionale, realmente costruito sul contraddittorio delle parti e realmente funzionale al corretto dispiegarsi dei poteri direttivi del giudice*” (42).

É sob esse ângulo que devemos analisar o art. 331.º do CPC, sob pena de torná-lo improdutivo e, com isso, desrespeitar o espírito da lei. Mas, para se agilizar a prestação da tutela jurisdicional, colocando o processo no seu verdadeiro rumo, logo, *educando*, necessário se faz observar os *requisitos implementadores* da audiência preliminar:

- a) um sistema de *preclusões*, que onera as partes a deduzir, imediatamente, todas as alegações e defesas relevantes para a causa, renunciando, conseqüentemente, a esquemas processuais e táticas dilatórias, trazendo com isso uma maior responsabilidade para as partes; é a adoção do princípio da eventualidade (43), que já é previsto em nosso

(42) *Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienda e le Preclusioni*, in La Riforma del Processo Civile, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n.º 73, Nov. 1994, v. I, p. 319 e 320. Ou nas brilhantes palavras de PATANIA, quando diz: “*In realtà si tratta di una inversione di tendenza che restituisce significato alla presenza del giudice lungo tutto l’arco della procedura recuperando, al contempo, la autorevolezza del giudice e la autoreponsabilità delle parti poiché il processo assolve ad una pubblica funzione anche quando sono privati i diritti in contesa.*”, in *Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienda e le Preclusioni*, in La Riforma del Processo Civile, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n.º 73, Nov. 1994, v. I, p. 351.

(43) Conforme PANZANI, *Il Giudizio* ..., p. 320; TARUFFO, *La Riforma del Processo Civile*, p. 33; PATANIA, *Il Giudizio* ..., p. 351, entre outros. Em sentido diferente, FRASCA, que divide a fase preparatória em *contraddittorio libero e a binario rigido*, sendo este último “*la previsionone nell’ambito della fase preparatoria di momenti successivi di operatività delle preclusioni in relazione alla diversa tipologia delle difese della parti sotto il profilo dell’onere di allegazione a realizzare quel temperamento*”, in *Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienda e le Preclusioni*, in La Riforma del Processo Civile, Quaderni

ordenamento jurídico tanto para o autor, art. 474.º do CPC, quanto para o réu, art. 303.º do CPC. Torna-se patente aqui o eterno conflito entre justiça e celeridade;

del Consiglio Superiore della Magistratura, n.º 73, Nov. 1994, v. I, p. 363. Para este autor, o novel CPC italiano no art. 183 adotou este ponto de vista, *a binario rigido*. Observou GIUSEPPE TARZIA, com a reforma de 1990, consolidada pela Lei n.º 534, de 20 de dezembro de 1995, que “*tinha sido introduzido um regime rígido de preclusões, não só para as demandas reconventionais, mas também para as exceções em sentido estrito*”, in GENESIS — Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, (3), set./dez. de 1996, p. 724.

No doutrina brasileira, conforme esclarece BARBOSA MOREIRA, “*Técnica de utilização freqüente para evitar protraitamentos na suscitação e na solução de questões é, conforme se sabe, a da preclusão. Em princípio, crescerá a eficiência do método ‘concentrado’ na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinala a liquidação definitiva das questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência. Menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem elas irremediavelmente suscetíveis*”, Saneamento ..., ob. cit., p. 142. Também nesse sentido, CALMON DE PASSOS, quando expõe seu posicionamento, dizendo: “*Se esse entendimento prevalecer, cumpre atender-se ao princípio da preclusão e da efetividade, que operam no tocante às partes, da recorribilidade do que antes foi decidido e do efeito preclusivo, no que pertine ao juiz, da interposição do recurso, enfim um sem número de problemas que serão, a meu ver, eliminados ou minimizados*”, ob. cit., p. 113. Conforme CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA: “*Esse difícil problema de política judiciária deve ser resolvido, antes de mais nada, levando-se em conta a situação cultural do povo, sua eventual litigiosidade, a capacidade dos juizes e advogados e os meios postos à disposição da administração da justiça*”, ob. cit., n.º 21.3, p. 175.

No processo civil alemão, os debates acerca das preclusões ganharam novos contornos com a reforma, denominada *Vereinfachungs novelle*, de 1976, mormente com a redação do debatido § 296 Abs. 1 ZPO, que, segundo PRÜTTING, “*in tema di rigetto delle deduzioni tardive rappresenta il nucleo essenziale della Novella sulla semplificazione (...). Dal punto di vista del singolo processo, il paragrafo 296 impedisce la tattica processuale fondata sulla spendita ‘goccia a goccia’ delle deduzioni*”, *La Preparazione delle Trattazione Orale e le Conseguenze delle Deduzioni Tardive nel Processo Civile Tedesco*, in Riv. Dir. Proc., 1991, anno XLVI — n.º 2, p. 417 e 418. Não obstante o autor concluir que: “*Secondo la mia opinione non è esatta l’affermazione secondo cui il legislatore del 1976 avrebbe reintrodotta il principio di eventualità*”, ob. cit., p. 427.

A preclusão encontra-se, também, no § 255, *comma* 1.º, parte primeira, do Código de processo civil japonês, que, segundo HIDEO NAKAMURA, “*prevede che i fatti specifici, non allegati o dedotti nella fase preparatoria, non possano poi più esserlo nel corso della trattazione orale*”, *Il Processo Civile in Giappone*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1992, Giuffrè, anno XLVI — n.º 3, p. 943.

No direito espanhol encontramos no art. 693.º, 4.ª, da LEC, que refere-se ao *juicio de menor cuantía*, a possibilidade de as partes, após a audiência preliminar, no prazo de oito dias, apresentarem as provas que entendam pertinentes, sob pena de, segundo a lei, “*transcurrido dicho plazo, no se podrá proponer prueba ni adicionar la propuesta, a excepción de lo previsto en el artículo 612 para la prueba pericial*”.

- b) a necessidade de fixação do *thema decidendum* e a determinação do objeto litigioso do processo sobre o qual deverá recair a prova, devendo as partes requererem as provas que ainda entendam necessárias, tais como o depoimento pessoal, art. 343.º do CPC, se não requerido na inicial; a exibição de documento ou coisa, art. 356.º do CPC; a perícia, art. 420.º do CPC, sendo que, no rito sumário, art. 278.º *caput* do CPC, se deverão formular, junto com o requerimento, os quesitos e indicar assistente técnico; deverá, inclusive, se for o caso, chamar o terceiro ao processo⁽⁴⁴⁾. É nessa audiência que se encerra a fase postulatória, dando início à fase saneadora⁽⁴⁵⁾;
- c) o *conhecimento da causa* antes do início da audiência. Pode parecer desnecessário mencionar-se esse requisito implementador da audiência, mas não o é, uma vez que a praxe aponta em sentido contrário. O acúmulo de serviço hoje no Brasil é tamanho⁽⁴⁶⁾ que o magistrado não possui tempo para preparar o processo antes da audiência preliminar, resumindo-se a ler o processo no início da sessão, o que prejudica totalmente o saneamento e a fixação dos pontos controvertidos. Pois, como pode o magistrado sanear algo que não conhece? Como pode fixar os pontos controvertidos sem conhecer pormenorizadamente os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos? Esse, *data venia*, parece ser o maior empecilho para uma real implementação da audiência preliminar⁽⁴⁷⁾. Aconselha-se, mediante uma leitura atenta do processo, que o

(44) Nos moldes do art. 183.º, *comma* 4.º, do CPC italiano.

(45) Porque, nessa audiência, as partes ainda poderão requerer as provas necessárias à instrução da causa.

(46) Também no direito alemão, segundo PRÜTTING, ob. cit., p. 414; em igual sentido no direito japonês, conforme HIDEO NAKAMURA, ob. cit., p. 941 e 942.

(47) Para BARBOSA MOREIRA, “*se o juiz, mesmo zeloso, não tem possibilidade prática, em razão do acúmulo de serviço, de preparar-se conforme cumpre para o ato, então aqueles motivos desaparecem por completo*”, *Saneamento ...*, ob. cit., p. 137. E, mais adiante, salienta o prestigiado autor, referindo-se ao art. 331.º do CPC: “*se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes. (...) o que implica para o órgão judicial, logicamente, o dever de investigar previamente todas essas possibilidades, e portanto de examinar todas as questões relevantes*” (grifo nosso), ob. cit., p. 139.

magistrado selecione aquelas causas que apontam para uma maior possibilidade de acordo e designe uma pauta preferencial, ou no início do expediente ou num único dia da semana. Essa atitude, indiscutivelmente, reduzirá a vida útil do processo ⁽⁴⁸⁾.

Somente dessa forma poderemos gozar de um processo *rápido, eficaz e barato*. *Rápido*, porque retira todas as formas de dilações indevidas; *eficaz*, porque atende ao princípio da economia processual, isto é, permite obter um máximo de resultado num mínimo de atividade processual; e *barato*, porque as partes e o Estado economizarão tempo e dinheiro.

O art. 331.º do CPC, ao introduzir a audiência preliminar, estabeleceu fundamentalmente *quatro fases* bem definidas: 1) a conciliação; 2) o saneamento do processo; 3) a fixação dos pontos controvertidos e 4) a determinação das provas a serem produzidas ⁽⁴⁹⁾.

Não incidindo em nenhuma das providências preliminares (*questões prévias*), arts. 324.º a 327.º do CPC, e não incorrendo nas duas primeiras hipóteses de julgamento conforme o estado do processo, arts. 329.º e 330.º do CPC ⁽⁵⁰⁾, a audiência preliminar é

⁽⁴⁸⁾ NELSON NERY JUNIOR entende 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”, *Atualidades sobre o Processo Civil*, RT, 1995, p. 71 e 72. Em igual sentido LUIZ RODRIGUES WAMBIER, ob. cit., p. 33 e 34.

⁽⁴⁹⁾ Mais amplo que o art. 331.º do CPC Brasileiro é o art. 301.º do Código-Tipo para a América Latina, quando fala da audiência preliminar, servindo de base para inúmeras inovações ocorridas no mundo inteiro em virtude da sua grandiosidade, como se nota da transcrição resumida, a seguir: “1) possibilidade de ratificação pelas partes dos escritos constitutivos e casual aditamento de fatos novos; 2) contestação pelo autor das exceções opostas pelo demandado; 3) tentativa conciliatória; 4) recepção da prova das exceções; 5) saneamento do processo, para resolver as exceções processuais ou nulidades, bem como julgar todas as questões que obstem a decisão de mérito; 6) fixação definitiva do objeto do processo e da prova”, *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per L’America Latina*, Cedam, 1988, p. 580.

⁽⁵⁰⁾ Diferentemente no direito espanhol, onde o julgamento antecipado da lide deve ser feito na própria audiência preliminar, conforme o art. 693.º, 4.ª da LEC, ao dizer: “Cuando resulte de la comparecencia que las partes están conformes en los hechos y que la discrepancia queda reducida estrictamente a una cuestión de derecho, o si ninguna de ellas hubiera solicitado el recibimiento a prueba, el Juez dictará sentencia dentro de cinco días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia”.

obrigatória ⁽⁵¹⁾, à medida que a tentativa de conciliação, o saneamento do processo, a fixação dos pontos controvertidos e a determinação das provas a serem produzidas, nessa fase, são requisitos do procedimento, qualquer que seja, v.g., nos procedimentos especiais, nos embargos, tanto de devedor quanto de terceiro, etc. Omitir essa audiência é omitir um ato indispensável do procedimento e da adequada prestação jurisdicional, podendo o Estado responder por danos morais ⁽⁵²⁾, na medida em que, existindo uma norma capaz de abreviar, drasticamente, o tempo da prestação jurisdicional, a sua não utilização, por parte do Estado, gera um desserviço às partes e à sociedade, causando, indiscutivelmente, um prejuízo injustificado, porque permite a demora desnecessária do processo, e segundo TROCKER, “*a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição*”,

⁽⁵¹⁾ Nesse sentido, DINAMARCO, ob. cit., p. 124; CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 113; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 16; NELSON NERY JÚNIOR, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1997, 3.ª ed., p. 608 (nota 4); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, ob. cit., p. 31. Em sentido contrário, entendendo ser facultativa, BARBOSA MOREIRA, *O Processo ...*, ob. cit., p. 105; IARA DE TOLEDO FERNANDES, *Da Audiência Preliminar do art. 331.º do CPC*, in Repto n.º 81, p. 44.

⁽⁵²⁾ Conforme já escrevi anteriormente: “*O Estado deve ser responsável pelas dilações indevidas de acordo com o direito apresentado. A Corte Européia dos Direitos do Homem já se manifestou a respeito, segundo J. SANCHEZ-CRUZAT, durante os anos oitenta, onde reconheceu o direito ao processo sem dilações indevidas, impondo reiteradas condenações à vários países, obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda, (in El Tribunal Europeu, 1983, p. 91). No Brasil este ponto de vista é defendido por CRUZE TUCCI, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, 1993, p. 99*”. E continuo, mais adiante: “*Segundo CRUZE TUCCI o Brasil é signatário da mencionada Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, inobstante nada dispor a CF sobre a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, abre a mesma a possibilidade de serem adotados certos princípios, direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, de acordo com o § 2.º do art. 5.º da CF*”, *A instrumentalidade do Processo e o Princípio da Verossimilhança como decorrência do Due Process of Law*, contido na Rev. de Jurisprudência Brasileira, n.º 173, p. 31 e 32 e na Rev. AJURIS n.º 60, p. 273 e 274.

(tradução nossa) ⁽⁵³⁾. Além do que, sendo as normas referentes ao procedimento de *interesse público* e de natureza *cogente* ⁽⁵⁴⁾, seu desrespeito gerará uma *nulidade absoluta* ⁽⁵⁵⁾, o que não significa dizer que, desrespeitada essa norma de procedimento, o vício seja insanável ⁽⁵⁶⁾. A audiência preliminar constitui um *pressuposto*

⁽⁵³⁾ *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, 1974, p. 276 e 277.

⁽⁵⁴⁾ Mesmo o rito sumário, que o magistrado tem a possibilidade de converter em ordinário, segundo § 4.º do art. 277.º, e vice-versa, a natureza da norma continua a ser cogente, pois a disponibilidade do rito, legalmente prevista, não altera a sua natureza e, sim, permite dois caminhos dentro da própria norma; tanto é verdade, que não pode ser seguido um terceiro caminho, em virtude da cogência da norma.

⁽⁵⁵⁾ Também nesse sentido manifesta-se DINAMARCO, ao afirmar que “*trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal*”, *A Reforma ...*, n.º 93, p. 124. Para GALENO LACERDA, “*certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito do processo*”, RJTJRGs, n.º 102, p. 285. Para IARA DE TOLEDO FERNANDES: “*A interpretação pela ‘obrigatoriedade’ dada à linguagem cogente da norma, porque apegada à literalidade, merece zelo. Melhor nos parece alçar a interpretação a nível sistemático-teleológico*”, ob. cit., p. 44. A crítica da autora deve-se a confusão que a mesma faz entre nulidade absoluta e insanabilidade.

⁽⁵⁶⁾ Conforme já decidiu o T.J.R.G.S.: “*Possibilidade de conversão de procedimento sumaríssimo em ordinário. O interesse público na instrumentalidade do processo relativiza, em regra, as nulidades processuais. Aplicação dos arts. 250.º, parágrafo único, e art. 154.º do CPC, e do art. 1.218.º do CC*”, rel. Des. GALENO LACERDA, publicado na Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. n.º 102, p.283. Para GALENO LACERDA, “*Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material. (...) Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração*”, *O Código e o Formalismo Processual*, in AJURIS n.º 28, p. 10 e 11. Também CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, entende que: “*A solução exequível estampa-se na adoção do princípio da instrumentalidade das formas, dando-se pela validade do ato processual sempre que atingir sua finalidade essencial, preservadas as garantias constitucionais do processo*”, *Do Formalismo no Processo Civil*, Saraiva, 1997, n.º 16, p. 124. Pode-se afirmar, com certeza, que hoje os princípios da finalidade e da existência do prejuízo aplicam-se, também, as nulidades absolutas, ou seja, se o ato praticado, por qualquer dos sujeitos processuais, desrespeitar à forma preestabelecida em lei, e, mesmo assim, atingir a finalidade não causando nenhum prejuízo, não há porquê anulá-lo; pois, do contrário, estar-se-ia repetindo, desnecessariamente, o ato que cumpriu a sua finalidade, principalmente se o ato refere-se ao procedimento, porque não pode alterar o mérito (*resultado*) da causa. O que não significa dizer que o Estado não possa ser responsabilizado pela demora injustificada; o que se está a dizer é que não se deve repetir novamente o processo para se obter o mesmo resultado.

processual de validade objetivo e intrínseco à relação jurídica. Mesmo faltando a primeira fase, a conciliação, por se tratar de direitos indisponíveis ou falta de interesse das partes, há a segunda fase, denominada saneadora, na qual o juiz decidirá as questões processuais pendentes. Mesmo não havendo o que sanear, deverá o juiz fixar os pontos controvertidos, para, sobre eles, fazer incidir a prova, conseqüentemente, remetendo o processo para a fase instrutória. E, se nada disso for possível, o que duvido, ainda assim deverá o juiz designar tal audiência, para que possa, no mínimo, sentir a dimensão jurídica do conflito, bem como de seus aspectos psicológicos e éticos, isto é, do fundo humano e social que toda contenda possui.

5.2. Direito comparado

5.2.1. Direito austríaco

A primeira idealização de uma audiência preliminar surgiu na *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, que entrou em vigor no ano de 1898⁽⁵⁷⁾, e trouxe consigo, nos §§ 239 a 242 ÖZPO, a *erste Tagsatzung* (primeira audiência técnica). É o Código de FRANZ KLEIN, que teve em mira, não os princípios dogmático-formais ou posições ideológicas, mas sobretudo a adequação e a praticidade do novo processo⁽⁵⁸⁾. Para KLEIN, “*ogni causa aveva componente economica e sociale molto importante. La singola controversia non è quindi da considerarsi mera cosa privata delle parti, ma quale episodio di particolare importanza anche per tutta la società*”⁽⁵⁹⁾.

O § 239 ÖZPO apresenta como “*único scopo di questa udiienza è quello di verificare se l’attore e il convenuto siano effettivamente intenzionati a condurre una causa o se in particolare il*

⁽⁵⁷⁾ Cf. B. KÖNIG, *La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983*, in Riv. Dir. Proc., 1988, ano XLIII, n.º 3, p. 713. Em igual sentido BARBOSA MOREIRA, *Saneamento* ..., ob. cit., p. 120 s. Também CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., n.º 4.6.2, p. 49 s.

⁽⁵⁸⁾ Cf. KÖNIG, ob. cit., p. 712.

⁽⁵⁹⁾ *Apud* KÖNIG, ob. cit., p. 712. Em igual sentido CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 50.

*convenuto in questo momento (...) sia disposto ad adempiere l'obbligazione. Il convenuto (e l'attore) deve manifestare **attraverso la sua comparsa in udienza la propria intenzione di volersi fare coinvolgere nella lite***" (60). Essa audiência realiza-se, segundo BARBOSA MOREIRA, "**antes da abertura de oportunidade ao réu para defender-se**" (61). A primeira audiência técnica não é, portanto, nem de instrução, nem preliminar, mas meramente uma *chamada*, que, não obstante, apresenta sérias conseqüências caso o réu não compareça, permitindo ao juiz prolatar uma sentença contumacial, baseada unicamente na afirmação do autor. Tal decisão cria um título executivo que, segundo KÖNIG, "*non poteva più essere, in pratica, reso inefficace dalla controparte né con un'impugnazione — in quanto vi è un divieto di proporre nuovi fatti — né durante un'esecuzione*" (62). É difícil para nós entendermos a atitude do legislador austríaco, uma vez que a finalidade dessa audiência é *convidativa*, porém a sanção para o não comparecimento é rígida. Só se justifica num sistema onde existe credibilidade nas pessoas envolvidas no conflito ou, como quer CHIOVENDA, se referindo ao processo injuncional: "*Para que seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamentos expedidas*" (63).

A reforma de 1983 acrescentou ao § 243 ÖZPO um 4.º parágrafo, que tornou a *erste Tagsatzung* facultativa nos procedimentos perante o Tribunal (de regra monocrático), quando, "*in base al contenuto della domanda attorea, sia presumibile che il convenuto si costituirà*". E foi substituída pelo "*procedimento pretorile (...) con un procedimento d'ingiunzione obbligatorio*" (64).

(60) *Apud* KÖNIG, ob. cit., p. 714.

(61) Ob. cit., p. 121.

(62) Ob. cit., p. 714.

(63) *Instituições* ..., ob. cit., p. 259.

(64) *Apud* KÖNIG, ob. cit., p. 716 e 717. Em igual sentido BARBOSA MOREIRA, *Saneamento* ..., ob. cit., p. 122 e 123; CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., n.º 4.6.2, p. 51; GIUSEPPE TARZIA, ob. cit. p. 726 e 727.

5.2.2. Direito alemão

O Código de Processo Civil do *Deutsches Reich* é de 1877. Todavia sofreu várias modificações no transcorrer do século, 1924, 1933, 1974 e a última em 1976.

A reforma de 1976 produziu a alteração do § 272 Abs. 1, 278 ZPO, para melhor simplificar e acelerar o procedimento. Conforme PRÜTTING: “*Il cammino di volta in volta più adatto per pervenire alla preparazione dell’udienza principale è deciso dal Presidente del collegio che sceglie, con valutazione discrezionale e non censurabile, tra due tipi di procedimento. (...) Se il tribunale ha scelto per la fase preparatoria la così detta prima udienza immediata, si procede secondo il paragrafo 275 ZPO(...). Se il tribunale ha invece scelto la via del procedimento preparatorio scritto di cui al paragrafo 276 ZPO, il Presidente chiede al convenuto, senza fissare alcuna udienza e tramite la notificazione della citazione, di manifestare la sua intenzione di difendersi entro un termine di due settimane*” (65).

Não obstante o juiz poder, discricionariamente, optar pela forma mais adequada de procedimento, a escrita ou a oral com realização de uma pré-audiência, a finalidade dessa última reside em preparar a audiência principal, de modo que a matéria deduzida possa ser conduzida com plena *maturità* pelo juiz, por força do § 273 ZPO (66).

5.2.3. Direito italiano

As recentes reformas do processo civil italiano culminaram na promulgação das Leis n.º 353, de 26 de novembro de 1990, e n.º 534, de 20 de dezembro de 1995, trazendo consigo a denominada *prima udienza di trattazione*, prevista no art. 183.º do CPC italiano (67).

(65) Ob. cit., p. 416 e 417. Nesse sentido G. TARZIA, ob. cit., p. 726 e BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 123 e 124.

(66) Cf. PRÜTTING, ob. cit., p. 416.

(67) Eis os textos: “art. 183.º. *Prima udienza di trattazione*. — *Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti (p. c. 117) e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione (p. c. 185, 198; att. p. c.*

É correto se afirmar que a reforma de 1995 estabeleceu expressamente a distinção entre a *audiência de primeiro comparecimento*, art. 180.º do CPC, e a *primeira audiência de preparação (trattazione)*, art. 183.º do CPC ⁽⁶⁸⁾.

Destina-se a primeira audiência, art. 180.º do CPC, segundo TARZIA, “à verificação de ofício da regularidade do contraditório e, quando necessário, à emanção dos provimentos para a integração do contraditório em caso de litisconsórcio necessário (art. 102.º); para o saneamento da citação (art. 164.º) e da demanda reconvenção (art. 167.º); para o saneamento dos defeitos de representação, assistência e autorização (art. 182.º) e dos vícios de notificação da citação (art. 291.º). Todos estes provimentos requerem naturalmente a fixação de uma outra audiência” ⁽⁶⁹⁾.

A segunda audiência, denominada de *prima udienza di trattazione*, art. 183.º do CPC, vem representar, segundo PANZANI, “grazie al sistema di preclusioni adottato dal legislatore, il fulcro del processo” ⁽⁷⁰⁾, servindo para determinar o objeto do processo, o *thema decidendum*, conseqüentemente, preparando a decisão sobre o mérito da causa. Pode o juiz, conforme o autor, “ottenere dalle parti i ‘chiarimenti’ sulle domande ed eccezioni formulate negli atti introduttivi, sia attraverso l’esercizio da parte di attore e convenuto del potere (limitato) di formulare domanda ed eccezioni nuove e soprattutto di precisare e modificare, con l’autorizzazione del giudice, le domande e le eccezioni già formulate” ⁽⁷¹⁾.

88). La mancata comparizione delle parti senza giustificato valutabile ai sensi del secondo comma dell’art. 116 (p. c. 420). Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale (p. c. 420), il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico (c. 2699) o scrittura privata autenticata (c. 2703), e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere (c. 1965) la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell’art. 116 (p. c. 420). Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (p. c. 37, 38, 39, 40, 75, 102, 107, 164, 182, 421; att. p. c. 80-bis) (...).”

⁽⁶⁸⁾ Cf. TARZIA, ob. cit., p. 724.

⁽⁶⁹⁾ Ob. cit., p. 724. Também PANZANI, ob. cit., p. 329.

⁽⁷⁰⁾ Ob. cit., p. 322.

⁽⁷¹⁾ Ob. cit., p. 329. Igualmente TARZIA, ob. cit., p. 725.

Atualmente, no direito italiano, as atividades antevistas pelo abstrato modelo da audiência preliminar são, portanto, divididas em duas audiências ⁽⁷²⁾.

5.2.4. Direito espanhol

A reforma introduzida na *Ley de Enjuiciamiento Civil* pela Lei n.º 34, de 06 de Agosto de 1984, trouxe, entre outras alterações, a reformulação do *juicio de menor cuantía*, que, segundo a *Exposición de Motivos*, “*pasa a ser el proceso prototípico o predominante, con un contenido económico que, aun teniendo en cuenta la devaluación monetaria, al comprender de las quinientas mil pesetas hasta los cien millones de pesetas, sobrepasa con mucho a las mil y veinte mil pesetas a que se atuvo en su momento de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Hoje, no *juicio de menor cuantía* o comparecimento das partes diante do juiz, após as suas postulações, é **obrigatório**, e tem como finalidade precípua, segundo a *Exposición de Motivos*: 1) possibilitar um acordo que substitui a sentença; 2) corrigir possíveis defeitos ou faltas nos escritos das partes ou nos pressupostos processuais; 3) delimitar as questões de fato em que haja conformidade ou discrepância, e; 4) tornar possível, com vistas a prova, que estejam claramente definidas as posições em conflito. É autêntica audiência preliminar, com nítida aceleração da prestação jurisdicional, à medida que reduz o procedimento inserindo duas audiências, a primeira, chamada de preliminar, que serve para filtrar todas as impurezas do procedimento, enquanto a segunda serve para a colheita de prova.

A audiência preliminar no direito espanhol está prevista nos arts. 691.º a 692.º da LEC, e é defendida por FAIREN GUILLEN, GUASP, DE MIGUEL ALONSO e ALMAGRO.

(72) Cf. TARZIA, ob. cit., p. 715.

5.2.5. Direito português

Também o direito português buscou inspiração no Código de Processo Civil Modelo para América Latina, quando, através de uma comissão, criou, em 1993, as *Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil* ⁽⁷³⁾, regulamentando a marcha do processo civil de declaração.

O Código de Processo Civil português, cujo corpo data de 1961, prevê várias fases para o desenrolar do processo, a saber: 1.^a) *fase dos articulados*, arts. 467.º a 507.º; 2.^a) *fase da condensação* (audiência preparatória e despacho saneador), arts. 508.º a 512.º; 3.^a) *fase de instrução*, arts. 513.º a 645.º; 4.^a) *fase da discussão e julgamento da causa*, arts. 646.º a 657.º; 5.^a) *fase da sentença*, arts. 658.º a 675.º; 6.^a) *fase dos recursos*, arts. 676.º a 782.º ⁽⁷⁴⁾.

Antes da reforma, o Código de Processo Civil português previa uma audiência preparatória que era facultativamente marcada pelo juiz da causa, permitindo a tentativa de conciliação ou a manifestação dos advogados sobre o pedido ou exceções ⁽⁷⁵⁾.

Com as *Linhas Orientadoras* de 1993, os objetivos da audiência preliminar foram bastante ampliados, passando de dois (forma antiga) para sete (forma atual). A primeira fase prevê a tentativa de *conciliação*, sendo obrigatória a presença das partes e a *expressa fundamentação da conciliação e/ou da frustração dessa*. A segunda fase destina-se ao *despacho de aperfeiçoamento*, onde o juiz ou as partes podem corrigir ou completar os seus articulados, suprimindo qualquer lacuna. A terceira fase é a do *saneamento do processo*, que possibilita ao juiz apreciar e discutir a existência de quaisquer exceções dilatórias, providenciando, se necessário, a regularização da instância. A quarta fase oportuniza ao juiz a *decisão sobre o mérito da causa*, no todo ou em parte, apreciando ele

⁽⁷³⁾ Cf. CARLOS MANOEL FERREIRA DA SILVA, *A Audiência Preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa*, in Rev. Proc., RT, n.º 71, p. 171 s.

⁽⁷⁴⁾ Para melhor esclarecimento da estrutura do processo civil português consultar FERNANDO LUSO SOARES, *Processo Civil de Declaração*, Almedina, 1985, p. 495 s.; ANTUNES VARELA-BEZERRA-SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.^a ed., 1985, p. 237 s.

⁽⁷⁵⁾ Segundo CARLOS MANOEL FERREIRA DA SILVA, ob. cit., p. 171.

o pedido ou algum dos pedidos deduzidos, bem como alguma exceção peremptória, tudo em conformidade com o princípio da oralidade. A quinta fase traz o *exame da matéria de fato*, nos limites da demanda ou das exceções deduzidas, *permitindo às partes proceder à alteração ou ampliação do pedido ou da causa de pedir*. A sexta fase *prepara o processo para o julgamento* através da determinação dos fatos provados e a provar, bem como da indicação das provas a produzir e da fixação de prazos para o seu oferecimento, além da designação, sempre que possível, da data da realização da audiência final ⁽⁷⁶⁾.

5.2.6. Direito uruguaio

Em 1986, o Poder Executivo nomeou uma comissão para preparar o anteprojeto do Código de Processo Civil, que terminou os seus trabalhos em fevereiro de 1987. Esse anteprojeto foi imediatamente remetido para o Parlamento, que sancionou-o, após curto debate, em outubro de 1988, entrando em vigor a partir de 20. XI. 1989 ⁽⁷⁷⁾. É actualmente um dos mais modernos Códigos de processo do mundo.

O novo *Código General del Proceso* prevê, entre outras mudanças, uma audiência preliminar, que está prevista no art. 340.º e tem seu conteúdo determinado pelo art. 341.º.

Essa audiência preliminar vem após a fase postulatória, que é composta pela demanda, na qual o autor deve deduzir a sua pretensão, sempre por escrito e com *todas as provas alegadas*, e.g., documental, indicação de testemunha, requerimento de perícia, etc., e pela resposta, que deverá conter os mesmos requisitos exigidos para a demanda. A função dessa audiência ⁽⁷⁸⁾, conforme art. 341.º do CGP, pode ser resumida nas seguintes características:

- a) *Retificação* da demanda e da resposta, fazendo, caso seja necessário, os esclarecimentos pertinentes, o que permite,

⁽⁷⁶⁾ Cf. CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA, ob. cit., p. 172 e 173.

⁽⁷⁷⁾ Consoante E. VESCOVI, *Il Nuovo Sistema Giudiziario dell'Uruguay*, in Riv. Dir. Proc., anno XLVI-n.º 2, 1991, p. 402.

⁽⁷⁸⁾ Consultar VESCOVI, ob. cit., p. 409.

- inclusive, alegar fatos novos sempre que não modifiquem a pretensão ou a defesa;
- b) *Tentativa de conciliação*, quer seja total quer seja parcial, sendo que neste último caso diminuir-se-ão as questões da lide. A presença das partes com os seus procuradores é obrigatória, tanto que, se o autor estiver desassistido, presumir-se-á que tenha desistido da sua pretensão, ou, estando o réu desassistido, aplicar-se-lhe-ão os efeitos da revelia, tudo conforme o art. 340.º do CGP;
- c) *Saneamento do processo*, através de uma ‘sentença’ interlocutória, onde o juiz vai expurgar, segundo a letra da lei (art. 341.º), “*todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito*”, incluindo a improponibilidade da petição inicial, as nulidades em geral ou qualquer vício referente aos pressupostos processuais;
- d) *Fixação do objeto do processo e da prova*; pronunciando-se o juiz sobre os meios de prova solicitados pelas partes, rechaçando os que forem inadmissíveis, desnecessários ou inconduzentes, sempre, conforme VESCOVI, “*con la presenza e collaborazione delle parti ed i loro avvocati*” (79). A prova, se possível, deverá ser produzida nessa audiência (80), caso contrário marcará o juiz a *audiencia complementaria*, art. 343.º do CGP, que determina: “*1. Si la prueba no hubiere podido diligenciarse en la audiencia preliminar, total o parcialmente, se citará a las partes para la audiencia complementaria de prueba en el más breve tiempo posible (...)*”.

5.3. Fases da audiência preliminar

5.3.1. Conciliação

A conciliação foi uma das metas principais da reforma, na qual buscou o legislador prestigiar, sobremaneira, a autocomposição como forma de resolução dos conflitos, estimulando-a ao

(79) Ob. cit., p. 409.

(80) Cf. VESCOVI, ob. cit., p. 409.

máximo. Não seria exagero dizer que ela, a autocomposição, foi equiparada à jurisdição, na medida em que aquela se constitui no *filtro* desta, pois, estimulando-a, estar-se-ia compondo conflitos sem a necessidade de o juiz julgar a causa, porquanto somente depois de se tentar a conciliação, *a qualquer tempo*, segundo inc. IV, do art. 125.º do CPC, é que o juiz deverá julgar.

A justiça conciliatória é muito antiga e representa, segundo os expositores do *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, “*el tema (...) más trascendente del mundo moderno, dentro de la problemática mas general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativa*”⁽⁸¹⁾. É a *justiça coexistencial* no dizer de CAPPELETTI⁽⁸²⁾, que encontra eco em todos os códigos modernos, e.g., Portugal⁽⁸³⁾, Áustria⁽⁸⁴⁾, Itália⁽⁸⁵⁾, Uruguai⁽⁸⁶⁾, Espanha⁽⁸⁷⁾, Argentina⁽⁸⁸⁾, México⁽⁸⁹⁾ Japão⁽⁹⁰⁾, China⁽⁹¹⁾, Brasil⁽⁹²⁾, etc.

A conciliação está intimamente ligada à oralidade: por exemplo, no processo do trabalho, arts. 847.º e 850.º da CLT, e principalmente nos Juizados Especiais que por ela se pautam, segundo o art. 2.º da Lei 9.099/95. Dizia, alhures, CHIOVENDA que maior é a possibilidade do acordo quanto maior for a autoridade do conciliador. Diante disso, os magistrados devem se imbuir dessa forma *pacífica e menos traumática* de solução de conflitos, na medida em

⁽⁸¹⁾ Ob. cit., p. 35.

⁽⁸²⁾ Que falava, no Congresso ocorrido na cidade de Pau, em 6-9 de julho de 1982, sobre “*la necesidad de obtener fórmulas alternativas de justicia, que permitieran un arreglo de las disputas que facilitara la posterior convivencia, no una 'justice tranchant' que resolvía dando razón a una u otra de las partes.(...) Hay que déregularizar, délegalizar, depofesionalizar buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento*”, apud BIDART-TORRELLO-VESCOVI, ob. cit., p. 36.

⁽⁸³⁾ Cf. CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA, ob. cit., p. 171.

⁽⁸⁴⁾ Cf. KÖNIG, ob. cit., p. 714.

⁽⁸⁵⁾ Art. 183.º do CPC.

⁽⁸⁶⁾ Art. 293.º e 223.º do *Código General del Proceso*.

⁽⁸⁷⁾ Art. 460.º e seguintes da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

⁽⁸⁸⁾ Art. 36.º, 2.º, letra “a”, do CPC.

⁽⁸⁹⁾ Art. 273.º-A do CPCDF.

⁽⁹⁰⁾ Cf. HIDEO NAKAMURA, ob. cit., p. 939.

⁽⁹¹⁾ Apud BIDART-TORRELLO-VESCOVI, ob. cit., p. 35. Nesse país, segundo os autores, “*la conciliación constituye la forma más extendida de la Justicia*”, ob. cit., p. 35.

⁽⁹²⁾ Art. 331.º; 125, inc. IV; 448, todos do CPC.

que não haverá vencedor nem vencido, sendo, portanto, mais aceitável para os indivíduos.

Diante dessa realidade conflituosa, devem os magistrados perceber a possibilidade de acordo e incentivar as partes a fazê-lo, pois a vontade delas é elemento indispensável, bem como a disponibilidade do Direito, mostrando às partes as vantagens do acordo, mas *nunca*, como acontece seguidamente na Justiça do Trabalho, *forçar* o acordo, pois se retiraria o elemento essencial e benéfico da conciliação, à medida que fica manchada a vontade das partes. Por conseguinte, estar-se-ia retirando a disponibilidade das partes sobre o seu próprio direito, o que é abominável. Pior do que não conciliar é forçar a conciliação.

Deve se ter com ressalva a máxima de que *mais vale um mau acordo do que um bom processo*, pois, se isso é verdade, a jurisdição não apresenta mais razão de ser e os seus valores atuais estão invertidos. Obrigar o ingresso à jurisdição e considerá-la inadequada é um contra-senso inadmissível.

O artigo 331.º do CPC, ao se referir à audiência preliminar, designa-a por *audiência de conciliação*, dando a errônea impressão de que a conciliação seria o cerne da audiência, o que não é verdade, pois, como dito anteriormente, em não havendo conciliação, deverá o juiz sanear o processo e fixar os pontos controvertidos. O que não se realiza, em tal caso, é somente a primeira fase e não a audiência toda. Merece críticas, portanto, a redação desse artigo (93). Não devemos, em hipótese alguma, interpretar gramaticalmente a lei, sob pena de não enxergar, nesse caso, a profundidade das mudanças, tão benéficas na prática.

Determina o art. 331.º do CPC que, se não se verificar o julgamento conforme o estado do processo “*e a causa versar sobre direitos disponíveis*”, o juiz designará audiência de conciliação. Tal redação faz parecer, à primeira vista, que as causas que versem sobre direitos indisponíveis, por não admitirem transação, estariam fora do campo da audiência, uma vez que a lei utilizou a conjunção aditiva “*e*” entre o julgamento conforme o estado do processo

(93) Em igual sentido DINAMARCO, ob. cit., p. 118 e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, ob. cit., p. 31.

e os direitos disponíveis, permitindo, com isso, o entendimento de que seriam necessários os dois requisitos para que o juiz pudesse realizar a audiência. Nada mais falso, à medida que existem direitos indisponíveis que possibilitam a transação⁽⁹⁴⁾, e.g., ação de natureza alimentar, onde se pode transigir sobre o *quantum debeatur*; ação de filiação, em que pode ser reconhecida a paternidade na audiência preliminar ou até mesmo extrajudicialmente; ou também como diz LUIZ RODRIGUES WAMBIER, “nas ações de anulação de casamento, em que a jurisprudência anota ser possível sua transformação, por acordo, em separação consensual”⁽⁹⁵⁾.

Conforme o § 1.º do aludido artigo: “Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença”, que, certamente, será de mérito, consoante o art. 269.º, inc. III, do CPC.

Cumprе ressaltar que, havendo a audiência preliminar, doravante nada se altera no procedimento, pois essa inovação do legislador somente inseriu uma nova fase no procedimento, na tentativa de agilizá-lo, ou seja, haverá uma audiência de instrução e julgamento e nela, novamente, o juiz tentará conciliar as partes, segundo o art. 447.º do CPC, que ficou inalterado, tudo no espírito do inc. IV, do art. 125.º do CPC, pois, como bem sabemos, a *mens legislatoris* decidiu por expandir a conciliação e não reduzi-la.

⁽⁹⁴⁾ Nesse sentido, IARA DE TOLEDO FERNANDES, ob. cit., p. 45; NELSON NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 609 (nota 6); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, ob. cit., p. 34. Em sentido contrário, numa interpretação literal, BARBOSA MOREIRA, *O Processo ...*, ob. cit., p. 104 e, também, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 19.ª ed., 1997, p. 51; CALMON DE PASSOS, ob. cit., p. 111; em certo sentido DINAMARCO, ao afirmar: “Em litígios sobre direitos indisponíveis, sequer se pode pensar em conciliação”. Mas mesmo assim, segundo o autor, “a audiência se realiza e jamais poderia ser ‘de conciliação’”, ob. cit., p. 118. A transação, por óbvio, só pode atingir direitos patrimoniais de caráter privado, art. 1.035.º do C.C., o que não significa dizer que o seu *objeto* pertença, exclusivamente, ao ramo do direito das obrigações, pois, conforme ensina PONTES DE MIRANDA, “só num ramo se opera, que é o do direito das obrigações. O que é objeto da transação é que pode pertencer ao direito das obrigações, ao direito das coisas, ao direito de família, ou ao direito das sucessões, ou ao direito público”, in *Tratado de Direito Privado*, RT, 1984, t. XXV, § 3.033, p. 141.

⁽⁹⁵⁾ Ob. cit., p. 34.

5.3.2. Saneamento do processo

A segunda fase da audiência preliminar é o saneamento do processo, agora previsto no § 2.º do art. 331.º do CPC, quando determina ao juiz que ele “*decidirá as questões processuais pendentes*”. O que ficou alterado, em relação à lei antiga, foi a forma de saneamento, não o seu conteúdo, que permanece o mesmo e que se encontra imortalizado nas palavras do Prof. GALENO LACERDA como sendo “*a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis*”⁽⁹⁶⁾. É nessa decisão saneadora que o juiz irá expurgar do processo os vícios, impulsionando o mesmo, após a fixação dos fatos controvertidos, rumo à instrução da causa.

A oralidade introduzida na audiência preliminar faz com que se revogue a antiga forma procedimental do saneamento, sendo que neste momento o juiz *deverá* sanear o processo *oralmente*, na referida audiência, não podendo fazê-lo, como antes fazia, por escrito nos autos, logo, não pode mais o juiz decidir isoladamente sobre as questões processuais pendentes⁽⁹⁷⁾. Saneamento e oralidade, hoje, estão em perfeita harmonia. Cumpre aqui lembrar as palavras de LIEBMAN, quando falou sobre a finalidade do saneador,

⁽⁹⁶⁾ *Despacho Saneador*, Safe, 1985, p. 07. Para BARBOSA MOREIRA, “o despacho saneador é o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar ainda madura a causa para a decisão de mérito”, *O Novo Processo* ..., ob. cit., p. 52.

⁽⁹⁷⁾ Igualmente NELSON NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 608 (nota 4); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, ob. cit., p. 31. Para BARBOSA MOREIRA, se for realizada a audiência de conciliação e não for obtido o acordo, “*não há ensejo para o despacho saneador ‘escrito’: deve o órgão judicial, na própria audiência, pronunciar-se sobre as questões pertinentes*”, *O Novo Processo* ..., ob. cit., p. 53. Esse é o sentido, também, da reforma intercalar, havida em Portugal, quando prevê “a eliminação do recurso autónomo do despacho proferido sobre tais reclamações”, *apud* FERNANDO LUSO SOARES, *Processo Civil de Declaração*, ALMEDINA, 1985, n.º 11, p. 90. Segundo declara CARLOS MANOEL FERREIRA DA SILVA, “o saneamento do processo e a preparação da audiência de julgamento, núcleos da futura audiência preliminar são, na lei e na prática judiciária portuguesa atual, obtidos exclusivamente através de um despacho escrito do juiz, comunicado também por escrito às partes, que se designa por despacho saneador, de especificação e questionário”, ob. cit., p. 172.

dizendo: “*Estas considerações tornam-se ainda mais decisivas num processo oral, em que a instrução e a decisão do mérito devem ser feitas na audiência*” (98). Permanecer com tal atitude seria ir de encontro à nova forma de saneamento prevista pelo legislador, descaracterizando o princípio fundamental da audiência preliminar, que é a oralidade, e que deve estar presente durante toda ela. Ademais, isso feriria também o princípio da publicidade na sua essência.

Da petição inicial até ao saneamento do processo o caminho é longo, porque compete ao juiz analisar, nesse interregno, as providências preliminares (*questões prévias*), arts. 324.º a 327.º do CPC (99), ou julgar conforme o estado do processo, arts. 329.º e 330.º do CPC. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses anteriores, deverá o juiz realizar a audiência preliminar, para, numa primeira oportunidade, viabilizar a conciliação, e, se não for obtida, *decidir sobre as questões processuais ainda pendentes*: é o despacho (*decisão*) saneador, propriamente dito, pois a fase saneadora começa com a análise das providências preliminares (100).

A decisão saneadora, que é declaratória e hoje apresenta-se *concentrada* (101), conterà:

- a) juízo de admissibilidade *positivo* sobre as *questões prévias*, quer sejam prejudiciais de mérito, art. 325.º do CPC, quer sejam preliminares de mérito, podendo o réu apresentar uma *defesa indireta de mérito*, arts. 326.º do CPC, ou uma *defesa indireta processual*, art. 327.º do CPC, bem como aquelas matérias argüíveis *ex officio*, § 4.º do art. 301.º do CPC;
- b) juízo de admissibilidade *positivo* sobre a extinção do processo, art. 329.º do CPC, ou sobre o julgamento anteci-

(98) *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, Rev. Forense, 1945, n.º 104, p. 20.

(99) Nesse particular consultar, obrigatoriamente, CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, Forense, v. III, 6.ª ed., n.º 266 e ss.

(100) Em igual sentido, GALENO LACERDA, ob. cit., p. 08; BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo ...*, ob. cit., p. 49 s.

(101) Cf. terminologia utilizada por BARBOSA MOREIRA, *Saneamento ...*, ob. cit., p. 109 s.

pado da lide, art. 330.º do CPC, isto é, deve o juiz declarar que não é caso nem de extinção do processo, nem de julgamento antecipado da lide; pois, de contrário, o processo se extinguirá, sem (art. 267.º do CPC) ou com (art. 269.º, II a V, do CPC) análise do mérito;

- c) juízo de admissibilidade *positivo* sobre a regularidade dos pressupostos processuais, tanto de existência quanto de validade, art. 267.º, IV do CPC; sobre as condições da ação, art. 267.º, VI do CPC e sobre a validade dos atos processuais, bem como *ex officio* da matéria enumerada no § 3.º do art. 267.º do CPC.

O ordenamento jurídico prevê, como regra geral, que o juiz, art. 471.º do CPC, e as partes, art. 473.º do CPC, não possam discutir novamente as questões já decididas no processo, a cujo respeito se operou a preclusão. Mas em matéria de decisão saneadora, o que preclui e o que não preclui? A resposta nos foi dada por GALENO LACERDA, que conclui dizendo: “*a preclusão ‘no curso do processo’ depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação*”⁽¹⁰²⁾. Isso significa dizer que as questões de ordem pública, por escaparem à disponibilidade das partes, não são atingidas pela preclusão, v.g., as questões constantes no § 3.º do art. 267.º do CPC, bem como as questões contidas no § 4.º do art. 301.º do CPC.

Essa fase da audiência preliminar tem por escopo *limpar* o processo de qualquer questão suscetível de distrair a atenção do juiz, que deve estar voltada, unicamente, para o *meritum causae*, ou como bem diz LIEBMAN, “*a atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas*

⁽¹⁰²⁾ Ob. cit., p. 161. Concordando com tal orientação JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*, in *Temas Polêmicos de Processo Civil*, Saraiva, 1990, p. 64.

pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo" (103).

5.3.3. Fixação dos pontos controvertidos

Aqui reside o cerne da audiência preliminar. Não obstante essa possibilidade já ter sido prevista no antigo art. 451.º do CPC, o que se fez foi racionalmente antecipar a fixação dos pontos controvertidos para uma fase anterior à da audiência de instrução e julgamento.

A expressão "*pontos controvertidos*", utilizada pela lei no § 2.º do referido artigo, é equivalente à expressão "*questões controvertidas*" ou, como querem os portugueses, ao *questionário*, e tem por finalidade delimitar as questões sobre as quais recairá a prova. É o chamado *thema probandum*, que se refere à necessidade concreta de se fazer prova sobre algo que se encontra duvidoso na cabeça do juiz, mais especificamente, as questões de fato.

Impõe-se, neste momento, frisar que não só os pontos controvertidos deverão ser fixados pelo juiz na audiência preliminar, porque ele também poderá convencer-se de fatos que não precisam ser provados, v.g., os fatos alegados por uma das partes e não contestados pela parte contrária e os fatos notórios, e que poderão ser influentes na hora da sentença, necessitando, conseqüentemente, uma delimitação no sentido de não mais poderem ser alterados logo adiante (104). Portanto, uma vez fixados esses pontos controvertidos, não se podem extrair conseqüências jurídicas diversas daquelas delimitadas, sob pena de se produzir a *mutatio libelli*, proibida pelo direito pátrio, segundo o § único do art. 264.º do CPC (105).

Predomina, na doutrina, que as regras sobre o ônus da prova são regras de julgamento (106), ou seja, delas o magistrado irá se

(103) Ob. cit., p. 20.

(104) Em sentido contrário, entendendo que os pontos controvertidos não podem ser objeto de prova, NELSON NERY, ob. cit., p. 609.

(185) Complicação maior existe no Direito italiano, quando o art. 183.º *comma* 4.º fala que "*le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate*". Predomina na doutrina italiana o entendimento de que tal possibilidade refere-se a *emendatio libelli* e não a *mutatio libelli*. Nesse sentido, encontramos TARUFFO, *La Riforma* ..., 1991, p. 38; PATANIA, *Il Giudizio* ..., p. 358, entre outros.

(106) Cf. JOSÉ R. BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, RT, 1991, p. 81.

valer sempre que não restarem suficientemente provados os fatos da causa, uma vez que competia às partes, em razão do ônus subjetivo da prova⁽¹⁰⁷⁾, art. 333.º do CPC, eliminar todas as dúvidas possíveis para a procedência da sua pretensão. Todavia, quando o magistrado inverter o ônus da prova, ele deverá fazê-lo na audiência preliminar, porque a inversão é feita *ope juris*, e, se o critério é judicial para a inversão, não seria justo solapar a oportunidade constitucional, conferida às partes para, adequadamente, apresentarem suas provas.

A fixação dos pontos controvertidos pode se dar:

- a) *delimitando* os pontos relevantes que foram apresentados pelas partes; conseqüentemente, estar-se-á simplificando o objeto do processo, evitando, com isso, a produção de prova inútil;
- b) através de uma maior participação do juiz em audiência, que pode, inclusive, em razão da oralidade, melhor aclarar as questões contraditórias, evitando, por conseguinte, a interposição de recursos, uma vez que a discussão conjunta entre juiz, partes e seus advogados facilita o consenso, logo, diminui o descontentamento das partes.

5.3.4. Determinação das provas a serem produzidas

O magistrado deverá delimitar a prova, para que as partes saibam o que produzir na audiência de instrução e julgamento, evitando, assim, o elemento surpresa que dilata desnecessariamente o procedimento. Haverá, claramente, uma *seleção de fatos influentes*.

Essa fixação das provas é somente um ponto de partida para o juiz deferir-las ou indeferir-las, ou até, usando os seus poderes inquisitivos que lhe são conferidos pelo art. 130.º do CPC, determiná-las *ex officio*. Aqui ele fixa os fatos provados e a provar.

A extensão da determinação das provas a serem produzidas vai depender, e muito, da postura e do interesse do magistrado na

(107) V. por todos BUZAID, *Do ônus da Prova*, in Rev. Dir. Proc. Civ., v. 4, 1961, especialmente p. 16 s.

rápida resolução da lide, pois a concentração da prova nesse momento é fundamental para evitar-se uma dilação desnecessária. Não seria exagero dizer-se que, quanto mais concentrada forem as fases do requerimento e do deferimento da prova, maiores serão as garantias para um processo justo, rápido e barato, na medida em que estar-se-á preparando adequadamente a instrução.

A oralidade funciona com plena eficácia, porque o contato direto e pessoal do juiz com as partes e os seus procuradores na determinação da prova é extremamente profícuo, uma vez que o diálogo faz com que as questões fiquem melhor resolvidas e, por assim dizer, *digeridas*, permitindo uma troca recíproca de argumentações, que só serve para enriquecer o debate, evitando-se, com isso, a produção de provas desnecessárias, inúteis, incompatíveis e irrelevantes, além de se evitar um sem número de recursos. Esse contato direto, oral e pessoal num *actum triarum personae* também pode ser uma causa inibidora de pretensões infundadas, na medida em que, alegadas as pretensões, serão prontamente rebatidas pela parte contrária, além de estarem sujeitas ao crivo judicial.

Esta é a última oportunidade para que *as partes* requeiram qualquer prova, não sendo possível requerê-las em nenhuma outra oportunidade, *e.g.*, a prova testemunhal só pode ser requerida até esse momento e, uma vez requerida, deverá ser deferida pelo magistrado, que identificará, diante do caso concreto, a pertinência da testemunha com o fato a ser provado. Se o magistrado não conseguir identificar a vinculação existente entre o fato afirmado pela parte e a prova a ser produzida, não haverá deferimento, posto que ela será irrelevante ou impertinente para produzir o convencimento necessário.

Determinadas as provas necessárias, deverá o juiz designar audiência de instrução e julgamento, com a exclusiva finalidade de colher aquelas provas selecionadas.