

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE/PUC-SP**

Fernando Jammal Makhoul

**AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E
JULGAMENTO**

**Sorocaba
2013**

Fernando Jammal Makhoul

**AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E
JULGAMENTO**

Monografia apresentada como exigência para conclusão da pós-graduação *Lato Sensu*, à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE, na área de Especialização em Direito Processual Civil em módulos, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

Orientador: Prof. Dr. Omar Chamon

Sorocaba

2013

Dedico este trabalho aos meus familiares que sempre me apoiaram, estiveram presentes e acreditaram em meu potencial, me incentivando de maneira incondicional na busca de novas realizações. Dedico também aos meus professores que fortaleceram meu amor pelo Direito e me ensinaram que o conhecimento jurídico é algo que está em constante renovação. Obrigado por tudo!

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, pois sem Ele eu não teria forças para essa longa jornada.

Agradeço a minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Agradeço ao meu orientador professor Omar Chamon pelo apoio, paciência, incentivo e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Agradeço a professora e coordenadora do Curso, professora Maria Antonieta Zanardo Donato, pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão e pela amizade, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Agradeço a todas as pessoas, direta ou indiretamente, envolvidas, por acreditarem no meu potencial, na minha profissão, nas minhas ideias, nos meus devaneios, principalmente quando nem eu mais acreditava.

Sem vocês nada disso seria possível.

*“A mais bela função da humanidade é a de
administrar a justiça”*

(Voltaire)

MAKHOUL, Fernando Jammal. **Audiência de Conciliação – Audiência de Instrução e Julgamento**, 98p. Monografia. Curso de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão: Direito Processual Civil em Módulos. Pontifícia Universidade Católica, Sorocaba - São Paulo.

RESUMO

A presente monografia tem o escopo de analisar o instituto da audiência no Sistema Processual Civil brasileiro, partindo da análise de seus aspectos históricos e legislativos, desde o início no Direito Austríaco, passando pelo Direito Alemão, Common Law, Direito Italiano, Direito Espanhol, Direito Português e no Direito Brasileiro. Analisa, ainda, o conceito a finalidade e os princípios que regem o instituto da audiência. O estudo também enfoca a audiência preliminar e a audiência de conciliação, abordando os principais aspectos, tais como a própria tentativa de conciliação, o saneamento do processo, a fixação dos pontos controvertidos, a determinação das provas a produzir e seus reflexos na doutrina. Contempla, também, o estudo da audiência de instrução e julgamento nos seus principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais, apresentando as considerações iniciais sobre o tema, conceito, características, função, conteúdo, finalidade, consequências, atos preparatórios, estrutura e procedimentos da audiência de instrução e julgamento, como a abertura e pregão inicial, conciliação e fixação dos pontos controvertidos na audiência de instrução e julgamento, e os atos de instrução, debates, julgamentos e decisões em audiência. Ao final aborda-se a questão da unidade da audiência de instrução e julgamento, e casos de adiamento, seja por convenção ou ausência das partes e demora na Entrega do Laudo.

Palavras Chave: Audiência, Audiência Preliminar, Conciliação, Instrução e Julgamento, Oralidade.

MAKHOUL, Fernando Jammal. **Conciliation Hearing - Instruction and Judgment Hearing**, 45p. Monograph. Specialization Course, Improvement and Extent: Civil Litigation in modules. Catholic University, Sorocaba - São Paulo.

ABSTRACT

This monograph has the scope to examine the institution of Civil Procedural Hearing System in Brazil, based on an analysis of historical and legislative aspects, from the beginning in Austrian law, through German Law, Common Law, Law Italian, Spanish Law, Law Portuguese and Brazilian Law. It also analyzes the concept of the purpose and principles governing the institution of the audience. The study also focuses on the preliminary hearing and conciliation hearing, addressing the core issues, such as the very attempt at reconciliation, the restoration of the process, setting the points at issue, determining the evidence to be produced and its effects on doctrine. Include also the study of hearing and trial in its main doctrinal and jurisprudential aspects, presenting the opening remarks on the topic, concept, features, function, content, purpose, consequences, preparatory acts, structure and procedures of instruction hearing and judgment, as the opening and initial trading, reconciliation and attachment points at issue in the hearing and trial, and acts of instruction, discussions, decisions and judgments in open court. At the end we address the question of the unity of the hearing and trial, and postponement of cases, either by agreement of the parties and the absence or delay in delivery of the Award.

Keywords: Audience, Preliminary Hearing, Conciliation and Arbitration Instruction, Orality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	14
1.1 Perfil Histórico Legislativo	14
1.1.1 A Audiência no Direito Austríaco	15
1.1.2 A Audiência no Direito Alemão	16
1.1.3 A Audiência na Common Law.....	18
1.1.4 A Audiência no Direito Italiano.....	19
1.1.5 A Audiência no Direito Espanhol.....	21
1.1.6 A Audiência no Direito Português	22
1.1.7 A Audiência no Direito Brasileiro	24
2 CONCEITO	29
3 FINALIDADE DA AUDIÊNCIA	30
4 PRINCÍPIOS QUE REGEM A AUDIÊNCIA	31
4.1 Princípio da Oralidade	32
4.2 Princípio da Imediação	35
4.3 Princípio da Identidade Física do Juiz.....	36
4.4 Princípio da Concentração.....	37
4.5 Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias	38
4.6 Princípio da Bilateralidade da Audiência (Contraditório)	39
4.7 Princípio da Economia Processual.....	41
4.8 Princípio da Efetividade Processual	42
5 AUDIÊNCIA PRELIMINAR E DE CONCILIAÇÃO.....	44
5.1 Conciliação	44
5.2 A Atividade Judicial de Saneamento do Processo	48
5.3 A Fixação dos Pontos Controvertidos	52
5.4 A Determinação das Provas a Produzir	57
6 AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.....	61
6.1 Considerações Iniciais, Conceito, Características, Função, Conteúdo, Finalidade e Consequências da Audiência de Instrução e Julgamento.....	61
6.2 Atos Preparatórios da Audiência De Instrução e Julgamento	69
6.3 Estrutura e Procedimentos da Audiência de Instrução e Julgamento	72

6.3.1	Abertura e Pregão Inicial da Audiência de Instrução e Julgamento	73
6.3.2	Conciliação na Audiência de Instrução e Julgamento	75
6.3.3	Fixação dos Pontos Controvertidos na Audiência de Instrução e Julgamento	80
6.3.4	Instrução.....	82
6.3.5	Debates.....	85
6.3.6	Julgamentos e Decisões	90
6.4	Unidade da Audiência de Instrução e Julgamento	93
6.5	Adiamento da Audiência de Instrução e Julgamento	95
6.5.1	Adiamento por Convenção das Partes	95
6.5.2	Adiamento por Ausência.....	96
6.5.3	Demora na Entrega do Laudo	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS		104
REFERÊNCIAS		112

INTRODUÇÃO

Audiência é um ato processual complexo, pois resulta de vários atos, envolvendo o incidente de conciliação, a colheita de prova oral, as alegações finais, dentre outras, que completam a fase postulatória, e o julgamento. Demonstra-se que é um ato pelo qual o juiz colhe a prova oral e ouve pessoalmente as partes e seus procuradores com o fim de resolver o processo.

Trata-se de um tema muito relevante, sempre atual, dinâmico e possui inúmeros aspectos doutrinários e jurisprudenciais para serem analisados.

Procura-se, para uma melhor compreensão do tema, inicialmente tecer uma breve investigação sobre o perfil histórico e legislativo da audiência, e seus institutos afins ou equivalentes, fazendo-se referência ao direito Austríaco, pioneiro na criação da audiência, passando pelo Direito Alemão, Common law, Direito Italiano, Direito Espanhol, Direito Português, e, finalmente, analisa-se a origem e desenvolvimento do instituto no Brasil, desde o período colonial até os dias atuais.

Outra análise importante que se procura fazer no presente trabalho, diz respeito aos princípios processuais que regem a acabam se incorporando à própria audiência de conciliação, instrução e julgamento. São eles: a oralidade, como o princípio norteador das audiências e alguns outros princípios aplicáveis, tais como, o da imediação, identidade física do juiz, concentração e irrecorribilidade das decisões interlocutórias, da bilateralidade ou contraditório, economia processual e efetividade processual.

Partindo-se de uma visão conceitual e principiológica do instituto, analisa-se a disciplina atual da audiência preliminar, de conciliação, instrução e julgamento.

Mediante tais proposições, constitui objetivo do presente trabalho, chamar atenção para a importância da conciliação, que fez com que a audiência tornou-se um dos institutos de maior eficiência do Poder Judiciário, como forma pacífica de solucionar as controvérsias.

Demonstra-se que o instituto da audiência, traduz em reconhecimento considerável da oralidade no processo. A manifestação verbal é largamente utilizada pelos procuradores das partes, dos eventuais terceiros e do membro do Ministério Público, gerando ligação estreita com o juiz.

Com isso, demonstra-se neste trabalho a importância da conciliação não só para as partes, mas também para o sistema jurídico, eis que o conflito é solucionado sem que haja necessidade de julgamento.

Aborda-se também a Atividade Judicial de saneamento, onde serão decididas as questões processuais que não foram decididas no processo. Verifica-se que é na fase de saneamento do processo que se decidem as questões processuais pendentes e ocorre quando não houver conciliação, não havendo um momento processual específico para ocorrer o saneamento do processo.

Faz-se também importante exposição acerca do entendimento do que vem a ser os pontos controvertidos, sobre os quais se instituiu o conflito entre as partes e serão considerados como controversos os fatos que auxiliam como suporte às razões das partes, ainda que as questões de direito também são pontos de conflito.

Estabelece-se que à fixação dos pontos controvertidos, é ato preparatório para se limitar os meios de prova a produzir. O conjunto desses atos forma a organização da instrução, que é um dos objetivos da audiência preliminar.

Outro ponto de suma importância são as considerações acerca da audiência de instrução e julgamento, desde suas considerações iniciais, conceito, principais características, função, conteúdo, finalidade e consequências, com a finalidade principal de produzir a prova oral, tendo como principal consequência é o proferimento de sentença.

Aborda-se também os atos preparatórios da audiência de instrução e julgamento, para que tenha todo rendimento possível. O primeiro deles é a intimação das partes e seus advogados para a data designada e o segundo ato preparatório, refere-se à apresentação do rol das testemunhas pela parte interessada na produção da prova, dependendo do procedimento pelo qual o processo tramita.

Registra-se também que por ser uma sessão, a audiência de instrução e julgamento é composta por uma série de atos concatenados, cada qual com seus próprios requisitos e são realizados de forma sequencial disciplinada pela lei. São atos integrantes da audiência de instrução e julgamento, no sistema brasileiro de processo civil, nessa ordem, a abertura do pregão inicial pelo oficial de justiça, a tentativa de conciliação, a fixação dos pontos controvertidos, os atos de instrução, debates, decisão e julgamento.

Outra questão importante refere-se a abertura e pregão inicial da audiência de Instrução e Julgamento, pois ao contrário do que poderia parecer, a abertura da audiência não se dá com a tentativa de conciliação se o direito em litígio a admitir. A audiência deve, antes disto, ser aberta formalmente, com o juiz mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados.

Aborda-se também a questão da tentativa de conciliação na audiência de instrução e julgamento, pois da mesma forma que ocorre na audiência preliminar, a conciliação deve ser proposta e sugerida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento.

Ao abrir a audiência, o juiz promove a tentativa da conciliação entre as partes. Mesmo que a conciliação já tenha sido buscada, pois pode ser promovida a qualquer tempo no processo. Então, se esta for obtida, é reduzida a termo e homologada por sentença e, com isso, se encerra a sessão. O não comparecimento deverá se interpretado como recusa a qualquer acordo.

Salienta-se que a fixação dos pontos controvertidos também deve estar presente na audiência de instrução e julgamento, pois uma vez frustrada conciliação integral, segue-se para a instrução oral da causa.

Na audiência preliminar os pontos controvertidos serão fixados, quando o juiz organizar a prova e sanear o processo nos termos do artigo 331, § 2º do Código de Processo Civil.

Aborda-se também a polemica envolvendo a fixação dos pontos controvertidos sobre que incidirá a prova, que para a doutrina, teria perdido parte da sua utilidade, porque já era feita na audiência preliminar ou de conciliação.

Registra-se que as provas serão produzidas na seguinte ordem: esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos (desde que estes esclarecimentos sejam requeridos pela parte); depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu, seguindo-se os depoimentos testemunhais na mesma ordem, querem seja, primeiro as testemunhas do autor, logo após as testemunhas do réu, seguindo-se os terceiros intervenientes, se houver e ao final, os depoimentos testemunhais, na mesma ordem dos pessoais.

No que se refere aos debates. O Código de Processo Civil, forte no princípio da oralidade, optou largamente pela manifestação verbal dos procuradores das partes, dos eventuais terceiros e do membro do Ministério Público.

No debate, não só as partes discutem e apresentam a tese jurídica que defendem como também buscam destacar os aspectos fáticos que entendem relevantes, apontando detalhes da prova que venham em socorro de suas pretensões.

Outro ponto importante, abordado no presente trabalho, diz respeito ao Julgamento e Decisões proferidas em audiência, e o recurso cabível nestes casos.

Também trazemos à baila a questão da Unidade da Audiência de Instrução e Julgamento, nos termos do artigo 455 do Código de Processo Civil, a audiência é uma e continua. Não sendo possível concluir num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para o dia próximo.

Por isso, quando o juiz suspende uma audiência, porque não foi possível termina-la no mesmo dia, não designa uma segunda, mas uma audiência em continuação. Terá havido uma única audiência, embora fragmentada no tempo.

Aborda-se também os casos de adiamento da audiência de instrução e julgamento, nas situações em que, por alguma razão, torna-se impossível realizá-la no dia

marcado, impondo-se o adiamento, como nos casos de adiamento por convenção das partes, adiamento por ausência e nos casos de demora na entrega do laudo pericial.

Em vista do exposto, finalmente, ressalta-se que uma vez compreendida e aplicada em sua plenitude, o instituto da audiência preliminar, de conciliação e julgamento poderá trazer grandes benefícios na busca de uma justiça moderna, célere, justa e efetiva.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1. PERFIL HISTÓRICO LEGISLATIVO

Para melhor compreender o instituto da audiência, é imprescindível verificar seu perfil histórico legislativo.

Desse modo, ao voltarmos ao nascedouro do Direito, temos que processo romano teve a oralidade como principal característica, não só pelo significado desse termo; mas, também, em razão ser essa a principal função da prova.

Nos documentos processuais daquele período, nos próprios textos do *Corpus Iuris Civilis*, (em português Corpo de Direito Civil), que foi uma obra jurídica fundamental, publicada entre os anos 529 e 534 D.C., por ordens do imperador bizantino Justiniano I, havia uma quantidade enorme de testemunhos sobre esse caráter de oralidade no processo romano, com forme ensina o mestre Giuseppe Chiovenda.¹

A partir de então, na primeira metade do século XIX, o processo europeu era visto apenas como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*), no qual prevalecia o princípio da Escritura. A legislação permitia às partes dilatar o processo no tempo, e a princípio, nenhum poder se atribuía ao julgador. Ou seja, as audiências tinham pouca importância, pois os processos se desenvolviam entre as partes ou seus advogados, sem a presença do Juiz.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 126.

Somente após a primeira metade do século XIX, a oralidade retornou ao sistema jurídico europeu, que resultou da influência do processo romano, a partir de Justiniano, com *Corpus Iuris Civilis* e do próprio Sistema Processual Canônico.

A oralidade voltou a ganhar importância com a adoção de inúmeros institutos do processo sumário da *Clementina Saepe*, dando lugar aos debates orais e diminuindo as formalidades.² Depois disso, verifica-se que a prática dos debates orais estendeu-se depois a quase todos os países da Europa.

Para o ilustre Professor Galeno Lacerda,³ o retorno à oralidade foi avivado pelos sistemas alemão e austríaco, o que contribuiu para sepultar as formalidades do processo escrito e a falta de ação do magistrado.

Em linhas gerais, o instituto da audiência, atualmente disciplinado no direito processual civil brasileiro, possui antecedentes históricos, na Europa, desde o século XIX, na Áustria, Alemanha e nos países que adotaram a *Common Law*, conforme se verá.

1.1.1. A AUDIÊNCIA NO DIREITO AUSTRIACO

O Sistema Processual Civil Austríaco foi o pioneiro na criação da audiência. O ilustre jurista Darci Ribeiro,⁴ afirma que o Código de Processo Civil Austríaco objetivou, acima de tudo, a agilidade e adaptação do novo processo civil, pois permitia ao Juiz decidir as questões em que não havia controvérsia, bem como as questões processuais que não tocavam o mérito, prestigiando o princípio da oralidade, em notória preocupação com a efetividade do processo.

² ABREU, Leonardo Santana de. *apud* BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p.14.

³ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 36.

⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. p. 781.

A audiência disciplinada no sistema processual Austríaco, denominada *Erste Tagsatzung*, é uma audiência inicial técnica. A rigor, não se trata de audiência de conciliação nem de audiência de instrução, é uma audiência de “chamada”, vez que é realizada antes do réu apresentar defesa.

Ao comparecer a primeira audiência, o réu deverá trazer aos autos questões processuais em geral. O Juiz, por sua vez, tem o dever de tentar a conciliação e julgar as questões processuais, podendo, também, discutir o mérito da causa e prolatar a sentença se for o caso, conforme ensina o professor Darci Ribeiro.⁵

Anteriormente, nota-se que a ausência do réu trazia uma série de consequências prejudiciais, dentre elas, a possibilidade do Juiz prolatar uma sentença à contumácia, baseada somente nas alegações do autor.

A reforma Processual Civil austríaca, ocorrida em 1983, a *Erste Tagsatzung* deixou de ser obrigatória, e passou a ser realizada de acordo com o livre entendimento do Juiz, pois nem sempre seus resultados eram satisfatórios.

As audiências no sistema Austríaco também tinham a função de conciliar as partes e sanear o processo, para o professor Darci Ribeiro,⁶ era o ato preparatório para o debate oral sobre o mérito da causa. Nessa forma de audiência, réu deveria arguir e o Juiz decidir as questões que se relacionavam a incompetência do juízo, ausência de pressupostos processuais, carência da ação, etc.

1.1.2. A AUDIÊNCIA NO DIREITO ALEMÃO

O Sistema Processual Civil Alemão sofreu diversas alterações, ao longo do tempo, a última ocorreu em 1976, e nela foi inserida a audiência similar à prevista no Direito

⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. p. 782.

⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. P. 767-791.

Austriaco. O instituto foi denominado *früher erster Termin*, no qual havia a possibilidade de se realizar o julgamento do mérito da causa e encerrar o processo numa única audiência.

Se, por qualquer motivo, isso não ocorresse, o Juiz deveria sanear o processo e designar a audiência principal, semelhante ao que ocorre no Código de Processo Civil Brasileiro. O Professor Darci Ribeiro⁷ observa que, embora a audiência fosse um ato concentrado, ocorriam frequentes adiamentos, muitas vezes, devido à falta de preparação adequada para o ato solene.

Lucio Grassi de Gouveia⁸ ensina que via de regra, o processo, na Alemanha, era julgado na audiência final que, a critério do Juiz, poderia ser uma audiência preliminar ou procedimento seria por escrito.

No que se refere à discricionariedade do Juiz em poder optar pelo procedimento oral ou escrito, para o professor Galeno Lacerda⁹ é inquestionável a ampla opção pelo procedimento oral, adotando o princípio da oralidade e concentração dos atos no sistema processual alemão. O procedimento escrito era utilizado apenas em situações mais complexas, em que seria necessária a designação de várias audiências.

Nelson Nery Junior¹⁰ complementa que a ausência da parte, nessa audiência, gerava revelia sem prejuízo de multa, salvo se a parte estivesse representada por procurador com poderes para transigir. Em suma, o Direito Processual Alemão utilizou-se do instituto da audiência de conciliação com o objetivo maior de preparar a audiência de instrução e julgamento.

⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. p. 782.

⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, p. 316, 2001.

⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. p. 36.

¹⁰ NERY Júnior, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil: A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995. 2ed. *Revista dos Tribunais*, 1996. p. 107.

1.1.3. A AUDIÊNCIA NA COMMON LAW

Os sistemas da *common law* foram adotados por diversos países do mundo, especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, a maior parte dos Estados Unidos e do Canadá e as ex-colônias do Império Britânico.

Em 1883, foi inserido no Sistema Processual Inglês a audiência denominada *summons for Directions*. O professor Galeno Lacerda¹¹ aponta que, nesse sistema processual, a adaptação do processo a sua finalidade, incluindo essa audiência, fazia-se de modo prático, bem diferente dos sistemas jurídicos de origem Romano-Germanista.

O notável professor,¹² ainda, na mesma obra, faz referência à eficácia dessa *audiência* no direito Inglês, eis que soluciona quase a totalidade das demandas postas em juízo. Ou seja, antes mesmo de chegar à audiência de julgamento, os conflitos são solucionados na fase preliminar do processo, nessa audiência.

O processo civil inglês divide-se em duas fases principais, a primeira refere-se ao conjunto de atos preparatórios e a segunda, à decisão do mérito. A primeira fase tem como objetivo formar questões de fato e de direito. E, ao final dessa fase, as questões preliminares serão dirimidas, por ocasião da audiência *summons for Directions*.

Nessa fase, se possível, o Julgador não só pode como deve adentrar ao julgamento de mérito, pois a de acordo com o professor Galeno Lacerda¹³ a solução dos casos, nesse tipo de audiência, tem apresentado resultado prático, econômico e eficiente, evitando a dispendiosa fase probatória.

Nos Estados Unidos, essa prática também se revelou de modo muito eficiente e objetivo, porém, sem os efeitos ocorridos na Inglaterra. Em 1929, alguns juízes dos Estados

¹¹ BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 20.

¹² LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. p. 48.

¹³ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. , p. 48 - 49.

Unidos começaram a celebrar audiências prévias com as partes ou seus advogados, de forma amistosa, com o objetivo de ajudá-los a simplificar o processo e, assim, economizar tempo e dinheiro.

A experiência foi um sucesso absoluto, posto que as partes e os advogados aderiram ao novo método, além disso, juízes de outros estados norte-americanos procuraram certificarem-se da atual realidade no sistema processual. Hoje em dia, essa audiência é utilizada na maioria dos tribunais norte-americanos. Nessa audiência, o Juiz não pode julgar qualquer matéria, mas o despacho que homologa a conciliação tem força de sentença.

Segundo aponta o professor Alfredo Buzaid¹⁴ o *pré-trial*, como é chamada, é criada por questões eminentemente práticas, sem cunho obrigatório. É o momento adequado para determinar as questões controvertidas e verificar as provas a serem produzidas.

O mestre¹⁵ também ensina que a audiência do *pré-trial*, como eram denominadas, aumentou, também, os poderes do Juiz na condução do processo. O principal objetivo do *pré-trial* é a simplificação das questões e da prova e, principalmente, a conciliação. A experiência resultou em sucesso total. As Pautas estavam reduzidas, os processos estavam simplificados, a maioria dos casos era resolvida nas *pré-trial* conferences. Partes e advogados se tornaram adeptos as vantagens.

Portanto, de forma prática e empírica, o sistema processual norte-americano homenageia o princípio da celeridade e economia processual, permitindo ao julgador amplos poderes, na direção do processo e no próprio julgamento da ação.

1.1.4. A AUDIÊNCIA NO DIREITO ITALIANO

O Sistema Processual Civil Italiano, no mesmo passo dos sistemas processuais europeus já mencionados, também premiou o princípio da oralidade, o qual resulta, dentre outros, na realização de audiências no decorrer do processo.

¹⁴ BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p.27.

¹⁵ BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p.28.

Leonardo Santana de Abreu,¹⁶ citando o mestre Carnelutti ensina que no Direito Italiano existe a “*audiência de primera comparecencia*” e “*audiências de sustanciacion*”. Porém, a primeira audiência não era uma audiência de conciliação propriamente dita.

Na realidade, a audiência de conciliação já existia no projeto de reforma do Sistema Processual Italiano de 1920, elaborado por Chiovenda, mas não foi transformada em lei. A audiência também existia, em 1926, no projeto elaborado por Carnelutti, já diferenciando a primeira audiência de instrução e a audiência de provas e discussão.

Leonardo Santana de Abreu,¹⁷ ensina que o ato conciliatório não integrava o processo italiano, somente com o advento do Código de Processo Civil Italiano, de 1942, é que se teve o primeiro reconhecimento como legislação de fato. Assim, o Juiz detinha o poder de praticar os atos preparatórios, reservando a primeira audiência para analisar o contraditório e reservar as questões saneadoras do feito para a segunda audiência.

Contudo, foi após da reforma de 1995 que a legislação italiana distinguiu, expressamente, as duas audiências. Segundo Giuseppe Tarzia¹⁸, a audiência de primeiro comparecimento é destinada à verificação de ofício da regularidade do contraditório, para o saneamento da citação e da demanda reconvencional, para o saneamento dos defeitos de representação, assistência e autorização e dos vícios de notificação da citação. Esses provimentos, por óbvio, conduziam à designação de uma nova audiência.

Na segunda audiência chamada de *prima udienza di trattazione*, têm lugar o interrogatório das partes, a tentativa de conciliação, verificações de questões cognoscíveis de ofício, as respostas e exceções do autor em consequência da demanda reconvencional. Destina-se, ainda, à determinação do objeto do processo e fixação do *thema decidendum*.

¹⁶ ABREU, Leonardo Santana de. *apud* CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. V. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 38 e seguintes.

¹⁷ ABREU, Leonardo Santana de. *apud* CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. V. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 38 e seguintes.

¹⁸ TARZIA, GIUSEPPE. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 3, p. 721-729, 1996

Nesta audiência as partes podem inclusive modificar suas alegações. Como se pode observar dos ensinamentos de Giuseppe Tarzia¹⁹ o modelo da audiência preliminar, no sistema italiano, é dividido em duas audiências.

1.1.5. A AUDIÊNCIA NO DIREITO ESPANHOL

O Sistema Processual Espanhol não apresenta discrepância da tendência europeia e, também, adotou os princípios da oralidade, da concentração e se utiliza do próprio instituto da audiência no seu ordenamento jurídico.

Darci Ribeiro²⁰ ensina que a reforma trazida na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 1984, alterou o *juicio de menor cuantía*, passando a ser obrigatório o comparecimento pessoal das partes perante o Juiz.

Para José Carlos Barbosa Moreira²¹ o objetivo da obrigatoriedade do comparecimento pessoal era facilitar um acordo entre as partes, em substituição à sentença, além de corrigir eventuais defeitos nos documentos escritos, limitar as questões e autorizar a produção provas.

Darci Ribeiro²² observa que trata-se claramente de audiência de conciliação, instrução e julgamento, com o objetivo de imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional, reduzindo o procedimento, de forma a realizar duas audiências; sendo que a primeira é preliminar e serve como filtro para o que não for útil ao processo, enquanto que, na segunda, dá-se a efetiva colheita de provas.

¹⁹ TARZIA, Giuseppe. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba. p. 721-729

²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. p.783.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, ano X, P. 109-135, out./dez. de 1985 p. 128-129.

²² RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999. p. 784.

O Professor Roberto Omar Berizonce²³ tece algumas críticas quanto à forma de instrumentalização da audiência, notadamente, no que se refere a seu caráter de comparecimento obrigatório, quando a mesma não é considerada necessária.

Insta salientar que, no início do ano 2000, a reforma legislativa introduziu nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ressaltando o procedimento baseado no princípio da oralidade, concentração e auxílio entre as partes.

Dessa forma, foi criada, uma audiência prévia e obrigatória, cujo objetivo é a tentativa de conciliação, sanear os vícios processuais e a limitar as questões conflitantes, produzindo as provas na audiência seguinte, denominada *juicio*, na qual se realizará a instrução do feito, propriamente dito, consoante a lição de Leonardo Santana de Abreu.²⁴

Em suma, no Direito Processual Espanhol também vigora o instituto da audiência, conforme tendência já demonstrada.

1.1.6. A AUDIÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico Português é precursor do despacho saneador, que tem se revelado imprescindível, uma vez que o saneamento do processo é um dos principais objetivos da audiência.

O despacho saneador surgiu em 1926, determinando que, ao final das articulações, o Juiz deve proferir o despacho para manifestar acerca das nulidades, legitimidade das partes e representação do mérito da ação.²⁵

²³ ABREU, Leonardo Santana de apud BERIZONCE, Roberto Omar. La audiencia preliminar en el código procesual civil – modelo para iberoamérica. *Revista da Amagis*, Belo Horizonte, v. 22, 1993, p. 108.

²⁴ ABREU, Leonardo Santana de. apud JUNOY, Joan Pico I. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de processo*, São Paulo, n.º103, ano 26, p. 90, jul./set. de 2001.

²⁵ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 15-16.

Portanto, o Sistema Processual Português, há muito, preocupa-se com a organização do processo. Nas lições do Mestre Liebman,²⁶ é preciso separar o que for possível, das questões preliminares do conhecimento do mérito da demanda.

O Diploma Processual Civil Português prevê uma série de etapas para o deslinde do processo, dentre elas, a fase dos articulados, fase da condensação, fase de instrução, fase da discussão e julgamento, fase da sentença e, por fim, a fase recursal.

Para Darci Ribeiro,²⁷ o Ordenamento Jurídico Português previa, também, uma audiência preparatória para tentativa de conciliação e argumentações dos advogados acerca do pedido ou exceções. Contudo, não era obrigatória, ficando sua designação, a critério do Juiz.

Darci Ribeiro também ensina que em 1993, surgiam as Linhas Orientadoras de Nova Legislação Processual Civil, provenientes de um grupo de trabalho criado no ano anterior; isso determinou que a marcha processual teria três fases: fase dos articulados, fase de audiência preliminar e fase de audiência e julgamento.

Assim, os objetivos da audiência foram dilatados, desdobrando-se esta em algumas etapas, tais como: tentativa de conciliação; despacho de aperfeiçoamento; saneamento do processo; decisão sobre o mérito da causa; exame da matéria de fato; preparação do processo para o julgamento, bem como, indicação, sempre que possível, da audiência final.

Em suma, o Direito Português evoluiu na organização do processo, buscando maior celeridade e efetividade, evitando-se idas e vindas, de forma precursora em relação ao despacho saneador. Depois, homenageando os princípios da oralidade e concentração, bem como o da cooperação entre as partes, instituiu a audiência preliminar.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 107.

²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999, p.784.

1.1.7. A AUDIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o instituto da audiência possui a função precípua de conciliação, saneamento, organização e julgamento do processo, suas origens advêm do Brasil colônia, com particularidades de conciliação, introduzidas pelas Ordenações Afonsinas, as quais estabeleciam o caráter obrigatório da prévia conciliação em audiência, antes de iniciar o litígio propriamente dito.

As Ordenações Filipinas, de 1603, também albergaram o instituto da audiência, determinavam ao Juiz, logo no início da ação, que incitasse as partes à conciliação, antes de iniciar o pagamento das custas e despesas processuais, pois não era certeza de êxito na demanda.

A primeira Constituição Imperial, de 1824, ratificou o instituto da conciliação, elevando-o ao grau de preceito constitucional, estabelecendo que não se dará início a um processo, sem que se faça contar a tentativa de conciliação entre as partes.

Em 1827, havia a figura do Juiz de Paz, a quem competia conciliar as partes que pretendessem por fim às demandas pelas vias mais pacíficas, notadamente, por meio da conciliação, lavrando-se o termo do resultado, assinado pelas partes e pelo Escrivão. As Leis Cíveis de 1827 previam, em regra, que nenhum processo poderia se iniciar, sem que se estivesse constando o intento de se conciliar perante o Juiz de Paz.

O Regulamento 737, de 1850, por sua vez, disciplinava, como regra, que *nenhuma* causa comercial poderia ser proposta, sem que previamente houvesse a tentativa da conciliação, seja por ato judicial, seja por comparecimento espontâneo das partes, sendo que a inobservância de tal regra resultava na nulidade do processo.

Observa-se, dessa forma, o quão importante é a tentativa conciliatória na audiência, utilizada no Brasil colônia e, posteriormente, no Brasil imperial. Na lição do professor José da Silva Pacheco, a obrigatoriedade da conciliação prévia sem, contudo, constar nos autos, para a Constituição Imperial, não se daria início ao processo.

Por essa razão, é que foi prevista a existência dos juízes de paz, eleitos pelo povo, com as atribuições previamente fixadas em lei. Como forma de promover o entendimento entre as partes, antes de instaurar o processo, propriamente dito. Assim, evidencia-se que a conciliação poderia ser projetada, perante qualquer Juiz de paz, desde que o réu fosse localizado, ainda que fora de seu domicílio.

A necessidade de conciliação era *conditio sine qua non* da validade do processo, sem o que, este era nulo. Mesmo as Ordenações Filipinas apontavam que, no começo do processo, o Juiz deveria incitar a ambas as partes que, antes que fizessem despesas e iniciassem a ‘batalha judicial’, deveriam entender e concordar.

Para José da Silva Pacheco,²⁸ essa não deveria ser feita perante o mesmo Juiz que julgasse a ação, evitando-se, assim, indisposições com a parte contrária. Por isso, deveria ser feito perante o Juiz de paz. Entretanto, a História demonstra que nem sempre o instituto da conciliação foi respeitado pelo ordenamento Jurídico Brasileiro.

Recorrendo, novamente, à lição do professor José da Silva Pacheco,²⁹ evidencia-se que a conciliação foi abolida em 1890, ocasião em que foram revogadas as leis que dispunham da tentativa de conciliação, no início das demandas. Desse modo, o Decreto nº 359 revogou a exigência da conciliação, passando a não ser mais obrigatória.

De toda forma, com o regime estabelecido pela Constituição Republicana, de 1891, os Estados começaram a legislar acerca do processo. Por exemplo, o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo, de 1930, dispunha, expressamente, acerca da conciliação, enquanto a Lei de Organização Judiciária da Bahia, de 1915, atribuía, no ao Juiz de paz a função de conciliar as partes que recorressem a ele.

O Código de Processo Civil, de 1939, de certo modo, restaurou a legislação unificada, no Brasil, todavia, deixou de prever o instituto da conciliação. Certo é que regulou o modo como se trataria a transação em juízo, exigindo poderes especiais aos procuradores judiciais na forma do artigo 108 do Código de Processo Civil, e a homologação do juiz na

²⁸ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.94.

²⁹ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.154.

forma do artigo 206 do Código de Processo Civil, a implicar cessação da instância, consoante ensina Antônio Jamyr D. Junior.³⁰

Mas, não chegou ao ponto de se estabelecer a obrigatoriedade da tentativa de conciliação. A legislação Processual de 1939, em que pese às inovações, foi alvo de muitas críticas. Para o Professor Dinamarco,³¹ essa mudança representou, de certa forma, um grande passo no que se referem a alguns aspectos técnicos e processuais, posto que foram adotados modernos conceitos, estruturando, corretamente, os institutos.

O Código de Processo Civil de 1939 foi uma tentativa de superar as molestas de uma legislação notadamente voltada às tradições lusitanas das Ordenações, longe de estar bem-sucedida como um todo. Não se podem esquecer as diversas finalidades da atual audiência no processo civil brasileiro, que não se restringe, simplesmente, à mera tentativa de conciliação, como também de saneamento e organização do processo.

Conforme enfatiza o professor Dinamarco,³² o Código de 1939 seguiu caminho no sentido de albergar as tendências do processo, sem prejuízo dos poderes inquisitórios do Juiz em consonância ao sistema da oralidade.

Para Athos de Gusmão Carneiro,³³ o legislador entendeu ser imprescindível a realização da audiência de instrução e julgamento. Sob esse enfoque, também se busca a origem da audiência de conciliação, uma vez que esta é fruto do princípio da oralidade albergado no Código de 1939.

Contudo, para o mestre³⁴, a obrigatoriedade de se realizar a audiência de instrução, em muitos casos, levou a um fator de protelação injustificável, quando a mesma era

³⁰ DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. A audiência de conciliação. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 2, p. 300, 1996.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 21-22.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 22.

³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.

desnecessária. Nas lições do mestre de Barbosa Moreira,³⁵ o ato em si era reduzido à mera formalidade sem qualquer utilidade.

O código de Processo Civil de 1973 trouxe consigo consideráveis inovações, como as causas de extinção do feito e possibilidade de julgamento antecipado da lide. Assim, a realização de audiência de instrução e julgamento somente era realizada quando necessário.

Nesse passo, insta trazer à baila a justificativa de Alfredo Buzaid³⁶ na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, quando assevera que, dessa forma, não se realiza um ato inútil, não sofre a paralisação, aguardando por tempos nos cartórios judiciais, enquanto aguarda a realização de audiência, que nenhum benefício trará ao deslinde do feito. Com essa técnica, é patente a forma simplificada no sistema do processo civil.

Insta consignar, também, que o Código de 1973 sepultou o denominado “despacho saneador” e passou-se a se referir como “saneamento do processo”. Aliás, o objeto do despacho saneador, disposto no Código de 1939, passou ser providências preliminares, no Código de 1973, e o próprio saneamento do processo, conforme ensina Humberto Theodoro Junior.³⁷

É evidente que a semelhança entre os institutos não é igual, em razão da sua própria evolução, sem o que, conforme já mencionado no Código de 1939, a audiência de instrução era obrigatória, e por isso o processo seguia até tal fase, mesmo desnecessariamente.

Sendo assim, a possibilidade de julgamento antecipado da lide foi uma das maiores novidades albergadas pelo Código de 1973, já defendida por Galeno Lacerda em sua obra acerca do despacho saneador, contrário às lições de Liebman.³⁸

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: Temas de Direito Processual: Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97.

³⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 21ed. Organização dos textos notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991, p. 110.

³⁷ THEODORO Júnior, Humberto. O processo civil brasileiro no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.141-142.

³⁸ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. p. 143.

Verifica-se, por oportuno, na lição de Humberto Theodoro Junior³⁹ que a atividade saneadora do Magistrado se fazia de forma escrita e era resumida nas seguintes providências preliminares: deliberação sobre os efeitos da revelia, admissão da ação declaratória incidental, a oitiva do autor, o saneamento de vícios sanáveis e o julgamento, conforme o estado que o processo se encontrava.

Desse modo, o Código de Processo Civil vigente vem sofrendo constantes alterações com o passar do tempo, sempre com o objetivo alcançar maior efetividade processual. Seguindo a própria tendência, influenciado pela experiência europeia e pelo Código modelo, o legislador brasileiro adotou, pela Lei 8.952 de 1994, a chamada audiência de conciliação, modificada do art. 331 do Código de Processo Civil.

Para Nelson Nery Junior,⁴⁰ com o advento da audiência preliminar no direito processual brasileiro, originou-se uma série de questões controvertidas, inclusive no que se refere a sua obrigatoriedade ou não, como também, sua real utilidade e eficiência.

De qualquer sorte, para Leonardo de Abreu Santana,⁴¹ não resta dúvida de que, atualmente, a audiência tem importância reconhecida e encontra previsão equivalente, não apenas entre os sistemas jurídicos latinos, mas entre os europeus e na própria *Common Law*.

Aliás, conforme já se demonstrou, a sua origem moderna advém tanto dos ordenamentos europeus quanto do próprio ordenamento norte-americano. Algo que representa um significativo avanço em termos de agilidade no andamento do próprio processo, além de acompanhar as tendências do direito internacional.

³⁹ JÚNIOR, Humberto Teodoro. Curso de direito processual civil: Volume I. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 142-143.

⁴⁰ NERY Júnior, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil: A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995. 2ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 109

⁴¹ ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Disponível em: <<http://texpro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5555-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar>> Acesso em: 12 Dez 2012.

Em suma, a adoção da audiência no direito brasileiro traduz que o país está em consonância com a perspectiva ibero-americana de globalização e uniformização dos diplomas legais e processuais, atrelado à experiência europeia. Assim, deve ser observada como uma providência eficiente que possibilita a conciliação, saneamento, organização e julgamento do processo, posto que sepulta atos inúteis e cria) condições favoráveis à atividade processual, algo que o torna mais eficiente face ao diálogo e se obtém maior dinâmica a ser estabelecida.

2. CONCEITO

Pelas lições de Maria Helena Diniz,⁴² a Audiência é 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. Pode ser conceituado, também, como o 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.

Ou mesmo o ato de ouvir, em juízo, os litigantes ou o órgão do Ministério Público. Oportunidade que se dá ao litigante para arrazoar verbalmente ou por escrito. Também se conceitua audiência como sendo a ação do órgão judicante de escutar as partes, peritos ou testemunhas.

De forma genérica, a audiência é todo e qualquer ato processual, presidido pelo Juiz, ao qual comparecem: as partes, seus representantes, o representante do Ministério Público, este se intervir no feito e, eventualmente, terceiros, que podem ser testemunhas, peritos, intérpretes etc., com o fito de realizar outros atos processuais, a fim de se chegar ao final do processo.

Com esses elementos, forçoso admitir o quão complexo é esse ato processual, pois é possível a prática de diversos outros atos, para alcançar a decisão final, sempre dentro dos preceitos que tal decisão tem por mérito si promover a justiça.

⁴² DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo, SP: Editora Saraiva 2005. p. 339

O instituto da audiência é um ato tão complexo que, nas Ordenações, não fazia parte, mas sim, era ato coordenador da atividade forense em geral. Assim, de acordo, com o expediente forense, o Juiz deveria designar uma ou várias audiências na semana, devido a sua complexidade, podendo adotar qualquer providência, desde que, com a finalidade de organizar os atos judiciais.

3. FINALIDADE DA AUDIÊNCIA

Para Dinamarco⁴³ audiência é o ato processual público, solene e oral, que tem como finalidade a conciliação, saneamento, organização e julgamento do processo. Como observa Dinamarco, é um moderno instrumento que indica o diálogo entre o Juiz e as partes, vis a vis, com a solução auto compositiva dos conflitos.

Dinamarco⁴⁴ também observa que a finalidade de audiência não é apenas a conciliação entre as partes, dedica-se, também, ao saneamento definitivo da causa, fixar os pontos controvertidos, definir as provas que serão produzidas e proceder ao julgamento.

A sua finalidade essencial, portanto, está em solucionar da lide, de forma concentrada, identificar os vícios do processo e organizá-la para o julgamento do mérito. Trata-se, no fundo, de uma atividade que visa aperfeiçoar as atividades processuais, colaborando com as partes e com o Juiz, com objetivo de fixação e julgamento do objeto do processo.

Para Luiz Rogério Cruz e Tucci⁴⁵ A audiência constitui o ponto central de todo o processo, é a medida tendente a reduzir o espaço de tempo entre o início do processo e o julgamento definitivo da causa, conferindo maior efetividade à causa.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 116-118.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 116-118.

⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.538, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55-59.

Luiz Rodrigues Wambier⁴⁶ ensina que a finalidade da audiência é, especialmente, organizar o processo, de forma a evitar-se as discussões inúteis que não são necessárias ao feito. Também propicia um contato direto entre as partes, seus procuradores e o Juiz, exatamente no ponto mais alto do saneamento e definição do processo, algo que é importantíssimo para os esclarecimentos, dentro de um sistema de cooperação.

Contudo, tendo em vista as vantagens que lhe são peculiares, advindas dos princípios norteadores, especialmente da oralidade, dúvidas não há de que as audiências preliminar, de conciliação, instrução e julgamento afiguram-se institutos de grande valor na prestação da tutela jurisdicional.

4. PRINCÍPIOS QUE REGEM A AUDIÊNCIA

Os Princípios servem como autênticas normas superiores, ou seja, são regras superiores à hierarquia das próprias normas, conforme ensina Luiz Rodrigues Wambier⁴⁷.

Para Dinamarco é da análise dos princípios gerais que se alcança a qualificação e comparação de sistema jurídico.⁴⁸

Além dos princípios gerais serem aplicados em decorrência de mandamento legal, mesmo quando for omissa ou não existir disposição legal, os princípios gerais deverão ser aplicados, pois são inerentes à função que exercem no ordenamento jurídico.

Dessa forma, sendo a audiência o ato que contribui para a integralidade do Sistema Processual Civil, naturalmente, aplicam-se alguns importantes princípios do direito processual, que regem o instituto da audiência. Vamos a eles.

⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 30-36, 1995, p. 31.

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 30-36, 1995, p. 31.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 49..

4.1. PRINCÍPIO DA ORALIDADE

A principal finalidade da audiência é a coleta das provas pessoais. A própria audiência de conciliação se perfaz com a negociação oral e os debates. Tudo isso que acontece nas audiências seguirá o princípio da oralidade.

Nas audiências, não é permitido à testemunha e as partes levarem seus depoimentos por escrito, naturalmente, priorizando-se o princípio da oralidade para, assim, obter-se maior espontaneidade. As partes e as testemunhas somente poderão ler breves anotações, mas não depoimentos preparados.

Com isso, o legislador quis permitir a interatividade entre os sujeitos processuais ou, então, possibilitar que a voz dos envolvidos no processo possa contribuir para a conciliação, pois na prática, muitas vezes, as partes não foram postas frente a frente antes da audiência. Consequentemente, a lide se torna difícil de ser solucionada pela falta de diálogo entre as partes.

Em muitos casos, as partes comparecem à audiência sem terem tido uma oportunidade para um diálogo franco com as pessoas que podem ajudar a solucionar a lide. Assim, evidencia-se que, se todo procedimento fosse escrito, não seria necessária a participação das partes.

Dentro de um sistema processual, no qual a palavra é do advogado, a conciliação configura-se numa única excelente oportunidade para as partes possam estabelecer um possível diálogo.

Esse conflito fica mais incitado, quando a questão envolve material fático. Quando for matéria de direito, o Juiz tem autonomia para interpretar a norma e formar seu convencimento. Nesse aspecto legal, é substancial afirmar que, quando houver controvérsias sobre os fatos, a oralidade é fundamental.

O princípio da oralidade é verificado em vários momentos processuais, como no momento do depoimento pessoal, da produção da prova testemunhal, da conciliação,

dentre outros. Até mesmo o advogado deverá interpor recurso oralmente que, no caso, deverá ser o agravo de instrumento, sob pena de preclusão.

A audiência homenageia o princípio da oralidade, mas é imprescindível que haja registro escrito de tudo. É o que se chama de termo de audiência, ou termo de depoimento de testemunha. É a ata geral dos trabalhos, em que se relacionam os atos realizados e se reproduzem as questões suscitadas, as determinações ou decisões do juiz e, finalmente, a sentença que vier a ser proferida.

A reprodução dos esclarecimentos orais do perito e assistentes-técnicos e dos depoimentos prestados pelas partes ou testemunhas chama-se termo de assentada ou, simplesmente, assentada.

Os termos relativos à audiência, bem assim os documentos que o juiz haja admitido durante ela, serão reunidos pelo escrivão e incorporados aos autos do processo nos termos do artigo 457, § 3º do Código de Processo Civil.

Não é preciso que esse registro seja feito literalmente. No próprio depoimento das testemunhas, exige-se apenas que as respostas sejam anotadas. A pergunta, raramente, é registrada, salvo se o advogado fizer perguntas indeferidas e queira que esses questionamentos constem nos registros, possivelmente, para utilizar esse indeferimento em eventual recurso.

No procedimento sumário, registra-se somente os pontos cruciais do processo, desnecessários adentrar a detalhes que não estejam diretamente relacionados ao caso.

Predominantemente, o que prevalece, na audiência, é o princípio da oralidade. Contudo, são raras às vezes em que se adota o procedimento oral na sua forma genuína. Não é demasiado lembrar a lição de Chiovenda, defensor ferrenho da oralidade, quando citado por Leonardo Santana de Abreu,⁴⁹ evidencia que somente na audiência é que se farão as afirmações juridicamente importantes. Mas, admite o uso da escrita, pois em um sistema,

⁴⁹ ABREU, Leonardo Santana de. *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...* op. cit., p. 51-52

cuas partes têm que expor os fatos, fazer as declarações e pedidos por escrito, a discussão oral acaba por se tornar repetitiva e supérflua.

Para o processo ter ligação com a oralidade, ainda que se admita a escrita, a palavra falada deve ser a forma de expressão dos atos relevantes para a convicção do Juiz.

O professor Ovídio Baptista⁵⁰ revela que a superioridade da palavra falada, como forma de expressão, além da importância em si mesma, é preponderante para o contato pessoal entre o Juiz e as partes, o que permite uma melhor compreensão da demanda e facilita a colheita das provas, possibilitando uma melhor avaliação do processo.

Portanto, temos que a realização da audiência é a mais completa tradução da oralidade no processo e, nos sistemas orais, localiza-se no topo da pirâmide do procedimento. Salvatore Satta ensina que a audiência é o instante pontual do processo, com a presença das partes que protegem, verbalmente, suas razões, daí se explica o nome do processo oral comparado ao processo escrito.

Mauro Cappelletti⁵¹ também acena no mesmo sentido, ressaltando *que*, no sistema oral, as partes, os advogados e as testemunhas falam mais do que escrevem. Para esse autor, isso faz da audiência o momento mais importante do processo.

O princípio da oralidade, mesmo que ainda não seja completamente adotado, para surtir efeito, é imprescindível que o Poder Judiciário esteja a sua altura, com capacidade para fazer uso dos poderes e meios que lhe são conferidos. O instituto da audiência, traduz, em grande passo, no reconhecimento considerável da oralidade no processo.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 52.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica ed. Líder, 2001, p. 42.

4.2. PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO

O princípio da imediação insinua que o Juiz deve fazer a colheita de provas, de forma direta e pessoal, com a finalidade de, *a posteriori*, poder avaliar, com precisão, as provas colhidas.

Se o Juiz tiver presidido a audiência, colhendo as provas pessoalmente, quando interrogar as testemunhas, certamente, terá melhores condições de avaliar a questão, caso surja alguma dúvida ou hesitação por parte da testemunha interrogada.

Para Dinamarco⁵² Mesmo se houver discrepância entre as testemunhas, o Juiz que colher o depoimento terá melhores condições de decidir. Nessa senda, o princípio da imediação oferece melhor condição para obtenção de provas.

Esse princípio mostra a necessidade de imediação na relação entre o Juiz e as partes ou sujeitos processuais.

Segundo Chiovenda,⁵³ esse princípio, além de estar ligado ao da oralidade, constitui na natureza do processo oral. Galeno Lacerda ensina que a imediação trazida ao sistema oral, na prática, favorece a solução das questões prévias, razão pela qual deve prosperar com força naquele sistema.

Desse princípio, sucede a necessária atuação direta e imediata do Juiz na demanda, sem que haja intermediários, fazendo o próprio interrogatório das partes, das testemunhas e dos peritos, colhendo o material probatório.

Athos Gusmão Carneiro⁵⁴ enfatiza que tudo isso acontece de forma dinâmica, efetiva, direta e concreta, sem intermédio de outra pessoa, pois seu objetivo é tornar o Juiz

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 275.

⁵³ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. p. 14.

⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 21-23.

mais próximo da prova oral, por meio da coleta direta dos dados, ficando mais próximo da realidade dos fatos.

4.3. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O princípio da identidade física do Juiz é proveniente da aplicação do princípio da imediação. Ou seja, via de regra, o Juiz que preside a audiência terá que julgar *a lide*. No entanto, há provas que independem da audiência, mas a colheita tem que ser feita pelo Juiz.

Com a produção de prova, em audiência, a tendência é concluir a instrução. Dessa forma, o Juiz que concluir a instrução fica unido ao processo, ficará obrigado a decidir a causa. Contudo, a essa regra existem exceções, o art. 132 do CPC traz hipóteses em que o Juiz que iniciou o processo pode não terminá-lo. Isso em decorrência de: convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Para Ovídio Batista da Silva,⁵⁵ na prática, não é possível ao legislador aplicar o princípio da identidade física do Juiz, pois a carreira, na magistratura, estabelece ao Estado movimentações, que geram dificuldades para operar o Direito. Ou seja, o juiz que concluir a audiência, deverá decidir a demanda, salvo nas hipóteses em que estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, nestes casos, passará os autos ao seu sucessor, nos termos do artigo 232 do Código de Processo Civil.

O Juiz ficaria ligado a um número muito grande de demandas judiciais, de forma que não seria possível sua promoção, ou então, o Juiz que se retirasse da comarca abandonaria os demais processos.

O princípio da identidade física do Juiz era aplicado de forma rígida no Código de 1939, no qual o Juiz que dirigia à instrução era o mesmo a decidir a causa.

⁵⁵ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 52.

4.4. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

De acordo com o art. 455 CPC, a audiência é una e contínua e, quando não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o Juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo. Via de regra, o legislador não deixa dúvidas de que a audiência é una e contínua, devendo começar e terminar no mesmo dia. Não poderá haver inquirição de testemunhas do autor em uma audiência, e do réu em outra. Todos os envolvidos deverão ser ouvidos na mesma audiência.

No entanto, essa regra comporta algumas exceções. Por exemplo, é possível a oitiva de testemunhas por antecipação, casos em que houver prévia justificativa, quando a testemunha possuir prerrogativa de função e as que forem ouvidas por carta precatória ou rogatória. Noutros casos, as que forem ouvidas no juízo deverão ser inquiridas em única audiência, conforme ensina Ovídio Batista da Silva.⁵⁶

Em alguns casos, nos quais há litisconsórcio, levam 20 ou mais testemunhas. Por essa razão, é que as partes terão que indicar o fato que pretendem provar com aquela testemunha.

O princípio da concentração é, também, uma garantia eficaz ao princípio da imediação, a exemplo da identidade física do Juiz, que já discurremos. Esse princípio é a principal característica da oralidade no processo, com maior influência na redução dos litígios.

O princípio traduz, claramente, a ideia de concentração da causa em breve período, com o menor número possível de audiências. É *conditio sine qua non* para que a oralidade produza seus efeitos, gerando ligação estreita entre o que o Juiz compreendeu, por sua própria observação pessoal, e o momento da avaliação, ao proferir sentença.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 53.

Para Ovídio Batista da Silva,⁵⁷ a ideia é que, com o passar do tempo, é mais fácil que o julgador não se lembre das impressões que teve, pessoalmente e diretamente, sobre as questões da causa.

Athos de Gusmão Carneiro⁵⁸ entende que esse princípio, também, tem a finalidade de impedir que o procedimento seja adiado de forma indefinida de fases e etapas. Isso porque pela complexidade dos fatos e da causa, poderá acontecer de não ser possível começar a concluir na mesma data.

Quando isso acontecer, o próprio artigo 455 do Código de Processo Civil orienta no sentido de que a audiência deverá ser marcada para data próxima. O que o legislador quer obter com isso, é de certa forma, não desconcentrar tanto, pois, se houver demora entre uma audiência e outra, o juiz poderá ser removido, promovido, e aí teremos um juiz ouvindo parte das testemunhas e outro ouvindo as demais.

Isso é inconveniente do ponto de vista do princípio da imediação. Se tiver de adiar, não sendo possível realizar no mesmo dia, que seja em data próxima. Mas isso é exceção. O legislador priorizou que, como regra, tudo seja feito numa única data.

4.5. PRINCÍPIO DA IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

O Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias veio para efetivar o princípio da oralidade e imediação, como forma de evitar, o máximo possível, a frequente interposição de recursos, durante o processo, o que fatalmente causaria sua paralisação.

⁵⁷ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 53.

⁵⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 39.

De acordo com Ovídio Batista da Silva⁵⁹ esse princípio, as decisões interlocutórias ficariam isentas à preclusão, podendo ser examinadas com a decisão de mérito.

Para Rui Portanova,⁶⁰ o Sistema Processual Civil tem permitido às partes a interposição de recursos sem efeito suspensivo das decisões interlocutórias, como forma de empregar o princípio, por exemplo, o agravo de instrumento.

4.6. PRINCÍPIO DA BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA (CONTRADITÓRIO)

Na lição de Candido Dinamarco,⁶¹ o princípio do contraditório é estritamente relacionado à garantia fundamental de justiça. Para Ovídio Batista da Silva⁶² Esse princípio já existia no direito romano e no direito germânico. Está relacionado à noção de função jurisdicional, sendo a razão do próprio processo.

Chega a ser exaltada, ao plano de garantia constitucional, tamanha sua importância. No sistema jurídico brasileiro, está previsto no art. 5º, Inc. LV, da Constituição Federal 1988, que certifica aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a ela.

Para Ovídio Batista da Silva,⁶³ é a forma de apresentação de defesa das partes na ação e, para ser efetivada, depende da igualdade de tratamento, sob pena de se configurar mera retórica, ou seja, de nada serviria o contraditório.

⁵⁹ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 53.

⁶⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ed.. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999. p. 281-282.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 53.

⁶² SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 54.

⁶³ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 56.

Para a aplicação desse princípio, quando o Juiz ouvir uma parte, sempre ouvirá a outra também, permitindo que ambas as partes façam a exposição de suas razões. Somente dessa forma é que o magistrado poderá atribuir à exposição genérica de um processo oral.

Leonardo de Abreu Santana⁶⁴ informa que a observância desse princípio é peculiar à própria noção de processo democrático e justo. O contraditório é originário da dinâmica do processo.

Como manifestação de essência do processo, considerado este em sua natureza dinâmica, é correto afirmar que o contraditório não deve sofrer restrições. Consiste na informação às partes acerca dos acontecimentos do processo, dando-lhes possibilidade de reação.

Importante salientar a lição da professora Ada Pellegrini Grinover⁶⁵ que justamente trata do processo enquanto estrutura cooperatória, relacionando a defesa, o contraditório, a igualdade e a *par condicio*. A insigne jurista ressalta a importância da dialética do processo e a interação entre defesa e contraditório. Mas, sobretudo, assevera que o contraditório, visto como corolário da igualdade, não deve ser visto como estático ou puramente formal.

Considerando a natureza dinâmica do processo, pode-se concluir que o contraditório não deve ter restrições. Baseia-se na informação às partes sobre os acontecimentos da causa, possibilitando a reação.

Com essa moderna perspectiva conferida ao princípio do contraditório, o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁶⁶ menciona que não significa tão somente mero

⁶⁴ ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5555-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar>> Acesso em: 12 Dez 2012.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: *Forense universitária*, 1990, p. 1-8.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Revista UFRGS vol. 6, 1999. p. 13

debate das questões, mas real exercício do direito de defesa para o livre convencimento do Juiz.

4.7. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Para Rui Portanova,⁶⁷ o princípio da Economia Processual traduz a ideia de que o processo busca o maior resultado com o mínimo de esforço.

Dessa forma, Dinamarco⁶⁸ ensina que a intenção do legislador foi render, ao máximo, os atos e procedimentos processuais para a realização da justiça. Prega-se o máximo resultado do direito com o mínimo emprego de atividades na causa.

Rui Portanova⁶⁹ ensina que esse princípio, também, engloba economia de custos, baixando o valor das despesas e das custas processuais, por exemplo. Economiza tempo, pois o julgamento é feito de forma mais célere. Eficiência nos atos judiciais, para que não se realize atos inúteis.

Galeno Lacerda,⁷⁰ em sua obra, noticia que a função econômica do processo ultrapassa a simples preocupação individual de se preservar o trabalho dos juízes e partes, de diminuir gastos excessivos, respeitando os prazos processuais.

Diversos institutos e mecanismos processuais acenam com o claro objetivo de economia processual, observada esta também sob o ângulo da celeridade e efetividade, tais como o processo cautelar, a possibilidade de julgamento antecipado, etc. Este também está sendo o sentido das próprias modificações que vêm sendo introduzidas no Código de Processo Civil, desde 2001, as quais visam combater a lentidão do processo e proporcionar-lhe maior eficácia”.

⁶⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ed.. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999. p. 24.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 67.

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ed.. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999. p.24-30.

⁷⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. ., p. 06.

Na verdade, o saneamento do processo assume particular importância para a economia de atos, em vista da sua própria natureza organizadora, norteadora e, portanto, de evitar-se atos inúteis.

Dinamarco⁷¹ ainda ensina que outros institutos contemplam, claramente, o objetivo de economia processual, sob o prisma da efetividade e celeridade, dentre eles, mencionamos o processo cautelar, julgamento antecipado da lide etc., com o objetivo de eliminar a lentidão do processo.

Gabriel José Rodrigues de Resende Filho⁷² assinala que o princípio econômico do processo requer a solução mais célere das dúvidas referentes à regularidade e validade do juízo, antes de se adentrar ao mérito, evitando-se, com isso, consumo de trabalho e de tempo.

Portanto, não resta dúvida de que o instituto da audiência está intimamente atrelado ao princípio da economia processual.

4.8. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

José Carlos Barbosa Moreira,⁷³ ensina que basicamente, por efetividade se entende como a capacidade de um meio ou instrumento para atingir as finalidades ou gerar os efeitos a que se pretende.

Barbosa Moreira⁷⁴ menciona pontos ligados à problemática da efetividade, dentre eles, aduz que o processo deve colocar instrumentos de tutela adequados, a todos os

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

⁷² RESENDE, Filho, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 4ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 165

⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre o Problema da Efetividade do Processo*. Temas de Direito Processual: São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27.

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre o Problema da Efetividade do Processo*. Temas de Direito Processual: São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27.

direitos albergados no ordenamento jurídico. Tais instrumentos, a princípio, devem ser utilizados, seja qual for o titular do seu direito.

Deve, ainda, garantir as condições necessárias à reconstituição dos fatos relevantes, para que a convicção do julgador se assemelhe à realidade fática. Qualquer que seja a possibilidade prática, o resultado do processo deverá assegurar à parte vencedora a livre utilidade a que faz jus.

Desse modo, é importante que se diga que todas as medidas assinalam para um caminho, no qual a audiência deve, por fim, atingir o resultado com o mínimo de gasto de tempo e energias.

Segundo ensina João Batista Lopes,⁷⁵ a efetividade do processo está totalmente relacionada à função sócia que exerce, destacando que se uma das finalidades do processo é solucionar lides e garantir a paz social, está claro que, em muitos casos, a solução judicial não alcança o resultado esperado. E, uma vez atingida à função social, resta a garantia da efetividade processual.

Dessa forma, a realidade do processo deve ser observada de acordo com a capacidade para fazer valer o direito material a que está ligado. Por essas razões, João Batista Lopes⁷⁶ ensina que o verdadeiro processo é aquele que exerce a sua *função social, ao prestar jurisdição às partes, observando o princípio do devido processo legal, ampla defesa do contraditório, motivação das decisões judiciais, etc.*

O resultado é a necessidade de se cumprir a função social do processo, garantindo sua igualdade e celeridade. É impossível pensar em um processo efetivo que não atenda aos requisitos de celeridade e eficiência.

⁷⁵ LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº13, p. 33.

⁷⁶ LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº13, p. 33.

Para Carlos Alberto de Oliveira,⁷⁷ a função social e a efetividade do processo emanam da necessidade de equilibrar as garantias na procura da sua eficiência. Nessa incansável busca, evidencia-se, entre outros, o valor do diálogo judicial na convicção do juízo, originário da cooperação das partes com o Juiz e vice-versa.

Nessa senda, assenta-se o instituto da audiência, como instituto processual, com característica oral e centralizadora de atos processuais, visando dirimir seus vícios, além de organizar e definir seu objeto, valorizando o diálogo e a efetividade.

5. AUDIÊNCIA PRELIMINAR E DE CONCILIAÇÃO

5.1. CONCILIAÇÃO

O termo “conciliação” provém do latim *conciliatio*, que vem a ser o ato de pacificar, congraçar litigantes ou opiniões conflitantes. Tal expressão remonta a própria História e sempre esteve relacionada à busca de entendimento entre nações que entravam em conflitos por interesses, muitas vezes, territoriais, financeiros ou religiosos. Modernamente, no Direito, esse termo ganhou relevância porque tem como foco a solução de conflitos, mediante entendimento entre as partes.

No Brasil, o instituto da Conciliação originou-se nos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, no Rio Grande do Sul, que tinham o objetivo de solucionar lides, por meio da composição das partes. A partir desse pressuposto, fica evidente que a conciliação é a forma pacífica de solucionar as controvérsias, por intermédio de um Juiz ou conciliador, que aproxima as partes e presta-lhes as orientações necessárias para alcançar um acordo.

⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Revista UFRGS vol. 6, 1999, p. 14.

Também é imperativo destacar que a conciliação traz inúmeras vantagens, dentre as quais, reduz o tempo de solução de uma lide, reduz o desgaste natural com o processo litigioso e diminui, também, o número de demandas judiciais, desobstruindo o Poder Judiciário, conforme noticia Laíse Nunes Mariz Leça.⁷⁸

Por seu turno, Mauro Cappelletti⁷⁹ ressalta a importância da conciliação não só para as partes, mas também para o sistema jurídico como um todo, posto que o conflito é solucionado sem que haja necessidade de julgamento. Com isso, suavizasse a carga excessiva do judiciário, além de reduzir, também, as altas despesas com as lides.

O professor Capeletti⁸⁰ ressalta, ainda, que as decisões advindas da conciliação são melhores recepcionadas do que as decisões judiciais, uma vez que as conciliações se estabelecem em acordo já convencionalizado pelas partes e também ensina que, atualmente, quase a totalidade dos sistemas jurídicos civilizados alberga a conciliação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a importância da conciliação teve oscilações ao longo do tempo. Hoje em dia, está em alta, mas não a ponto de iniciar-se um processo, como foi na época da Constituição Imperial em 1824.

A tentativa de conciliação não é só cabível na audiência de conciliação ou audiência preliminar; mas, também, da audiência de instrução, conforme preceitua o artigo 448 do Código de Processo Civil. A conciliação pode e deve ter lugar a qualquer tempo no processo.

⁷⁸ LEÇA Laíse Nunes Mariz. Conciliação nos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11014&revista_cademo=21> Acesso em: 18 Dez 2012.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 83-84.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 83-84.

A solução amigável do processo é, claramente, uma das grandes finalidades da audiência de conciliação e preliminar. Segundo Dinamarco,⁸¹ o ato da oralidade se divide praticamente em duas fases, uma delas é aquela voltada à conciliação.

Destaca-se ainda que essa agilidade que a conciliação confere ao processo se coaduna com o anseio da sociedade pela celeridade na tramitação dos processos judiciais, materializada na inclusão do inciso LXXVIII, no art. 5º, da Constituição Federal, visto que tal inciso assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Através da conciliação as partes obtêm uma maior celeridade na solução da controvérsia que chegou ao Judiciário e que importa muitas vezes em vantagens para elas, quando por exemplo, são feitas concessões recíprocas, sob a forma de transação, proporcionando um termo final ao exasperante, moroso e dispendioso processo judicial.

E até mesmo para o Julgador, mostra-se conveniente a conciliação, se considerarmos a sobrecarga de funções e atividades que lhe estão afetas, aliado à celeridade e a segurança da conciliação, com sua consequente e imediata homologação extintiva do processo. Assim, revela-se a conciliação, um meio rápido e seguro de satisfação dos litígios.

Conforme Fátima Nancy Andrichi,⁸² a conciliação se apresenta como instrumento processual de suma importância para a celeridade e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Permite agilizar o caminho processual, diminuindo o tempo de andamento do processo, reduzindo, assim, o sofrimento do jurisdicionado que aguarda solução para o seu problema jurídico.

No entanto, para se obter a conciliação, faz-se necessário o correto comportamento pacificador do Juiz, o qual somente, após conhecer a causa, terá condições de conduzir as partes à formulação de acordo. É uma função totalmente diferente da função

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 128.

⁸² ANDRIGHI, Fátima Nancy. O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 727, 1996, p. 30.

tradicional de apenas e tão somente impor a Lei. Athos Gusmão Carneiro⁸³ aduz que o Juiz tem o dever de manter a linha da seriedade e da dignidade, sem insistir em excessos, nem levar as partes a uma insistente transação, quando as partes desejarem batalhar pela realização total do que entendem seu direito.

Para José Carlos Barbosa Moreira,⁸⁴ trata-se de uma capacidade que devem ter os juízes, como bem assevera Barbosa Moreira, na tentativa de conciliação, algo que demonstra, no Juiz, uma aptidão que nem a maior preparação técnica necessariamente lhe proporciona.

Na conciliação, o Juiz exerce papel ativo, deve também dar assistência para assegurar a igualdade de condições entre as partes, de forma a mostrar a serventia da conciliação, sem, contudo adiantar a sua decisão.

Ao referendar a isenção da ação do Juiz, Lúcio Grassi de Gouveia⁸⁵ assevera que o Juiz deve, inclusive, negar-se a validar acordo em casos de uma suposta simulação, pretensões que não sejam lícitas ou manifestamente sem fundamentação; quando a causa versar sobre direitos que não admitam transação ou, então, quando considerar o acordo iníquo para uma das partes.

Portanto, fica muito patente que o principal objetivo da audiência, para tentativa de conciliação, é promover a solução dos conflitos, uma vez que as próprias partes buscam o melhor desfecho para a causa. Outro objetivo é evitar que a demanda se prolongue de forma prolixa, reduzindo, desse modo, os custos e o tempo da tramitação, além de aliviar o Poder Judiciário com a redução da quantidade de demandas judiciais.

⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: *Temas de Direito Processual: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 101-102.

⁸⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, 2001, p. 341-342.

Por isso, fica, mais uma vez consignado que a audiência de conciliação, é a melhor e mais justa decisão, com menos chances de desacertos do que uma decisão, unilateralmente, proferida pelo Juiz.

5.2. A ATIVIDADE JUDICIAL DE SANEAMENTO DO PROCESSO

É no saneamento do processo que serão decididas as questões processuais que não foram decididas, como por exemplo, as questões que se referem à litispendência, coisa julgada, legitimidade *das partes* e todas as questões restantes que estejam pendentes e impeçam o julgamento do mérito.

Hoje em dia, o saneamento do processo é uma atividade judicial que se desenvolve, durante todo o seu trâmite, de forma permanente, não se limitando a um único e solene ato, como o dispositivo legal insinua, segundo o que foi, pertinentemente, anotado pelo douto Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Melo, conforme menciona Napoleão Maia Filho.⁸⁶

O ato do saneamento processual, de certa forma, sempre esteve presente no sistema processual, como uma espécie de prática dos atos preparatórios para o julgamento.

Napoleão Maia Filho,⁸⁷ citando o eminente jurista Pontes de Miranda, ensina que para que o Juiz decida sobre o pedido de provas que se pretende produzir, tem-se de narrar, minuciosamente, as questões, para que o Juiz vai apreciá-las tenha todas as informações pertinentes ao processo, a fim de que seja capaz de agir e de produzir um efeito.

O saneamento ocorre como tarefa secundária do Juiz, na audiência preliminar, ou seja, quando o empenho de conciliação não logrou êxito, ocasião em que há necessidade de

⁸⁶ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

⁸⁷ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

prosseguimento da demanda, porque não é defeso, desde logo, julgar mérito da questão, como ensina o processualista José Carlos Barbosa Moreira.⁸⁸

Na realidade, não havendo conciliação, na audiência preliminar, ou para esse fim, se o Juiz estiver convicto da extinção imediata do processo, ou que será inútil seguir adiante, sendo injustificável prosseguir com a demanda, diante da ausência de quaisquer dos seus elementos essenciais, declarará a extinção do processo, com ou sem apreciação do seu mérito, conforme artigos 267, I a XI e 269, II a V, do Código de Processo Civil ou, então, o julgará, antecipadamente, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

Além disso, somente quando não ocorrerem alguma dessas situações, é que se promoverá o ato de saneamento à luz do artigo 331, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. O saneamento do processo não se reserva a esse momento específico do processo, mas se desenvolve de forma difusa, como anota o Professor Joel Dias Figueira Júnior.⁸⁹

O saneamento do processo realizado pelo Juiz, nessas audiências, abrange os seguintes aspectos: a fixação dos pontos controvertidos; a decisão das questões processuais pendentes; a determinação das provas a serem produzidas e a designação de audiência de instrução e julgamento, se esse ato ulterior for necessário.

Napoleão Maia Filho⁹⁰ entende que seria razoável que a primeira tarefa dessa fase da audiência preliminar fosse à da decisão das questões formais pendentes, passando-se, após, à da fixação dos pontos controversos, mas é comum que se observe a *sequência* em que tais atividades estão enunciadas no referido art. 331 do Código de Processo Civil.

É importante consignar, todavia, que o saneamento do processo, à luz da lição atual, não ocorre num momento específico, mas no decorrer do processo, a partir do recebimento da inicial até a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: Temas de Direito Processual: Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97

⁸⁹ FIGUEIRA, Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. tomo II. Do Processo de Conhecimento: Arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 479

⁹⁰ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

Joel Dias Figueira Júnior⁹¹ procura divulgar o entendimento de que o Código de Processo Civil admitiu o sistema do controle difuso de saneamento, conferindo ao Juiz, durante todo o processo, os poderes de conduzir, de forma salutar, o efetivo exercício válido da ação e da regularidade processual.

Não obstante, o Código de Processo Civil estabelece uma sequência para a livre convicção do Juiz. Assim, nessa audiência, somente serão apreciadas as questões que não tenham sido apreciadas antes. Conforme Cândido Dinamarco,⁹² somente se decidirão questões que, eventualmente, ainda existam sem decisão e sem preclusões.

Humberto Theodoro Júnior⁹³ assevera que a sistemática processual civil se funda na ideia de que a atividade de saneamento ocorrerá, desde o recebimento da inicial, nas próprias providências preliminares; na teoria, dificilmente haveria alguma pendência por ocasião da audiência.

Assim, ainda que “as questões processuais” estejam solucionadas por ocasião da audiência, a mesma constitui o momento procedimental, ou seja, nas palavras de Joel Dias Figueiredo Júnior,⁹⁴ o último afastamento do processo. Isto é, a audiência preliminar, ou de conciliação, constitui o *ponto culminante* da atividade saneadora do Juiz.

Não obtida conciliação, o Juiz terá de decidir as questões processuais ainda pendentes, ou seja, aquelas que ainda não tenham sido apreciadas anteriormente.

⁹¹ FIGUEIRA, Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. tomo II. Do Processo de Conhecimento: Arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 479

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 132.

⁹³ THEODORO Júnior, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 148.

⁹⁴ FIGUEIRA, Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. tomo II. Do Processo de Conhecimento: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 479

Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹⁵ enumera as consequências que podem ser advindas dessa questão. Se as questões constituírem óbices inarredáveis ao julgamento do pedido, nada restará ao Juiz, senão extinguir o processo sem julgamento do mérito. Se forem por vícios sanáveis, ele determinará as providências para regularização. Por exemplo, se reconhecer a incompetência absoluta, determinará a remessa dos autos ao juízo competente. Se verificar a existência de vício, na representação processual das partes, concederá prazo de até trinta dias para correção.

Por fim, se verificar que não há nenhum vício, considerará saneado o processo e determinará o seu prosseguimento, fixando os pontos controvertidos, além de determinar as provas indispensáveis para apuração dos fatos controversos. Ao fixar os pontos controvertidos, o Juiz determinará aquilo que será objeto da prova. Além disso, decidirá sobre as que devem ser produzidas e o ônus para tanto.

O Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹⁶ ressalta, ainda, que há grande controvérsia a respeito da natureza do ônus da prova e do momento em que o Juiz deve decidir sobre eventual inversão. O princípio do contraditório recomenda que, nessa fase de saneamento, ele ao menos indique as partes a quem caberá esse ônus, e decida sobre a responsabilidade, com antecipação, das despesas com a produção de provas, em especial, a pericial.

Se determinar a realização de perícia, nomeará, desde logo, o perito e fixará o prazo para entrega do laudo, saindo às partes intimadas para apresentação dos quesitos e indicação de assistentes técnicos. Se decidir pela audiência de instrução e julgamento, deverá marcar, desde logo, a data e marcará o prazo, para que o rol de testemunhas seja apresentado ao cartório.

Em regra, quando há determinação de perícia, o Juiz não designa, desde logo, a audiência de instrução e julgamento, porque não tem como prever quanto tempo durará a produção de prova técnica. Embora fixe prazo para entrega do laudo, pode sugerir a

⁹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento (1ª parte) 9ª ed. – São Paulo: Saraiva 2012 - pag.406.

⁹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento (1ª parte) 9ª ed. – São Paulo: Saraiva 2012 - pag.406.

necessidade de que o perito preste esclarecimentos ou responda a quesitos suplementares, o que retardará o término da prática.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹⁷ também ressalta que as partes sairão intimadas das decisões proferidas pelo Juiz na audiência. Todas essas atividades, de regularização e decisão de questões processuais pendentes, bem como de decisão sobre provas e pontos controvertidos, compõem o saneamento do processo. Delas, caberá interposição de agravo.

Pelo exposto, verificamos que é, na fase de saneamento do processo, que se decidem as questões processuais pendentes e a mesma ocorre, quando não houver conciliação, prosseguindo com a demanda. Não há um momento processual específico para ocorrer o saneamento do processo.

Se as questões a serem saneadas, no processo, possuírem vícios insanáveis, ou seja ensejando a nulidade absoluta, e ocorre quando a norma descumprida tiver por base interesse público, por exemplo, as regras de competência absoluta que podem ser declaradas de ofício pelo Juízo, o Juiz deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito. Se forem vícios sanáveis, ou seja, ensejando a nulidade relativa, que ocorre se a norma descumprida tiver por base interesse da parte e não interesse público, por exemplo, se a parte não estiver devidamente representada o juiz pode conceder prazo para sanear o ato ou a repetição ou ratificação de ato já praticado para que cumpra sua finalidade, o Juiz determinará sua regularização e, se verificar que não há nenhum vício, o processo estará saneado.

5.3. A FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

No sistema processual, entendem-se como pontos controvertidos aqueles sobre os quais se instituiu o conflito entre as partes, serão considerados como controversos *os fatos* que auxiliam como suporte às razões das partes, ainda que as questões de direito também sejam pontos de conflito.

⁹⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento (1ª parte) 9ª ed. – São Paulo: Saraiva 2012 - pag.406.

Contudo, os conflitos que envolvem matéria essencialmente de direito são solucionados sem que haja a necessidade de audiência, eis que cabem a eles o julgamento antecipado nos moldes do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, não cabe nem mesmo a tentativa de conciliação, mas pode ser que não seja o método mais recomendável, pois, também, pretende-se a conciliação, como nos demais processos.

De acordo com a Lei nº 10.444/02, que deu nova redação ao art. 331 do Código de Processo Civil, o momento adequado para fixação dos pontos controvertidos é a audiência preliminar. No entanto, a redação do § 3º do referido artigo, sugere que o juiz possa deixar de designar a audiência preliminar, quando o direito posto em causa não admitir transação, saneando o feito em cartório e designando a audiência de instrução e julgamento. Assim, nada obsta que o MM. Juízo a quo, após a especificação de provas, fixe os pontos controvertidos e, nesse sentido, tem-se grande parte da jurisprudência.⁹⁸

Parte da doutrina entende que o momento adequado para a fixação dos pontos controvertidos é na audiência preliminar, não podendo se repetir no decorrer do processo, eis que alcançada pelo instituto da preclusão, como ensina o Professor Luiz Guilherme Marinoni, citado por Napoleão Nunes Maia Filho,⁹⁹ registrando que, se não fosse dessa forma, não adiantaria de nada, determinar um momento, no processo, para a fixação dos pontos controvertidos.

Tal assertiva não é inteiramente aceitável pela doutrina, se for considerada apenas em sentido puramente lógico, pois há de se considerar a posição sistêmica desse momento processual. Para essa corrente doutrinária, a elucidação do fato controverso não pode ser atingida pela preclusão, como pena de ferir a busca da verdade real, pois o Juiz pode deliberar de ofício a produção de provas, não se empregando os efeitos da preclusão intraprocessual em matéria de cunho probatório.

⁹⁸ JFSP. AG 82984 SP 2006.03.00.082984-5. Rel. Des. Fed. Walter do Amaral. Julgamento: 25/06/2007

⁹⁹ FILHO, Napoleão Nunes Maia. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*, RT, 2001.

O artigo 451 do Código de Processo Civil, que disciplina a audiência de instrução e julgamento, novamente menciona à fixação dos pontos controvertidos, em que pese a alguns mestres processualistas o entendimento de que esse dispositivo estaria revogado pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 331, do Código de Processo Civil, impondo o momento de fixação dos pontos, e sobre eles recaindo o instituto da preclusão.

Ao se observar esse ponto, verifica-se que essa tem sido a posição doutrinária dominante no sistema processual pátrio, conforme ensina Napoleão Nunes Maia Filho.¹⁰⁰ Essa vem sendo a regra de julgamento, como feito na decisão do TJSP,¹⁰¹ que tem entendido que com a nova redação dada ao artigo 331 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/94, o artigo 451 do mesmo Código, que determinava ao Juiz que, no início da audiência de instrução e julgamento, ouvidas as partes, fixasse os pontos controvertidos sobre os quais versará a prova, foi implicitamente revogado.

Sob esse prisma, ensina o eminente Professor Nélson Nery Júnior,¹⁰² ao considerar que existe uma oposição entre os artigos 331 e 451 do Código de Processo Civil, ensinando que esse último não se compatibiliza com o sistema da audiência preliminar.

Não se pode desconsiderar a relevância jurídica dessa corrente, contudo, será aconselhável, para o saneamento do processo, que se possa citar a fixação posterior de pontos controvertidos, mesmo depois de realizada audiência, ou seja, na própria audiência de instrução e julgamento, evitando-se, com isso, a alegação de cerceamento de defesa, quando se tratar de questão envolvendo a produção de provas.

É importante frisar que a fixação dos pontos controvertidos não se realiza por meio de ato único e isolado do Juiz, mas sim mediante diálogo aberto com as partes e seus advogados, sendo essa, a função da audiência preliminar e de conciliação.

¹⁰⁰ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

¹⁰¹ TJSP. AC 3722327 PR 0372232-7. Rel. Des Ronald Schulman. Julgamento: 16/11/2006

¹⁰² NERY Júnior, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil: A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995. 2ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 107.

Cândido Rangel Dinamarco,¹⁰³ ilustra que a fixação dos pontos controvertidos tem como propósito a efetiva organização e utilização dos atos probatórios na ação. Esse panorama personifica a figura do Juiz de uma maneira ativa e solidária com as partes. Através do diálogo com as partes e seus procuradores, o Juiz organizará sobre o que provar e quais os meios adequados.

Os pontos controvertidos são os fatos questionáveis pelas partes no processo. Todo fato impugnado, no processo, é um fato controvertido. Ou seja, são *questões* processuais que estabelecem exatamente o objeto da prova, conforme ensina o professor Cândido Rangel Dinamarco.¹⁰⁴

Por outro lado, Leonardo Santana de Abreu¹⁰⁵ ensina que compete ao Juiz fixar os pontos controvertidos, sobre os quais deva recair a prova, exceto os incontrovertidos, irrelevantes, ou os relativos a fatos já provados ou notórios. Se o Juiz deixar de fixar algum ponto, algo contrário à vontade da parte, surge, então, seu interesse em recorrer através da interposição de agravo. A ausência da fixação se presume que a prova é ampla e abrange todos os pontos passíveis de serem comprovados.

O artigo 451 do Código de Processo Civil também determina que o Juiz fixe os pontos controvertidos, sobre que incidirá a prova. O juiz, logo depois da fase postulatória, na fase de saneamento, fixará os pontos. Aqui, ele fixará os pontos controvertidos que permanecem como tal, pois aqueles fixados antes podem já ter sido resolvidos por prova pericial.

É somente a partir dos pontos controvertidos que o juiz poderá indeferir perguntas impertinentes formuladas pelos advogados. O juiz deverá ouvir as partes no momento dessa fixação. No saneamento, indica-se que os pontos controvertidos eram esses,

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 133.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 133.

¹⁰⁵ ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Disponível em: <<http://texpro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5555-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar>> Acesso em: 12 Dez 2012

mas a prova pericial já os esclareceu. Uma vez fixados os pontos, a instrução deverá se limitar a eles.

No entanto, Joel Dias Figueira Júnior¹⁰⁶ entende que a fixação, na audiência preliminar, tem o objetivo de delimitar o campo de incidência das provas que serão produzidas, isso é basilar para que Juiz defira, ou não, o requerimento das partes, ao passo que a fixação dos pontos controvertidos, na própria instrução, tem apenas a finalidade de determinar quais os fatos (a prova oral) irão refletir, norteando os atos probatórios da própria audiência.

De acordo com a lição de Cândido Dinamarco,¹⁰⁷ essa medida serve para que, antes de acontecer à instrução probatória, as partes tenham o conhecimento do que provar. Mas, via de regra, a organização probatória é feita, logo no início, e vale para toda a instrução.

Todavia, não é fácil identificar, num primeiro momento, o que será ou não objeto de prova, tendo em vista a complexidade de muitos casos. Dessa forma, quando o Juiz fixar os pontos controvertidos, logo definirá a sua posição quanto a tais aspectos do conflito.

O ex-ministro Athos Gusmão Carneiro¹⁰⁸ ensina que não se pode esquecer que não existe discricionariedade do Juiz na fixação dos pontos controvertidos. É necessário que se passe pelo crivo do exame objetivo das colocações das partes no processo

O ex-ministro¹⁰⁹ também ensina que essa atividade é um auxílio entre as partes e o Juiz, motivo pelo qual a falta de fixação dos pontos controvertidos, não gera nulidade, quando não gerar prejuízo. No entanto, essa providência é altamente recomendável e expressamente determinada pela lei processual.

¹⁰⁶ FIGUEIRA, Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4, tomo II. Do Processo de Conhecimento: Arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 479

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 137.

¹⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

¹⁰⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 69.

Também estabelece um ambiente de diálogo, com a participação de todos. Segundo Humberto Theodor Júnior,¹¹⁰ essa fase do saneamento oral, as partes, através de seus advogados, têm ampla participação, demonstrando as questões que se incluem nos pontos controvertidos, requerendo a exclusão de outras que não lhe sejam oportunas. Ao decidir tais postulações, o Juiz, seja na própria audiência ou fora dela, profere decisão interlocutória, cabendo agravo retido ou de instrumento.

Assim, podemos concluir que os pontos controvertidos são aqueles que geram conflitos no processo. A doutrina diverge quanto ao momento da fixação dos pontos controvertidos. Há quem entenda que deve ser somente na audiência preliminar ou de conciliação, outra corrente defende a ideia de que isso pode se verificar no decorrer do processo. E essa é a corrente mais aconselhável, podendo ocorrer na própria audiência de instrução e julgamento.

5.4. A DETERMINAÇÃO DAS PROVAS A PRODUZIR

Em meio ao diálogo com as partes, ato à fixação dos pontos controvertidos, o Juiz deverá determinar as provas a serem produzidas. Segundo ensina Cândido Dinamarco,¹¹¹ a demarcação dos pontos controvertidos é ato preparatório para se limitar os meios de prova a serem produzidas. O conjunto desses atos forma a organização da instrução, que é um dos objetivos da audiência preliminar.

Leonardo Santana de Abreu¹¹² preleciona, por sua vez, que a exatidão na fixação dos pontos controvertidos, auxilia na opção das provas que serão geradas. A determinação dos meios de prova que serão realizados, durante a instrução, terá que

¹¹⁰ THEODORO Júnior, Humberto. O processo civil brasileiro no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 148.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 137.

¹¹² ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Disponível em: <<http://texpro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5555-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar>> Acesso em: 12 Dez 2012

considerar os requerimentos das partes, que se realizarão na própria audiência, ou por iniciativa *ex officio* do Juiz, buscando a verdade real e a formação de seu livre convencimento motivado.

De acordo com Chiovenda,¹¹³ o objeto de prova são os fatos desconhecidos, pois os fatos que não se possam negar, não necessitam ser provados.

A atividade probatória é exclusiva aos fatos que são considerados controvertidos no processo, exceto aqueles os quais há anuência das partes, seja de forma expressa, como nos casos de confissão, seja de forma tácita, como nos casos de admissão ou, os que são tidos como certos, como nos casos de revelia de presunção de veracidade.

Napoleão Nunes Maia Filho,¹¹⁴ aduz que para o professor Calmon de Passos existe coincidência nos conceitos de “fatos controvertidos” e “fatos impugnados”, na medida em que fato impugnado é fato controvertido e, ainda, se o fato não foi impugnado, em princípio, é admitido como fato verdadeiro, salvo se o conjunto probatório dos autos demonstrarem o contrário.

Também incumbe ao Juiz, o poder e o dever de dispensar a sua prova, quando já houver, nos autos, elementos suficientes para seu livre convencimento, como no caso do art. 427 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei 8.455/92, por exemplo.

Para os nosso Tribunais,¹¹⁵ o princípio do livre convencimento motivado permite ao Magistrado dispensar a produção de provas que considere protelatórias ou desnecessárias à elucidação dos fatos, se há nos autos elementos probatórios suficientes para fundamentar a decisão judicial.

¹¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94.

¹¹⁴ FILHO, Napoleão Nunes Maia. *Apud* CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao CPC*, vol. 3, Forense, 8ª ed., 1998.

¹¹⁵ STJ. HC 147.397/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 26/04/2011, DJe 04/05/2011.

Na sistemática processual em vigor o magistrado incorpora a qualidade de destinatário da prova, e somente a ele cabe aferir a necessidade ou oportunidade da construção probatória, para fincar seu livre convencimento.¹¹⁶

O que se verifica na condução do processo é um esforço constante do Juiz para evitar a dilação probatória desnecessária, somente se realizando quando for estritamente necessária, em razão do longo espaço de tempo e dos recursos materiais que necessitam.

Para Napoleão Nunes Maia Filho,¹¹⁷ não serão objeto de investigação os fatos que não precisam ser provados, por exemplo, os alegados na inicial, mas não contestados, os que não foram impugnados pelo réu, os fatos confessados ou admitidos como incontroversos, os fatos notórios e os fatos norteados da presunção de veracidade.

A decisão do Juiz, nesse momento da audiência preliminar, possui duas características, quanto à definição das provas que serão produzidas na audiência de instrução e julgamento: será ato jurídico de mero expediente, não cabendo recurso algum, a decisão que defere as provas que as partes protestaram ou será decisão interlocutória a decisão que denega as provas que se pretendem produzir, contra ela, sendo passível de interpor recurso de agravo, pois terá ocorrido cerceamento da defesa da parte.

Nesse momento processual, o Juiz faz um exame provisório da dificuldade tática da demanda, no que tange às provas que seriam produzidas, possibilitando que, em momento posterior, que essa sua avaliação seja modificada, seja para aumentar o campo da investigação, seja para reduzir as provas que foram, inicialmente, requeridas pelas partes e admitidas pelo Juiz.

Napoleão Nunes Maia Filho¹¹⁸ também assevera que o Juiz, na condução do processo, detém o poder e o dever de ordenar a realização de quaisquer provas, conforme

¹¹⁶ STJ. AI 24920060662 ES 024920060662, Rel. Pedro Valls Feu Rosa. Julgamento 15/08/1995, DJe 05/09/1995.

¹¹⁷ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

¹¹⁸ FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.

artigo 130 do Código de Processo Civil, ainda que as partes não tenham protestado por elas ou as tenham recusado, pois a formação do convencimento do Juiz não fica adstrita às iniciativas probatórias das partes.

Após essa fase processual, as partes não poderão mais protestar pela produção de provas ou especificar as que pretendem produzir, pois terá ocorrido o ‘fenômeno da preclusão’, disposto no artigo 183 do CPC. Ressalta-se, por oportuno, que a preclusão não retira a faculdade de o Juiz de ofício determinar a produção das provas que entender necessárias, pois lhe cabe buscar a verdade dos fatos.

Em resumo, só poderá ser objeto de prova os fatos relevantes ao julgamento do processo. Exceto as hipóteses previstas no artigo 334 do Código de Processo Civil, que enumera as hipóteses de fatos que não dependem de prova, tais como os notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos, no processo, como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Assim, depois de fixados os pontos controvertidos, o Juiz se pronunciará diante dos fatos que geraram conflitos, qual será a prova, testemunhal, pericial, documental. O magistrado reunirá condições para deferir as provas uteis e indeferir as incabíveis.

Deferida a produção de provas orais, será necessária a designação da audiência de instrução e julgamento. Caso a prova deferida seja apenas pericial ou documental, não haverá em princípio, necessidade de designar-se audiência de instrução e julgamento, salvo para eventuais esclarecimentos do perito ou tomada de depoimento pessoal as partes.

Portanto, a audiência de instrução e julgamento somente será designada se, uma vez resolvidas as questões processuais pendentes e fixados os pontos controvertidos, decidir-se pela necessidade de produção de prova oral, que abrange a oitiva de testemunhas, do perito e/ou assistentes técnicos, bem como o depoimento pessoal das partes. Não havendo necessidade, não será designada.

6. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS, CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, FUNÇÃO, CONTEÚDO, FINALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Na lição de Ovídio Batista da Silva,¹¹⁹ a audiência de instrução e julgamento é ato processual, no qual o Juiz ouve pessoalmente as partes ou seus advogados, atende às requisições das partes e profere suas decisões.

Para a doutrina moderna, a audiência de instrução e julgamento é o ato processual mais importante do processo, pois, além de abrir possibilidades de um contato direto entre o Juiz, as partes e seus advogados. Permite a produção de provas orais, a fim de solucionar o processo.

O Professor Cândido Rangel Dinamarco¹²⁰ ensina que a audiência de instrução e julgamento é sessão pública dos juízes monocráticos, da qual participam o Juiz, as partes, advogados, auxiliares da Justiça, testemunhas, peritos e intérpretes, com a finalidade de praticar a conciliação das partes, produzir a prova oral, discutir a ação e proferir sentença.

A audiência de instrução e julgamento é integrada por uma série de atos, sendo ela própria um ato processual complexo. Objetiva a colheita da prova oral, das partes e das testemunhas, necessárias aos esclarecimentos dos aspectos controvertidos do processo, oferecendo ao Juiz, elementos fáticos de fundamental importância no deslinde do feito.

¹¹⁹ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 5ed. rev. e atual. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2000, p. 395

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direit USP/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

As considerações escritas já se encontram encartadas aos autos, quase em sua totalidade, sendo necessário, portanto, um maior contato do magistrado com os assuntos fáticos, apenas possíveis por ocasião da audiência de instrução e julgamento, na qual, como já mencionamos, a oralidade é especialmente valorizada.

Podemos, então, dizer que a audiência de instrução e julgamento é o ato culminante da fase instrutória. É nesse ato processual que, fracassada a tentativa de conciliação, realizam-se as provas orais, oportunamente solicitadas pelas partes ou determinadas pelo Juiz, permitindo o debate oral da causa e conduzindo ao proferimento da sentença.

Na audiência de instrução e julgamento, são praticadas diversas atividades jurisdicionais, com a uma única finalidade de convencer ao Juiz no que se refere ao julgamento da ação. O professor Cassio Scarpinella Bueno¹²¹ explica que, por essa razão, a audiência de instrução e julgamento merece que se verifique, de forma clara, a aplicação do princípio da oralidade, da imediação, da concentração, da identidade física do Juiz, todos os aspectos pertinentes ao ato que já foram discutidos neste trabalho.

Essa audiência submete-se, dentre outros, ao princípio da ampla defesa, do contraditório e da igualdade processual, no que se refere à oitiva, a contradita de testemunhas, a possibilidade de manifestarem e os depoimentos pessoais etc.

Para Misael Montenegro Filho,¹²² eventual infração a esses princípios pode gerar a nulidade do processo, pois se trata de infração a preceitos constitucionais. Portanto, resulta na nulidade não apenas da audiência, como também de todos os atos processuais subsequentes, inclusive a sentença, em homenagem à ‘teoria do fruto da árvore envenenada’.

¹²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

¹²² MONTENEGRO Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

A ausência da audiência de instrução e julgamento gera a nulidade do processo, pois possivelmente haverá cerceamento de defesa, nesse sentido, tem-se a maior parte da jurisprudência brasileira.¹²³

A realização da audiência de instrução e julgamento, contudo, não é obrigatória. Só deverá ser designada se houver necessidade de produção prova oral. O ilustre Professor Cassio Scarpinella Bueno¹²⁴ ressalta que mesmo que o caso não comporte o julgamento antecipado da lide, como nos casos de prova pericial, nem por isso tal audiência irá se realizar.

Segundo a lição do professor Marcos Vinicius Rios Gonçalves,¹²⁵ quando há necessidade de produção de prova oral, o Juiz designa a audiência de instrução e julgamento, na qual, novamente, tentará a conciliação, promoverá a colheita da prova oral, dará a palavra às partes para que apresentem suas alegações finais e, se tiver condições, proferirá o julgamento.

Novamente mencionamos o Professor Cassio Scarpinella Bueno,¹²⁶ para quem a audiência de instrução e julgamento pressupõe a necessidade de prova oral, e que esse instituto será levado a efeito quando for necessário o levantamento de provas daquela espécie.

Cabe salientar, ainda, conforme é de entendimento do meio jurídico, que a referida audiência será designada pelo Juiz, nem que seja para que os peritos ou assistentes técnicos esclareçam algum ponto de suas conclusões técnicas. Caso contrário, apresentados o laudo pericial e os pareceres técnicos, o Juiz proferirá a sentença.

Para o Professor Cândido Rangel Dinamarco, a denominação “audiência de instrução e julgamento” é clássica no sistema processual civil brasileiro, ainda que, nessa a

¹²³ TJRN. AC 42538 RN 2008.004253-8. Rel. Des. Aderson Silvino. Julgamento: 22/07/2008

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

¹²⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva

¹²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

audiência, também se pratiquem atos conciliatórios. No Código de Processo Civil é denominada apenas “audiência”, sem qualquer outra especificação, pois era a única audiência do rito ordinário. Após a reforma processual, o rito ordinário passou a compreender uma outra audiência, denominada “audiência preliminar”, disposta no artigo 331 do Código de Processo Civil.

Os auxiliares da Justiça que participam dela são, necessariamente, o oficial de justiça encarregado de apregoar as partes, os advogados, testemunhas etc., assim como o escrivão ou seu preposto e o escrevente, que responde pela documentação da audiência. Além desses, eventualmente, participam outros auxiliares da Justiça, como o perito e o intérprete se forem o caso.

Os advogados do autor e do réu participam das atividades postulatórias inerentes ao exercício da sua profissão, fazendo requerimentos, formulando perguntas, inferindo alegações e vistoriando os trabalhos do Juiz, do advogado da parte contrária e dos auxiliares da justiça.

Citando, novamente, as lições do Mestre Cândido Rangel Dinamarco,¹²⁷ a principal função das partes, na audiência, é a tentativa de conciliação e, possivelmente, para prestar depoimento pessoal, se houver sido requerido pela parte contrária ou determinado pelo Juiz.

Tais atos são de natureza pessoal, logo, as próprias partes realizam, no entanto, não possuem capacidade postulatória, posto que são profissionais habilitados. A parte tem o direito de se fazer presente à audiência e liberdade para se comunicar com seu advogado para o bom andamento dos trabalhos.

A tentativa de conciliação, prevista no artigo 447 do Código de Processo Civil, é a segunda audiência exigida no Código de Processo Civil em relação ao rito ordinário. A primeira audiência é a preliminar, disciplinada no artigo 331 do Código de Processo Civil.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

Em qualquer das audiências, é dever do Juiz conversar com as partes, como forma de apontar os riscos de insucesso e os benefícios da imediata solução do litígio, no interesse do Poder Judiciário e das próprias partes. Em momento algum, a tentativa de conciliação realizada, na audiência preliminar ou na de conciliação, tem o efeito de suprimir a exigência da tentativa de conciliação na audiência de instrução e julgamento.

O reconhecimento de outros meios de solução de litígios está cada vez mais definido nas renovações trazidas pelo Processo Civil. Hoje em dia, a tentativa de conciliação está relacionada entre os deveres fundamentais do Juiz, insculpido no artigo 125, inciso IV do Código de Processo Civil.

Não realizar esse ato, na audiência de instrução e julgamento, seria dar de ombros à modernização e descumprir os artigos 447 e seguintes do Código de Processo Civil, que em momento algum foram revogados. Por seu turno, Marcus Vinicius Gonçalves Rios¹²⁸ também entende que os atos praticados, na audiência de instrução e julgamento, não se resumem apenas à colheita de provas e sentença.

Entende-se, ainda, que a tentativa de conciliação, que já havia sido feita na audiência anterior, deve ser renovada no início desta audiência também. Assim, são intimados os procuradores das partes e as testemunhas. As partes não são pessoalmente intimadas, a menos que o seu advogado não tenha poderes para transigir, ou tenha havido requerimento do adversário, para depoimento pessoal, sob pena de confissão.

A parte, propriamente, só participa dessa audiência no momento em que há tentativa de conciliação e quando presta depoimento pessoal. Eis a razão pela qual, se o advogado tiver poderes para transigir, e se não tiver havido requerimento para que ela depônha, a sua presença não é necessária, e ela será pessoalmente intimada.

No entanto, é direito da parte assistir à audiência, podendo fornecer informações e orientar seu patrono. A prova oral é produzida em audiência, por destinação

¹²⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

institucional, é o palco da oralidade, conforme ensina o mestre Liebman¹²⁹. Funda-se no depoimento pessoal das partes, inquirição de testemunhas e, quando necessário, esclarecimentos dos peritos.

A fase de instrução pode se iniciar em período anterior, nos casos de perícia ou inspeção judicial, ou pode resumir-se aos fatos que ocorrerem na audiência, caso nenhum dos meios de prova anterior seja produzido.

Toda a prova oral é colhida na audiência de instrução, ressalvadas as hipóteses de quando a prova for antecipada, colhida por carta ou a testemunha estiver doente ou impossibilitadas de comparecer, conforme previsto no artigo 410 do Código de Processo Civil.

Deve-se observar que, nesse contexto, há exceções, as quais orientam que pode ser intimado, para audiência, o perito que apresentou o laudo ou assistente técnico que tenha apresentado o parecer. Isso ocorrerá, quando uma das partes desejar mais esclarecimentos, que serão formulados por escrito, os quais eles serão intimados com cinco dias de antecedência.

Após a colheita da prova oral, o Juiz dará a palavra aos advogados das partes, para que apresentem suas alegações finais. Ao fazê-lo, eles buscarão convencê-lo de que o conjunto probatório é suficiente para demonstrar o acerto de seu pleito. Por fim, o Juiz proferirá sentença, consoante ensina o Professor Marcus Vinicius Gonçalves Rios.¹³⁰

Cândido Rangel Dinamarco¹³¹ informa, ainda, que as alegações finais são as palavras dos advogados das partes, com o objetivo de provar ao Juiz os motivos de cada uma delas e, dessa forma, influenciar no cerne da questão para que o resultado final lhe seja favorável.

¹²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.

¹³⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

Para Luiz Rodrigues Wambier,¹³² uma das principais características da audiência de instrução e julgamento é a Publicidade. Assim como ato processual, que é a audiência de instrução e julgamento, submete-se ao princípio da publicidade, aliás, algo inerente a todo ato processual.

Isso significa que qualquer pessoa pode assisti-la, independente de haver interesse na causa ou não. Logo, a audiência, a de instrução e julgamento, também é, sempre que possível, um ato público, uma vez que se trata de um ato processual, próprio de uma instituição de direito público.

Salienta-se, ainda, que a audiência é pública, porque deve ser feita a portas abertas, com livre acesso de quem quiser assisti-la, a exceção dos casos de segredo de justiça, bem como nos casos que possam atrapalhar os trabalhos, conforme preconizam os artigos 444 e 155 do Código de Processo Civil. Assim, o poder de polícia, nas audiências, possibilita que o Juiz limite o número de pessoas presentes e retire os participantes que se comportem de forma inadequada etc.

A Direção pelo Juiz, também, é outra característica fundamental da Audiência de Instrução e Julgamento. Luiz Rodrigues Wambier¹³³ ensina que o Juiz é quem dirige a audiência, ordenando a sequência dos trabalhos, como forma de se obter um ambiente favorável para as partes, a fim de se atingir o foco da audiência, a própria conciliação e se fazer justiça.

Na audiência, as partes devem agir com respeito e urbanidades, desse modo, não lhe são permitidos comentários indecorosos acerca das pessoas ou fatos da causa. Deve haver um clima de respeito entre todos, para que os trabalhos ocorram numa clima coeso.

É claro, também, que é possível seccionar esse ato em várias sessões, sempre que não for possível a conclusão no mesmo dia, ou porque há número excessivo de pessoas para depor, por exemplo. O que se quer dizer com audiência una e contínua é que, embora

¹³² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006, p.

¹³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

fracionada (se o caso requerer), é considerada como única, não podendo, por exemplo, ser apresentado outro rol de testemunhas, se a audiência, uma vez iniciada, for suspensa.

Luiz Rodrigues Wambier,¹³⁴ também ensina que a identidade física do Juiz é uma característica importante da audiência de instrução e julgamento, pois é um momento especialmente interativo, entre o Juiz e as partes, testemunhas e perito.

Sendo o magistrado for o destinatário da prova, é de todo benéfico que o mesmo Juiz que colheu a prova venha a proferir a sentença. Por isso, diz-se que o Juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento irá proferir a sentença, por estar, de certa forma, vinculado ao processo.

Podemos, então, dizer que a principal finalidade de uma audiência de instrução e julgamento é a produção de prova oral, o que faz com que o Juiz decida o conflito. Por isso, a manifestação das partes, durante a audiência, é de vital importância para que o Juiz possa colher as provas necessárias, a partir da própria fala dos envolvidos no processo.

Desse expediente, podemos salientar que a prova oral é, basicamente, o depoimento pessoal das partes, depoimento de testemunha e esclarecimentos do perito e assistente técnico. A principal consequência da audiência de instrução e julgamento é o pronunciamento da sentença pelo Juiz, conforme preconiza o artigo 456 do Código de Processo Civil.

Nesse aspecto, acrescenta Marcia Pelissari¹³⁵ que, se houver conciliação, na audiência de instrução e julgamento, será esta reduzida a termo e homologada por sentença, extinguindo-se o processo, com ou sem julgamento de mérito, conforme o caso.

Em suma, a audiência de instrução e julgamento é ato complexo e de suma importância no processo civil brasileiro, posto que tem a finalidade principal de produzir a

¹³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹³⁵ PELISSARI, Marcia. Sinopse de audiência preliminar e audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://www.apexjuris.hpg.ig.com.br/resumodcont.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013.

prova oral, seja depoimento pessoal, de testemunhas e esclarecimentos de perito e assistente técnico, para que o Juiz decida a ação.

Sua principal consequência é o proferimento de sentença que será sem resolução de mérito conforme artigo 267 do Código de Processo Civil, ou seja, extingue o processo sem analisar a questão que se deseja resolver por meio do processo. Não põe fim ao processo, pois ainda caberá recurso dessa decisão. Gera coisa julgada meramente formal, também chamada de terminativa. Ou com resolução de mérito conforme artigo 269 do Código de Processo Civil, ou seja, são as que resolvem o litígio, dão uma resposta (tutela) à necessidade das partes no caso concreto, também chamada de definitiva.

6.2. ATOS PREPARATÓRIOS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Para que a audiência de instrução e julgamento tenha todo rendimento possível, são necessários alguns atos preparatórios.

O mestre Luiz Rodrigues Wambier,¹³⁶ ensina que o primeiro deles é a intimação das partes e seus advogados para a data designada.

A intimação das partes é fundamental, já que não se aplica a consequência da confissão ficta, caso não ocorra regular intimação para a parte comparecer à audiência e depor. Também é, a partir dessa intimação, que se abre oportunidade para que a parte possa requerer esclarecimento do perito e dos assistentes técnicos.

Portanto, temos que gera nulidade da ação a ausência de intimação para a audiência de instrução e julgamento.¹³⁷ A ausência de intimação pessoal do defensor para

¹³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹³⁷ TJPA. AC 200530073135 PA 2005300-73135. Rel. Constantino Augusto Guerreiro. Julgamento: 16/04/2009. Publicação: 23/04/2009

audiência de instrução, causa o desequilíbrio processual e, nesse sentido, tem-se a maior parte da nossa jurisprudência.¹³⁸

Caso haja tal requerimento, surge outro ato preparatório, que é a intimação dos especialistas, os quais não estão obrigados a comparecer à audiência e depor.

Misael Montenegro Filho¹³⁹ informa que a intimação das partes e advogados, se a audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil foi realizada, ou seja, isso pode ter ocorrido, naquele instante processual, saindo às partes e advogados devidamente cientificados do dia e da hora da designação da Audiência de Instrução.

Não sendo o caso, pelo fato de as partes ou seus advogados não terem comparecido à audiência preliminar, ou pelo fato de a audiência de instrução e julgamento ter sido designada após a audiência preliminar, a intimação dessas pessoas deverá ser providenciada pelo escrivão, nos termos do inciso II do artigo 141, do Código de Processo Civil, sendo executada através de oficial de justiça encarregado da diligência, conforme inciso I do artigo 143, do Código de Processo Civil, quando verificada a hipótese.

Vale lembrar, ainda, que o artigo 192, do Código de Processo Civil, informa que, quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento, depois de decorridas vinte e quatro horas.

Os nossos Tribunais acompanham essa regra não havendo controvérsia. As intimações, quando a lei não marcar outro prazo, somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 horas. Se a intimação ocorrer com menos de 24 horas da data da audiência, há que se reconhecer a nulidade do processo, a partir da audiência de instrução e julgamento.

140

¹³⁸ TJRS. Recurso Cível Nº 71003072238, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 25/01/2012

¹³⁹ MONTENEGRO Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁴⁰ TJRO. AC 10100120040177849 RO 101.001.2004.017784-9 Rel. Des. Kiyochi Mori Julgamento: Órgão Julgador: 4ª Vara Cível

Portanto, a teor do artigo 192 do Código de Processo Civil, as intimações, quando a lei não marcar outro prazo, somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 horas.¹⁴¹

Essa regra vale para as partes, entenda-se testemunhas e advogados. Fixando o prazo em horas, como é a hipótese, é contado minuto a minuto, de acordo com o previsto no § 4º do artigo 132 do Código Civil.

A intimação dos advogados deve ser feita por meio de publicação no órgão oficial, se o processo estiver em curso no Distrito Federal, nas capitais dos estados e dos territórios, e por qualquer outra Comarca igualmente servida pela circulação de periódicos impressos pelo órgão oficial.

Nas demais hipóteses, a intimação é realizada pessoalmente ou por meio de carta registrada, conforme incisos I e II do artigo 237 do Código de Processo Civil.

As intimações das partes podem ser realizadas pelos Correios, ou através do oficial de justiça, quando frustrada a primeira modalidade. As intimações das testemunhas devem ser realizadas pelo oficial de justiça, providenciando a devolução do mandado cumprido, admitindo-se a intimação pelo correio, se a testemunha tiver residência fixa, conforme § 3º do artigo 412 do Código de Processo Civil. Misael Montenegro Filho¹⁴² aduz, também, que o segundo ato preparatório da audiência refre-se à apresentação do rol das testemunhas pela parte interessada na produção da prova, a depender do procedimento pelo qual o processo tramita.

Compete à parte entregar o respectivo rol no prazo que o Juiz houver fixado, ao designar a audiência ou, na falta dessa fixação, no prazo de dez dias antes da audiência, conforme preconiza o artigo 407, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 10.358/2001.

¹⁴¹ Recurso Cível Nº 71000761734, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel: Mylene Maria Michel, Julgamento 14/12/2005

¹⁴² MONTENEGRO Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

Com a apresentação do rol de testemunhas, a parte deverá afirmar se as testemunhas comparecerão à sede do Juízo mediante intimação ou se serão conduzidas, voluntariamente, por quem as arrolou. Luiz Rodrigues Wambier¹⁴³ também ensina que, ao apresentar o rol, a parte pode informar que se compromete a levar a testemunha pessoalmente, independentemente de intimação.

Ressalte-se que caso a parte dispense a intimação, a ausência da testemunha não dará azo à condução coercitiva. Se a parte, ao apresentar o rol, nada disser sobre a dispensa da intimação, reputa-se que sejam as testemunhas intimadas. Compete ao escrivão providenciar as intimações das testemunhas, do perito e do assistente técnico, pois é ato que independe de despacho, conforme artigo 162 § 4º do Código de Processo Civil.

6.3. ESTRUTURA E PROCEDIMENTOS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Por ser uma sessão, a audiência de instrução e julgamento é composta por uma série de atos concatenados, cada qual com seus próprios requisitos e são realizados de forma sequencial, disciplinada pela lei.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁴⁴ assevera que ainda que seja eminentemente formal, a estrutura da audiência é passível de mudanças, dependendo do caso, pois alguns atos se realizam em toda a audiência e outros, em casos eventuais, como os esclarecimentos de peritos e assistentes, acareação de testemunhas etc. e, em outros casos, atos comuns previstos, na audiência de instrução e julgamento, não se realizam na própria audiência, como a inquirição de testemunhas residentes em outra Comarca, através de carta precatória.

¹⁴³WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006, p.

¹⁴⁴DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

Uma relação completa dos atos que integram a audiência deve incluir todos os que, em circunstâncias ordinárias, são realizados nessa sessão, com a consciência de que tais variações são possíveis.

São atos integrantes da audiência de instrução e julgamento, no sistema brasileiro de processo civil, nessa ordem, a abertura do pregão inicial pelo oficial de justiça, a tentativa de conciliação, a fixação dos pontos controvertidos, os atos de instrução, debates, decisão e julgamento.

6.3.1. ABERTURA E PREGÃO INICIAL DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Ao contrário do que poderia parecer da leitura dos artigos 447 e 448, do Código de Processo Civil, a abertura da audiência não se dá com a tentativa de conciliação, se o direito em litígio a admitir. A audiência deve, antes disso, ser aberta, formalmente, com observância do artigo 450 do Código de Processo Civil.

O artigo 450 do Código de Processo Civil disciplina acerca do assunto, dispondo que, no dia e hora designados, o Juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados, bem como ao membro do Ministério Público, pelo serventuário da Justiça que, de acordo com as normas judiciárias que tiverem essa função.

De acordo com o professor Cândido Rangel Dinamarco,¹⁴⁵ o pregão é a chamada das partes e advogados, para que adentrem a sala e tomem os seus lugares. Essa chamada deve ser feita em voz alta e clara, para evitar eventuais desatenções e configurar a ausência daquele que não atendeu ao chamado.

¹⁴⁵BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

O ilustre professor ainda faz uma importante observação acerca das testemunhas, que ainda não são apregoadas nesse momento inicial. Só o serão depois de instaurada a audiência e, quando tiver frustrada a tentativa de conciliação; então, chegará o momento de ser ouvida cada uma delas.

Para o Professor Marcus Vinicius Gonçalves Rios,¹⁴⁶ via de regra, a data da audiência de instrução e julgamento é designada, na audiência preliminar. Verificando o Juiz a necessidade de colheita de prova oral, marcará a data, ordenando as intimações necessárias.

Porém, quando há determinação para que se realize a prova pericial, o mais comum é que o Juiz não designe, desde logo, na audiência preliminar. Deve, primeiro, ser realizada a perícia e, depois de encerrada, é que o Juiz marcará a data para audiência de instrução e julgamento, devendo ser respeitado o prazo de vinte dias, que deve mediar entre a entrega do laudo e a sua realização.

No dia e hora designados, o Juiz declarará aberta a audiência e determinará que as partes e seus advogados sejam apregoados, conforme preceitua o artigo 450 do Código de Processo Civil. O pregão deverá ser feito em voz suficientemente alta, para que os presentes sejam informados de que a audiência está iniciando e apresentem-se.

Se houver, no processo, a participação do Ministério público, o promotor de justiça também deverá ser alertado. Feito o Pregão, as partes e advogados que estiverem presentes, bem como o Promotor de Justiça, ingressam no recinto da sala de audiência e tomam assento.

Reza o art. 453 , inc. II , do CPC que a audiência poderá ser adiada se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados. Por sua vez, estabelece o § 1º, daquele dispositivo que incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o fazendo, o juiz procederá à instrução, e, nesse sentido, tem-se a maior parte da jurisprudência brasileira¹⁴⁷

¹⁴⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁴⁷ TJRS. AI 70041045923 RS Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha Julgamento: 29/09/2011 Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2011

A maior parte da jurisprudência brasileira, também entende que diante da impossibilidade de o réu estar presente na audiência de conciliação, por motivo justificado, necessário que o seu advogado prove referido impedimento até a abertura da audiência, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 453, § 1º, do Código de Processo Civil.¹⁴⁸

Para o professor Cassio Scarpinella Bueno,¹⁴⁹ a primeira hipótese de adiamento, admitida por uma única vez, é por convenção das partes, quiçá porque buscam uma forma de autocomposição do litígio, sem a participação do magistrado, conforme artigo 453, I do Código de Processo Civil.

6.3.2. CONCILIAÇÃO

Da mesma forma que ocorre na audiência preliminar, a conciliação deve ser proposta e sugerida pelo Juiz na audiência de instrução e julgamento.

Com isso, resume-se o volume das lides que envolvam direitos disponíveis, ou seja, direitos patrimoniais de caráter privado, dispostos nos artigos 447, do Código de Processo Civil e artigo 1.035 do Código Civil.

De acordo com o Código de Processo Civil, entre essas causas, estão àquelas relacionadas como direito de família, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

É o caso das ações de separação judicial, em que existe a possibilidade de conciliação, para que a sociedade conjugal prossiga ou, ao menos ocorra à conversão para separação consensual, ou nas ações de investigação de paternidade, em que a conciliação é

¹⁴⁸ TJDF. APL 70267320118070008 DF 0007026-73.2011.807.0008. Rel. GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA Julgamento: 03/05/2012 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Publicação: 08/06/2012, DJ-e Pág. 111

¹⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

possível, a fim do reconhecimento desta ou para a determinação dos alimentos eventualmente pedidos etc.

Também fica patente entre as partes que, se a audiência de instrução e julgamento está sendo realizada, é porque restou infrutífera a tentativa de conciliação na audiência anterior. Todavia, pode acontecer que, transcorrido algum tempo desde a primeira audiência, as partes, agora, estejam dispostas a fazer um novo acordo que antes não a interessavam.

Por essa razão, o Juiz deve tentá-la novamente. Desnecessário lembrar que a tentativa de conciliação será dispensada, se a causa versar interesses indisponíveis, sobre os quais as partes não podem transigir.

Para os nossos tribunais é pacífico o entendimento de que não se admite transação nas causas que versam sobre direito indisponível, inexistindo, portanto, razão para que se realize audiência de conciliação.¹⁵⁰ As ações que versam sobre direitos indisponíveis, não se admitem transação, de modo que não há obrigatoriedade de realização da audiência.¹⁵¹

Para Humberto Theodoro Junior,¹⁵² a composição do litígio é o objetivo perseguido pelas partes e pelo Juiz. O fim do processo é alcançar esse objetivo. E isso pode ser feito através de ato do Juiz ou das próprias partes. Ao abrir a audiência, o Juiz promove a tentativa da conciliação entre as partes. Mesmo que a conciliação já tenha sido buscada, pois pode ser promovida a qualquer tempo no processo, posto que essa iniciativa é sempre válida.

Então, se esta for obtida, é reduzida a termo e homologada por sentença e, com isso, encerra-se a sessão. A presença das partes não é indispensável para se efetuar a

¹⁵⁰ TJMG Processo: 1471721 MG 1.0000.00.147172-1/000(1) Rel. Antônio Hélio Silva Julgamento: 11/05/1999 Publicação: 18/05/1999

¹⁵¹ TJSC. AI 139964 SC 1999.013996-4 Rel. João Martins Julgamento: 18/05/2000 Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Publicação

¹⁵² JÚNIOR, Humberto Teodoro. Curso de direito processual civil: Volume I. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

conciliação. Como afirma Humberto Theodoro Junior,¹⁵³ embora seja obrigatória a intimação das partes, não estão elas sujeitas ao dever de comparecer à audiência só para a tentativa de conciliação.

Para os nossos Tribunais, a presença das partes na audiência de conciliação não é obrigatória e enseja a intimação da parte ausente sobre todas as decisões ali proferidas, sejam interlocutórias, sejam sentenças.¹⁵⁴

Na audiência de conciliação a presença da parte não é obrigatória, pois demonstra apenas desinteresse na realização de acordo. Ademais, é faculdade do juiz proferir sentença, desde que não haja necessidade de produzir provas em audiência.¹⁵⁵

Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁶ também entende que não é exigida a presença pessoal das partes, podendo a conciliação ser feita por advogado que tenha poderes para tanto. Se a intimação não for realizada de nenhuma dessas formas, o Juiz não deverá realizar a audiência, que deverá ser adiada, para que a parte seja devidamente intimada.

A audiência de instrução e julgamento será anulada se não for feita a tentativa de conciliação, estando ausente a parte que não tenha sido intimada, todavia, essa nulidade só será válida se tiver causado prejuízo a uma das partes, consoante determina o artigo 244 do Código de Processo Civil.

Se ficar evidenciado, através da manifestação das partes, que não havia nenhuma possibilidade de acordo, não será anulada. A tentativa de conciliação poderá ser feita mesmo que não estejam presentes os advogados das partes. A transação é negócio jurídico que exige capacidade para os atos da vida civil, mas não capacidade postulatória.

¹⁵³ JÚNIOR, Humberto Teodoro. Curso de direito processual civil: Volume I. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996 p. 492.

¹⁵⁴ TJRJ. Processo: AI 112270220118190000 RJ 0011227-02.2011.8.19.0000. Rel. Des. Teresa Castro Neves Julgamento: 24/03/2011 Órgão Julgador: Sexta Camara Cível

¹⁵⁵ STJ. AgRg no REsp 1228884 PR 2010/0231261-6. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira Julgamento: 22/05/2012 Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma Publicação: DJe 25/05/2012

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

Se houver conciliação entre as partes e estiverem presentes os pressupostos de validade, ela será homologada e os acontecimentos documentados em um termo, assinado por todos. Pelo que dispõe o artigo 449, do Código de Processo Civil, o acordo homologado terá força de sentença, com efeitos próprios à sentença constitutiva, condenatória, meramente declaratória ou terminativa, conforme o caso.

Marcos Vinicius Rios Gonçalves¹⁵⁷ também compartilha da ideia de que, celebrado o acordo, será reduzido a termo e implicará a extinção do processo com a resolução do mérito. A audiência, então, encerrar-se-á.

Portanto, declarada aberta a audiência, há espaço para que o Juiz busque um consenso entre as partes com vistas à resolução do processo, nos moldes do artigo 269, III do Código de Processo Civil, hipótese expressamente prevista pelo artigo 429, do Código de Processo Civil, quando o termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo Juiz, será a própria sentença.

As demais audiências, que também buscam a conciliação das partes, em nada afeta a necessidade da prática dos atos a que se referem os artigos 447 e 448. Cabe ao Juiz, em qualquer instante procedimental, buscar a conciliação das partes e não apenas o ensejo de realização da audiência de instrução e julgamento, conforme artigo 125, IV do Código de Processo Civil.

Para o professor Cassio Scarpinella Bueno,¹⁵⁸ trata-se, em última análise, de um dispositivo que será tão mais aplicado, quanto seja o Juiz que conduz a ação com as técnicas de transação, e mais amplamente de autocomposição do litígio.

Além disso, a iniciativa mostra-se afinada às preocupações do direito processual civil da atualidade que, de certa forma, estabelecer o diálogo entre os envolvidos num processo, a fim de se promover o entendimento, antes do litígio ser levado a efeito.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

Todavia, Luiz Rdrigues Wambier¹⁵⁹ observa que há uma incorreção topográfica no artigo 450 do Código de Processo Civil, que deveria preceder o artigo 447 do Código de Processo Civil.

No entanto, não é correto dizer que o Juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e seus advogados apenas a pós a tentativa de conciliação, porque esta ocorre dentro da audiência e não antes.

Aliás, é até impossível ocorrer à proposta conciliatória sem o Pregão, que é o ato praticado pelo serventuário da Justiça, chamando as partes e seus procuradores nominalmente. Se as partes e advogados não são convocados, não se pode dar início à audiência, nem ocorrer tentativa de conciliação.

Considera-se haver, nesse caso, cerceamento de defesa. Portanto, o primeiro ato da audiência é sua abertura e Pregão, seguindo-se, imediatamente, a primeira fase que é a conciliação. A Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 331 do Código de Processo Civil, não revogou o artigo 447 do Código de Processo Civil, que prevê a proposta conciliatória como fase prévia da audiência.

Por isso e como o artigo 125, IV, do Código de Processo Civil, erigiu a dever do Juiz a tentativa conciliatória a qualquer tempo, ainda que tenha ocorrido à audiência preliminar, deve-se entender como necessária nova tentativa de composição amigável.

Há razões para esse entendimento, uma das razões, de certa forma, é que existe prazo certo para a audiência prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil, que é de até trinta dias após a fase postulatória, mas não para audiência de instrução e julgamento.

Assim, é possível que quando da realização da audiência preliminar, os ânimos ainda estejam acirrados, inviabilizando a conciliação, que é a finalidade da audiência, por isso, dá-se um prazo para que haja tempo para as partes refletirem sobre o demanda.

¹⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006, p.

Posteriormente, com o decurso do tempo entre a audiência preliminar e a audiência de instrução e julgamento, é possível que as partes tenham melhor refletido suas posições, ou mesmo tenham verificado a pouca robustez da prova que trouxeram à audiência. Observa-se que, com isso, não está a se furtar as partes a possibilidade de conciliação.

Além disso, a expressão “a qualquer tempo”, presente no artigo 125, IV, do Código de Processo Civil, só leva à conclusão de ser possível mais uma tentativa de composição dos interesses em pauta pelo Juiz. Nada obsta que, encerrada a instrução, renove o Juiz a proposta de conciliação. Por isso, o melhor entendimento é que a primeira fase da audiência de instrução e julgamento permanece integra no sistema.

Alcançada a conciliação, lavra-se o respectivo termo, que será imediatamente homologado pelo Juiz, constituído, desde logo, se for o caso, em título executivo judicial.

6.3.3.FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Frustrada a conciliação integral, segue-se para a instrução oral da causa. Antes de iniciar, o Juiz fixará os pontos controvertidos, sobre os quais incidirá a prova oral nos termos do artigo 451 do Código de Processo Civil. Já na audiência preliminar, os pontos controvertidos serão fixados, quando o Juiz organizar a prova e sanear o processo nos termos do artigo 331, § 2º do Código de Processo Civil.

Se no lapso temporal das duas audiências, alguma prova tiver sido produzida, o objeto da prova poderá ser menor, restando apenas para a prova oral, aqueles pontos que ainda não foram esclarecidos.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁶⁰ entende que o artigo 451, do Código de Processo Civil, perdeu parte da sua utilidade, porque a fixação dos pontos controvertidos já era feita na audiência preliminar ou de conciliação.

¹⁶⁰GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

Não há necessidade, pois, de que no início da audiência de instrução e julgamento o Juiz os fixe novamente. No entanto, se na audiência preliminar ou de conciliação isso não tiver sido feito, essa será a oportunidade para tanto. O Juiz ainda poderá reduzir os pontos controvertidos, desde que, entre a audiência preliminar ou de conciliação e a de instrução, novas provas, como a pericial, tenham sido produzidas, limitando as questões a serem objetos de comprovação.

Para o professor Cândido Rangel Dinamarco,¹⁶¹ o ato de fixar os pontos controvertidos é feito por mero despacho, de forma que não cabe recurso nos termos dos artigos 162, § 3º e 504 do Código de Processo Civil. A fixação dos pontos controvertidos constitui despacho de mero expediente, que não comporta recurso. Porém, o indeferimento de perguntas das partes poderá ensejar a interposição de agravo.

Caso o Juiz indefira reperguntas das partes ou das testemunhas, por não guardar relação com os pontos controvertidos fixados, o advogado poderá exigir que elas sejam constadas e, posteriormente, em sede de alegações finais ou recursal, alegará o cerceamento de seu direito à prova.

Não haverá, porém, nenhuma nulidade se o Juiz deixar de fixar os pontos controvertidos. É útil que o faça, para que as partes restrinjam suas perguntas a eles. Para a fixação, o Juiz contará com a colaboração das partes, podendo indagar delas quais os fatos que pretendem, por meio da prova oral, demonstrar.

Nossos Tribunais têm entendido que na falta de fixação expressa dos pontos controvertidos da demanda, os limites da lide estão definidos pela petição inicial e contestação que orientarão a instrução probatória do feito.¹⁶²

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

¹⁶² TJSP. AI 1771992920118260000 SP 0177199-29.2011.8.26.0000. Rel. S. Oscar Feltrin Julgamento: 24/08/2011 Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado Publicação: 30/08/2011

6.3.4. INSTRUÇÃO

Para o professor Luiz Rodrigues Wambier¹⁶³, a instrução terá lugar, quando não obtida à conciliação, será dado início a produção das provas.

As provas serão produzidas na seguinte ordem: esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos (desde que estes esclarecimentos sejam requeridos pela parte); depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu, seguindo-se os depoimentos testemunhais na mesma ordem, querem seja, primeiro as testemunhas do autor, logo após as testemunhas do réu, seguindo-se os terceiros intervenientes, se houver e, ao final, os depoimentos testemunhais, na mesma ordem dos pessoais.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves,¹⁶⁴ em primeiro lugar, o Juiz ouvirá o perito a respeito dos esclarecimentos solicitados por escrito pelas partes, na forma do artigo parágrafo único do Código de Processo Civil, que serão prestados oralmente na audiência.

Novas perguntas, que não as formuladas antecipadamente, só serão admitidas se estritamente relacionadas com as respostas dadas por ele. Mesmo que o advogado de apenas uma das partes tenha solicitado esclarecimentos, o Juiz permitirá que o outro também formule perguntas, desde que referentes às repostas dadas pelo perito.

Primeiro, perguntará o advogado que solicitou os esclarecimentos, e depois o outro. O Promotor de Justiça, que figure no processo como fiscal da lei, perguntará depois de todos. Em síntese, o perito só estará obrigado a responder o que lhe foi perguntado por escrito, com antecedência, e outras questões que estejam relacionadas com essas respostas.

Depois que ele depuser, serão ouvidos os assistentes técnicos, primeiro os do autor e depois os do réu, desde que tenham cumpridos os mesmos requisitos do parágrafo único do artigo 435 do Código de Processo Civil. As perguntas ao perito e assistente técnico serão feitas primeiro pelo advogado da parte que o indicou e depois pelo adversário.

¹⁶³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹⁶⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

Tais esclarecimentos são tomados mediante solicitação ao perito, para que responda de forma oral às questões previamente formuladas por escrito, e das quais ele tenha tido prévio conhecimento, de até cinco dias antes da audiência, conforme artigo 435 do Código de Processo Civil.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁵ ensina que as perguntas são lidas pelo Juiz, o perito às responde e ambos os advogados podem fazer-lhe outras, por intermédio do Juiz e desde que relacionadas com as respostas dadas.

Nesse caso, repergunta, inicialmente, o advogado que formulou o pedido de esclarecimento, depois o advogado da parte adversa. Da mesma forma são prestadas esclarecimentos pelos assistentes-técnicos, de forma que as reperguntas são feitas em primeiro lugar pelo advogado da parte que indicou o assistente e, em seguida, pelo adversário.

Ato contínuo ocorre o depoimento pessoal do autor, que deve ser tomado na ausência do réu, que deve ser proibido de assistir a esse interrogatório, nos termos dos artigos 452, inciso II e 344 do Código de Processo Civil. As perguntas são feitas pelo Juiz e pelo advogado contrário, por intermédio do Juiz, não se permite que um advogado faça perguntas que sejam respondidas pelo próprio constituinte.

Depois de depor, o autor é autorizado a permanecer na sala de audiências. Em seguida, o réu fornece seu depoimento, da mesma forma. Os depoimentos do autor e do réu só serão tomados, se forem previamente requeridos pela outra parte ou por determinação do Juiz que, na própria audiência, decidirá se irá tomá-los, ainda que não tenham sido requeridos, conforme dispõe o artigo 342 do Código de Processo Civil. Após, é a vez de deporem as testemunhas arroladas pelo autor, na ordem de sua preferência. Em seguida, as arroladas pelo réu, conforme dispõe o artigo 452, III do Código de Processo Civil.

O Código dispõe da regra da incomunicabilidade entre as testemunhas, que consistem em não permitir que, antes de depor, possam presenciar os demais depoimentos ou

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

serem informadas do teor desse depoimento, conforme artigo 413 do Código de Processo Civil.

Cada testemunha responde às perguntas formuladas pelo próprio Juiz, pelo advogado que a arrolou e, final posteriormente, pelo advogado da parte contrária, nos termos do artigo 416 do Código de Processo Civil.

Após a oitiva da última de todas as testemunhas, será finalizada a instrução probatória, ocasião em que se iniciam os debates, que consistem nas alegações finais feitas oralmente pelo advogado do autor e, depois, pelo advogado do réu. Cada sustentação oral tem a duração de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, conforme dispõe o artigo 450 do Código de Processo Civil.

Dispõe, também, o § 1º do artigo 454, do Código de Processo Civil, que havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

A lei não regula expressamente, mas a divisão é feita em partes iguais, sendo que, naturalmente, se todos os litisconsortes estiverem representados pelo mesmo advogado, não haverá qualquer divisão a fazer.

.

Em terceiro lugar, estão o assistente, o *litisdenunciado* e o chamado ao processo; havendo, na relação processual, um opoente, determina o § 2º que a ele seja dado o prazo de vinte minutos e, depois, outro tanto a cada um dos opostos.

Torna-se importante ressaltar que se ambas as partes tiverem requerido o depoimento do adversário, será colhido primeiro do autor e depois do réu. Enquanto o autor presta o depoimento, o réu deve sair da sala para que não ouça o que está sendo falado. Por sua vez, Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁶⁶ também entende que, quando o réu depõe, não há necessidade de que o autor saia, pois ele já depôs, conforme regra do artigo 344 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

Também é pertinente destacar, neste trabalho, que as perguntas serão sempre dirigidas às partes pelo Juiz, podendo ser formuladas por ele mesmo ou pelo advogado da parte contrária.

Por fim, são ouvidas as testemunhas, primeiro as do autor e, depois, as do réu. Cada parte ouvirá a sua na ordem que preferir. Deve o Juiz providenciar para que elas não ouçam o depoimento umas das outras, nem tomem conhecimento do seu teor.

Por isso, é que se têm adiado, com frequência, as audiências sem ouvir nenhuma testemunha, quando apenas algumas estão presentes e outras não. Diz-se que há uma cisão da prova, e que as testemunhas ouvidas, posteriormente, poderão ter conhecimento do que disseram as demais.

Porém, é preciso considerar que, muitas vezes, não haverá como preservar sua incomunicabilidade, como, por exemplo, quando necessária à oitiva antecipada de uma testemunha ou não for possível terminar a audiência no mesmo dia, com a necessidade de prosseguimento na primeira oportunidade. A testemunha será advertida na forma do parágrafo único do artigo 415, do Código de Processo Civil, e o Juiz formulará as perguntas que lhe parecerem pertinentes.

Em seguida, poderão fazer perguntas aos advogados da parte que arrolou o do seu litisconsorte e o da parte contrária, nessa ordem. Por fim, poderá perguntar o Promotor de Justiça, desde que haja sua intervenção, como *custus legis*.

6.3.5. DEBATES

Colhidas as provas orais, inclusive com os desdobramentos que podem ocorrer “findadas a instrução”, como dispõe o artigo 454, do Código de Processo Civil, *caput*, tem início o debate da causa. O Código de Processo Civil, forte no princípio da oralidade, optou largamente pela manifestação verbal dos procuradores das partes, dos eventuais terceiros e do membro do Ministério Público.

Luiz Rodrigues Wambier¹⁶⁷, por seu turno, ensina que, no debate, não só as partes discutem e apresentam a tese jurídica que defendem, como também buscam destacar os aspectos fáticos que entendem relevantes, apontando detalhes da prova que venham em socorro de suas pretensões.

Primeiro, falará o advogado do autor, seguido do advogado do réu e, depois, terá a palavra o membro do Ministério Público, quando atua como fiscal da lei. Se sua atuação justificar-se no processo como parte, é como autor ou como réu que se manifestará, por força do que dispõe o artigo 81 do Código de Processo Civil. Cada um terá vinte minutos para suas alegações finais, prorrogáveis por mais dez, se o Juiz assim entender necessário.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁶⁸ salienta que quando houver litisconsórcio, ou participação de terceiro, o tempo será dividido entre os mesmos grupos, se não ficar convencionado de modo diverso.

No caso específico da oposição, o oponente será ouvido em primeiro lugar e, depois os opostos, cada qual com um prazo de vinte minutos nos termos do artigo 454 do Código de Processo Civil.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁶⁹ também sedimenta que se houver litisconsorte ativo, passivo ou qualquer terceiro que não o oponente, dispõe o § 1º do artigo 454, do Código de Processo Civil, que o prazo para as manifestações orais será de trinta minutos para cada um dos “grupos”, ou seja, para cada um dos polos em que se verifique a pluralidade de partes ou a intervenção de terceiro, sendo admissível que eles repartam entre si o tempo em comum acordo.

O § 2º do artigo 454 do Código de Processo Civil regula expressa e diferentemente o caso de a modalidade interventiva ser a oposição. Pela própria razão daquela

¹⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹⁶⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

intervenção, que visa à discussão da pretensão alheia sobre um mesmo bem jurídico, o “oponente”, terceiro interveniente, sustentará suas razões em primeiro lugar, seguindo-se os ‘opostos’, pelo prazo de vinte minutos cada um.

O § 3º do artigo 454, do Código de Processo Civil, contudo, traz expressa exceção ao prevalecimento da palavra oral, no debate da causa, generosamente empregada na prática, ao admitir a substituição dos debates orais pela apresentação de memoriais, quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito. Dada à importância do debate, muitas vezes, tem-se aplicado, extensivamente, a regra contida no §3º do artigo 454 do Código de Processo Civil.

Pois, esse dispositivo que autoriza a substituição do debate oral por memoriais escritos, aplica-se, fundamentalmente, quando as questões controvertidas forem de tal complexidade que demandem um estudo mais cuidadoso. Aliás, é o melhor entendimento o de que, se assim convencionarem as partes, não deve o Juiz negar a substituição.

É que os debates orais e, na sequência, a prolação da sentença também oral, favorecem as partes, na medida em que todos são intimados, evitando-se a publicação da sentença pela imprensa.

Se, todavia, as partes declinam desse favor, optando pela apresentação das alegações finais escritas, o indeferimento da substituição tem sido entendido como cerceamento do direito que as partes têm de defender suas posições.

Porém, essa praxe não é correta e ocorre em parte da doutrina, de se fixar data comum para a entrega dos memoriais. Se o debate oral ocorre com o réu ouvindo as razões do autor e só, depois se manifestava, idêntico direito tem ele de ter acesso às alegações escritas do autor antes de se manifestar.

Para o professor Luiz Rodrigues Wambier,¹⁷⁰ é evidente o prejuízo do réu, com a apresentação simultânea dos memoriais, até porque é, nessa peça, que o autor ressalta

¹⁷⁰WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

os pontos da prova que lhe são favoráveis e sustenta sua tese jurídica. Negar ao réu prévio conhecimento desses elementos representa cerceamento de defesa.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁷¹ ensina que, nesse caso, o Juiz verificará a necessidade de substituição, levando em conta a complexidade das questões e até o volume de provas que tenham sido produzidas na audiência.

Seria difícil, em algumas situações, que as partes pudessem, em apenas vinte minutos, manifestar-se sobre questões de alta complexidade ou sobre grande volume de material probatório colhido na audiência, ou antes dela.

A lei manda que o Juiz marque dia e hora para apresentação dos memoriais. Em regra, fixa o prazo dentro do qual os memoriais de ambas as partes possam ser entregues. Mas, não há qualquer empecilho em que ele determine a apresentação sucessiva dos memoriais, primeiro do autor e depois do réu.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁷² diz que como a apresentação das alegações, mediante memoriais, substituem a forma oral de apresentação em audiência, os prazos deverão ser fixados de forma sucessivas, primeiro o réu e depois o autor.

Theotônio Negrão¹⁷³ ensina que, na audiência, o réu tem o direito de ter o conhecimento prévio das alegações do autor para estar em condições de incluí-las em suas a crítica a elas.

Nos tribunais prevalece, contudo, a orientação no sentido de que são sucessivos os prazos para a retirada dos autos, mas o prazo para a entrega dos memoriais é comum, vencendo-se no mesmo dia para ambas as partes.

¹⁷¹GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁷²DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitousp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

¹⁷³NEGRÃO. Teotônio. Código de Processo Civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 463

O argumento de que o autor fica prejudicado, pois o réu poderá ter ciência prévia para sua manifestação, não convence, porque, se as alegações finais tivessem sido apresentadas, oralmente, na audiência, o réu, antes de apresentar a sua, teria ouvido a do autor.

Podem os procuradores chegar a um acordo quanto à apresentação escrita de suas alegações finais e, na falta dele, compete ao Juiz decidir por uma ou outra forma consoante as exigências do próprio caso concreto.

Na visão de Cassio Scarpinella Bueno,¹⁷⁴ outra questão relevante, não só quando analisada à luz do dispositivo em exame; mas, superiormente, quando enfrentada a luz do princípio do contraditório, é a respeito da ordem da apresentação dos memoriais.

Podem eles ser apresentados simultaneamente, como dá a entender o §3º do artigo 454, do Código de Processo Civil, ou eles devem ser apresentados sucessivamente, primeiro os do autor e, depois, do réu,

No entanto, prevalece a ordem constante do caput (Fernando, qual capítulo) do artigo 454, do Código de Processo Civil, ou seja, primeiro o autor se manifesta e, depois, o réu, que terá acesso às alegações do autor para se defender.

Se houver, contudo, pedido formulado pelo réu, em face do autor, como nos casos de reconvenção, pedido incidental declaratório ou falsidade documental, razoável o entendimento de que possa o autor manifestar-se depois das alegações finais do réu sobre aqueles pontos.

As “alegações finais” ou “memoriais”, independentemente de sua apresentação oral ou escrita, devem ser entendidas como um resumo de tudo aquilo que, na visão das partes, é mais importante para a formação da convicção do Juiz.

¹⁷⁴BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

Não só no que diz respeito aos fatos e as suas respectivas provas, mas também as questões jurídicas, com a indicação de entendimento doutrinário e jurisprudenciais que corroborem o acolhimento ou a rejeição dos pedidos de cada um dos sujeitos processuais.

6.3.6. JULGAMENTO E DECISÕES

Ao longo da audiência, poderão surgir questões que sejam objetos de decisões judiciais. Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves,¹⁷⁵ o Juiz poderá acolher, contraditar, indeferir a oitiva de testemunhas arroladas a destempo, indeferir reperguntas das partes, apreciar requerimentos por elas formulados.

Tudo aquilo que for apreciado pelo Juiz, antes da sentença, ainda que, na própria audiência, tem natureza de decisão interlocutória. Portanto, as questões levantadas, durante a audiência, devem ser resolvidas no mesmo instante, pois configuram verdadeiras decisões interlocutórias às decisões do Juiz sobre o caso.

Assim, por exemplo, o indeferimento da oitiva de determinada testemunha sobre um mesmo fato, o indeferimento de reperguntas formuladas ao perito, a parte ou a testemunha, o indeferimento da contradita de uma testemunha, a recusa em determinar a acareação de testemunha ou o indeferimento da produção de documento, que se reputa novo nos termos do artigo 397 do Código de Processo Civil, são algumas das idiossincrasias que poderão ocorrer, da parte do Juiz.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁶ ensina que, em todos esses casos, de acordo com o que dispõe o § 3º do Código De Processo Civil, a forma do recurso de agravo é retido. O recurso deve ser interposto oral e imediatamente, constando do respectivo termo as razões recursais sucintamente apresentadas pelo recorrente. Desse modo, o dispositivo trazido pela Lei nº 11.187/2005, de certo modo, admite uma série de desenvolvimentos relevantes.

¹⁷⁵GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁷⁶BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

Portanto, a tais decisões cabe à interposição do recurso de agravo retido na forma verbal, na própria audiência, consoante determina o artigo 523, § 34, do Código de Processo Civil, porém, não há que se falar em preclusão, se a parte não o fizer: se não recorrer em audiência, disporá do prazo normal para fazê-lo, sendo-lhe facultativo optar entre o agravo de instrumento e o agravo retido.

Por isso, se as partes com ele não se conformarem, terão de interpor agravo. A não interposição implicará na sua preclusão, salvo se tratar de matéria que a ela não se sujeite. Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁷⁷ destaca que não é possível impugnar decisões interlocutórias proferidas em audiência, na apelação interposta contra a sentença prolatada na mesma ocasião.

Contra aquilo que foi decidido na sentença, caberá apelação no prazo de quinze dias. Contra as decisões interlocutórias anterior, proferidas, ao longo da audiência, caberá agravo no prazo de dez dias.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁸ também ensina que o agravo não será admitido, se a sentença for proferida antes de sua interposição, seja proferida em audiência, ou após, como traz o artigo 456 do Código de Processo Civil.

Nesse caso, os fundamentos objetos do agravo contra a decisão proferida, em audiência, comportarão alegação e exame como preliminar de apelação a ser interposta contra a sentença, de acordo com o artigo 513, do Código de Processo Civil, pois, uma vez proferida esta, os vícios do processo convertem-se em fundamentos da apelação.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁷⁹ chama a atenção para o fato de que, depois de apresentada às alegações finais, o processo estará pronto para a sentença, que poderá ser

¹⁷⁷GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁷⁸DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

¹⁷⁹GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

proferida na própria audiência, se o Juiz tiver condições de fazê-lo. Se não, deverá determinar que os autos venham conclusos, para que a sentença seja prolatada no prazo de dez dias.

Se o julgamento for feito na audiência, as partes sairão intimadas, passando a fluir, desde então, prazo para recursos. Do contrário, elas deverão ser intimadas pela imprensa. Ou seja, depois de apresentadas às alegações finais, a fase de instrução processual está completa, ou seja, está pronto o conjunto de atividades que proporcionarão ao Juiz o conhecimento da causa, baseadas em provas e alegações.

A última fase da audiência de instrução e julgamento e, seu momento maior, é a fase decisória, na qual o Juiz profere a sentença. Portanto, é o momento da decisão final, em que o Juiz prola a sentença, que é ditada ao auxiliar, para registro e posterior juntada aos autos; observamos que há juízes que proferem a sentença por escrito e, após esse ato, é entregue ao cartório até dez dias depois da audiência.

No entanto, a sentença não será proferida, quando faltar algum dos pressupostos do julgamento do mérito ou não for o caso de extinguir, desde logo, o processo sem esse julgamento. O Juiz proferirá decisão interlocutória, como nos casos de anulação do processo, a partir de algum ato, ou quando determinar a inclusão de um litisconsorte necessário ou incompetência absoluta etc.

Luiz Rodrigues Wambier,¹⁸⁰ compartilha a ideia de que a sentença poderá ser proferida em audiência ou não. Se for proferida em audiência, a sentença será ditada pelo Juiz ao secretário, que a registrará no próprio termo de audiência, o que gera conhecimento imediato das partes. Todavia, caso o Juiz não se sinta em condições de proferir o julgamento, desde logo, esta será proferida em ato isolado, em momento posterior.

Para Cassio Scarpinella Bueno,¹⁸¹ a sentença poder ser proferida, desde logo, na própria audiência, quando os debates orais realizarem-se ou, em qualquer caso, no prazo de

¹⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

dez dias, de acordo com o artigo 456 do Código de Processo Civil. O prazo é daqueles que a doutrina chama de “impróprio”.

De acordo com o artigo 457, do Código de Processo Civil, o escrivão lavrará sob o ditado do Juiz, o termo de audiência, ou seja, a documentará, fazendo resumo de todas as ocorrências. Os despachos e as decisões, eventualmente proferidos, e se ela for proferida, em audiência, inclusive, quando há transação entre as partes, a própria sentença.

Ocorrendo essa hipótese, é do primeiro dia útil que se seguir a própria audiência que tem início o prazo para apresentação do recurso de apelação. O termo será assinado pelo Juiz, pelos advogados, pelas partes, eventuais terceiros, pelo membro do Ministério Público, pelo próprio escrivão e rubricadas suas folhas.

De acordo com o §1º do artigo 457, do Código de Processo Civil, o original do termo será juntado aos autos, em caderno próprio e o escrivão fará juntar cópia autenticada sua aos autos. É bastante comum que o termo já seja lavrado em duplicidade, que assinados e rubricados, passarão a documentar o ato para todos os fins.

6.4. UNIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Nos termos do artigo 455, do Código de Processo Civil, a audiência é uma e contínua. Não sendo possível concluir num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o Juiz marcará o seu prosseguimento para o dia próximo.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁸² parte da ideia de que a colheita da prova oral deve ser concentrada em um único ato, para que os atos *instrutórios* fiquem próximos entre si e não se apaguem da memória do Juiz. A concentração dos atos o aproxima das provas, atendendo às exigências do princípio da imediação.

¹⁸²GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

Por isso, quando o Juiz suspende uma audiência, porque não foi possível terminá-la, no mesmo dia, não designa uma segunda, mas uma audiência em continuação. Terá havido uma única audiência, embora fragmentada no tempo.

Não há unidade entre esta e a tentativa de conciliação, pois são atos diferentes. Há, pois duas audiências no procedimento ordinário, a preliminar e a de instrução e julgamento, sendo cada qual uma e contínua. Por força da regra da unidade, a audiência, dentro do possível, deverá ser concluída no mesmo dia em que se iniciou. Para os nossos Tribunais, a audiência de instrução e julgamento é uma e contínua. Se houver suspensão, a audiência continua em outra data, mas sempre a mesma¹⁸³

No entanto, a própria lei ressalva a possibilidade de prosseguimento para o dia próximo, quando a conclusão não for possível. Às vezes, por exemplo, o número de testemunhas é tão extenso que não é possível inquiri-las todas, no mesmo dia, caso em que o Juiz aplicará o disposto no artigo 455 do Código de Processo Civil.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁴ noticia que, no período anterior à reforma, não havia outra audiência no procedimento ordinário; atualmente, com a adoção da audiência preliminar, o artigo 455, do Código de Processo Civil, não mostra, claramente, a realidade, pois já existem duas audiências e não apenas uma.

Atualmente, pode-se afirmar que existe a unidade da audiência de instrução e julgamento. Ou seja, toda a atividade consistente na conciliação, na instrução oral, nos debates e na sentença integram, no fundo, uma única audiência e a mesma não é repartida em sessões destinadas a cada uma delas.

A continuação da audiência traduz a ideia de que, em princípio, todos os atos devem iniciar e terminar em uma única assentada, evitando, com isso, possíveis interrupções que prejudicam a concentração dos atos processuais e comprometem o bom andamento da instrução.

¹⁸³ TJRS. AC Nº 190005611, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Waldemar Luiz de Freitas Filho, Julgado em 31/05/1990

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

Uma das hipóteses de interrupção é a demora que possa impossibilitar a prática de todos os atos da audiência dentro do horário designado pela legislação, ou seja, antes das vinte horas, consoante determina o artigo 172, do Código de Processo Civil, que, nesses casos, será concluída a inquirição que estiver em andamento, sem se interrupção nos termos do artigo 172, § 1º, do Código de Processo Civil, se houver interrupção à audiência, após o término dessa inquirição, se não houver prejuízos.

Outra hipótese é a pendência de carta precatória expedida para a inquirição de testemunha, nos casos em que a audiência se interrompe, depois da realização dos atos possíveis e retorna, após ser cumprida a precatória. Ou, ainda, diante da ausência de alguma testemunha etc.

6.5. ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

O Código de Processo Civil determina que, na fase de saneamento do processo na audiência preliminar, o Juiz fixe dia e hora para realização da audiência de instrução e julgamento, conforme determina o artigo 331, § 2º do Código de Processo Civil.

Porém, há situações em que, por alguma razão, torna-se impossível realizá-la no dia marcado, impondo-se o adiamento.

6.5.1. ADIAMENTO POR CONVENÇÃO DAS PARTES

Para Cândido Rangel Dinamarca¹⁸⁵, a primeira das hipóteses de adiamento da audiência de instrução e julgamento é a convenção das partes, mas por esse fundamento a

¹⁸⁵DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

audiência só se pode ser adiada uma vez, nos termos do artigo 453, I do Código de Processo Civil.

O artigo 265, II, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de, por convenção, o próprio processo ficar suspenso, por um período de até seis meses. Em regra, ela é feita quando as partes vislumbram a possibilidade de uma composição e pretendem um prazo para efetivação de outra negociação.

Para Luiz Rodrigues Wambier,¹⁸⁶ há casos em que é interessante para as partes que o ato não se realize, na data designada, seja porque as tratativas ligadas à conciliação estejam tomando bom rumo, seja porque pretendem aprimorar as provas que têm ou, ainda, porque as partes entendem que necessitam de mais tempo para melhor ponderar suas pretensões.

Aqui, prevalece o princípio do dispositivo, autorizando o manejo do ato processual por mera conveniência. Todavia, o adiamento por esse motivo só pode ser deferido uma vez.

6.5.2. ADIAMENTO POR AUSÊNCIA

A segunda razão pelo adiamento da audiência se dá pela ausência de algum sujeito necessário, a exemplo do Juiz, o representante do Ministério Público, as testemunhas ou o perito. A ausência de alguma das partes, do advogado ou do assistente-técnico será causa de adiamento da audiência, desde que provocada por motivo justificável.

Para Marcus Vinicius Gonçalves Rios,¹⁸⁷ a causa mais frequente são motivos de saúde, relacionados à pessoa do advogado ou seus familiares. É comum, ainda, que seja solicitado adiamento, em virtude de o advogado ter de participar de outra audiência no mesmo horário. O Juiz só deferirá se esta tiver sido designada anteriormente. O indeferimento do

¹⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006,

¹⁸⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

requerimento de adiamento do ato, que se mostrar justificado pelos motivos acima, constitui cerceamento de defesa, importando no reconhecimento da nulidade¹⁸⁸

De acordo com o artigo 453, II, do Código de Processo Civil, a audiência poderá ser adiada se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas e os advogados.

Tal dispositivo traduz a ideia de distinção entre sujeitos necessários, cuja ausência gera o adiamento da audiência, e sujeitos não necessários, cuja ausência somente gera o adiamento, quando decorrer de motivo justificado e devidamente comprovado.

Para Cândido Rangel Dinamarco,¹⁸⁹ o Juiz é o primeiro dos sujeitos necessários, sem o qual a audiência não se realiza: estando ele à frente dos trabalhos e com poderes de exercer jurisdição, não se pode admitir uma audiência sem sua presença.

Também não se pode realizar a audiência sem a presença do escrivão ou seu preposto, pois são sujeitos indispensáveis para a documentação dos trabalhos. Outro sujeito indispensável à audiência, nos casos em que a lei exige sua participação, é o Ministério Público; ainda quando haja ausência do Promotor de Justiça, sem motivo justificado, será nula a audiência, nos termos dos artigos 84 e 246 do Código de Processo Civil.

Também é indispensável à figura do perito, caso sejam solicitados esclarecimentos a serem prestados em audiência, nos termos do artigo 435 do Código de Processo Civil. Se o Juiz deferiu sua intimação para comparecer, a parte terá direito a essa prova, não respondendo pela ausência do intimado; é caso de adiamento da audiência, se o perito tiver faltado com ou sem motivo justificado.

No que se refere ao assistente-técnico, como auxiliar da parte e não do Juízo, leva ao entendimento de que sua ausência não será passível de adiamento. Antes da reforma,

¹⁸⁸ TJPR. Processo: 8790609 PR 879060-9.Rel.Eduardo Fagundes.Julgamento: 01/03/2012

¹⁸⁹DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

esse ponto era controvertido na doutrina e jurisprudência; mas, agora, não há como prosseguir, dando aos assistentes técnicos tratamento tão similar ao que se dá ao perito.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁰, também, preconiza que as testemunhas são sujeitos necessários à audiência. Uma vez regularmente arroladas, a parte que as arrolou tem direito a essa prova e não responde pela ausência da testemunha.

Caso a parte venha a se ausentar da audiência, sem motivo justo e havendo sido intimada, a principal consequência poderá ser a frustração da conciliação que poderia ser tentada pelo Juiz, mas, como o advogado munido de poderes especiais é legitimado a participar da conciliação em nome da parte, a ausência desta poderá ser absolutamente indiferente para esse fim, nos termos dos artigos 447-449 do Código de Processo Civil.

Além disso, não podendo ninguém ser obrigado a negociar ou aceitar soluções conciliatórias, essa ausência não acarreta nulidade alguma ao processo. Se a parte houver sido intimada a comparecer para prestar depoimento pessoal e faltar sem motivo justo, será aplicada a chamada “pena de confesso”, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo adversário, sempre que o contrário não esteja demonstrado pela prova dos autos.

Caso haja ausência do advogado, de qualquer das partes, a audiência não deixa de ser realizada mas, se a ausência não tiver sido justificada, o Juiz poderá dispensar a produção da prova requerida pelo faltante, nos termos do artigo 453, § 2º do Código de Processo Civil.

O uso da forma verbal significa que a lei deixa a critério do Juiz a aplicação dessa penalidade, evitando decisões que se afastem de modo radical da verdade dos fatos e, por consequência, prejudiquem a parte que o advogado veio a faltar.

Para Misael Montenegro Filho,¹⁹¹ os fatos que fundamentam o pedido de adiamento de audiência devem ser provados até a abertura dos trabalhos, consoante determina

¹⁹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

o parágrafo primeiro do artigo 453 do Código de Processo Civil, ou seja, trata-se de prova de natureza documental.

Outra hipótese diz respeito à impossibilidade de comparecimento do advogado à audiência, por estar envolvido com outro compromisso profissional, ou seja, por outra audiência designada em juízo diverso, fato que pode ser provado com a juntada da certidão cartorária, afirmando haver outra audiência.

Misael Montenegro Filho¹⁹² entende que, nesse caso, verifica-se qual das duas audiências foi designada num primeiro momento, a qual se dará prioridade, preterindo-se a outra, posteriormente, designada. O fato de a audiência não ser adiada, a pedido do advogado, quando fundamentada a petição por ele apresentada, representa cerceamento do direito de defesa, invalidando o processo, a partir desse instante.

Caso o advogado não se desincumba do ônus de provar o impedimento, até a abertura dos trabalhos, deixando de se fazer presente na audiência, incide, contra a parte por ele representada, a consequência prevista no parágrafo segundo, do artigo 453, do Código de Processo Civil, ou seja, a dispensa da produção da prova requerida pelo constituinte e parte do processo.

Se a parte tiver constituído mais de um advogado, todos com iguais poderes e domicílio na Comarca, em que a audiência será realizada, a impossibilidade de comparecimento de apenas um não adiará a audiência.

Marcus Vinicius Gonçalves Rios¹⁹³ também informa que é requisito indispensável para o adiamento, que o advogado prove impedimento até a abertura da audiência, nos termos do artigo 453 §1º do Código de Processo Civil. Esse dispositivo, entretanto, não pode ter interpretação literal, pois só pode exigir que ele o faça se isso for possível.

¹⁹¹ MONTENEGRO Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁹² NEGRÃO. Teotônio. Código de Processo Civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 463

¹⁹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

Nos casos em que toma conhecimento do fato impeditivo, com antecedência, a comunicação prévia faz-se necessária. Todavia, há situações em que não é possível fazer prova do impedimento, senão a *posteriori*. É o caso do advogado que sofre um acidente a caminho do fórum ou, dirigindo-se à audiência, torna-se vítima de sequestradores.

Em casos de manifesta impossibilidade de comunicação prévia, admite-se a justificativa posterior. Como o Juiz, possivelmente, terá realizado a audiência, ela deverá ser renovada, agora, com a participação do advogado ausente.

Em decorrência disso, como ensina Athos Gusmão Carneiro¹⁹⁴, a inconveniência do Juiz, quando há ausência do advogado de qualquer das partes, em proferir sentença em audiência, com a utilização do previsto no artigo 456 do Código de Processo Civil, dará tempo à comunicação de eventual justificativa.

É que a justificativa de impedimento surgido de última hora pode ser, evidentemente, apresentada com razões de apelação e, se encontrar provados os fatos impeditivos do não comparecimento, o Tribunal anulará a sentença e a audiência, determinando sua renovação.

Se o advogado não comparece à audiência de instrução e julgamento e não apresenta a prova de seu impedimento, o Juiz procede à instrução sem sua presença.

A audiência realiza-se, normalmente, com a ressalva de que o Juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pelas partes, cujo advogado estava ausente, nos termos do artigo 453 § 2º do Código de Processo Civil.

A ausência do advogado do autor não enseja a extinção do processo, nem a do réu a revelia, mas apenas a dispensa das provas requeridas, se o Juiz entender que é o caso.

¹⁹⁴CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.

Para Marcus Vinicius Gonçalves Rios¹⁹⁵, a dispensa das provas é apenas uma faculdade atribuída por lei ao Juiz.

Se este verificar que, apesar da ausência do advogado, a oitiva de testemunhas arroladas pela parte que lhe representa ajudará a elucidar os fatos, ele o fará. Também não haverá dispensa de provas, quando o processo versar sobre direito indisponível.

A ausência da parte, em regra, não levará ao adiamento da audiência. A sua presença só é necessária na tentativa de conciliação e o depoimento pessoal. Portanto, se esse não for requerido, se o advogado tiver poderes para transigir em seu nome, a presença das partes será dispensável.

No entanto, a parte tem o direito de presenciar a audiência, na qual poderá orientar o advogado e sugerir perguntas que ele deva fazer à testemunha, ao perito ou à parte contrária. Por isso, se desejar comparecer e não puder, por justo motivo, devidamente comprovado, o Juiz adiará a audiência.

Se não houver razão justa, a audiência será realizada sem a parte, a qual será aplicada a “pena de confissão”, se tiver havido intimação para depoimento pessoal, na forma do artigo 343 §1º do Código de Processo Civil.

O não comparecimento de perito ou testemunha que estejam intimados para audiência levará ao seu adiamento, desde que as partes que requereram a sua inquirição nela insistam. A audiência seria adiada, seja motivada ou não.

A diferença é que se motivada, o ausente não arcará com a custa do adiamento, nem sofrerá condução coercitiva.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁹⁶ assevera que há necessidade de distinguir o disposto nas regras do artigo 453, II, do Código de Processo Civil, que regula o caso de o

¹⁹⁵GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012

¹⁹⁶BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007

perito, as partes, as testemunhas ou os advogados, devidamente intimados da designação da audiência, não poderem comparecer por algum motivo justificado. O §1º do dispositivo a este respeito impõe ao advogado que prove o impedimento até a abertura da audiência, sob pena de ela ser realizada sem a sua presença.

Os Tribunais de Justiça não discordam do entendimento de que o advogado anteriormente intimado para outra audiência na mesma data e Horário, sendo tal impedimento comprovado nos termos do artigo 453, inciso II e § 1º, do Código de Processo Civil, a redesignação do ato processual que não é faculdade do juiz, mas sim imposição legal.¹⁹⁷

Se a causa do impedimento foi um motivo recente, que não seja possível à comunicação ao Juízo, antes desse momento, é concebível a justificativa posterior, com a consequência de anular o ato.

Se a ausência for do advogado, prossegue o § 2º do artigo 453, o Juiz poderá dispensar a prova da parte por ele representado. Embora silente o dispositivo em exame, a ausência da parte, intimada para o depoimento pessoal, permite a aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 343, isto é, a confissão.

Se, contudo, a ausência se der por falta de intimação àquelas pessoas, a audiência não pode ser realizada, sob pena de cerceamento de defesa. A única exceção a esse entendimento verifica-se com as testemunhas. Se sua intimação foi requerida no rol apresentado, tempestivamente, a audiência não se realiza a não ser que, por qualquer razão, a parte desista de sua oitiva.

Caso, no entanto, a parte tenha se comprometido a dar ciência à testemunha da audiência, o seu não comparecimento significa, sem necessidade de qualquer outro ato, a desistência no seu testemunho, conforme artigo 412 § 1º do Código de Processo Civil.

O § 2º do artigo 453 silencia a respeito dos assistentes técnicos. O seu não comparecimento, contudo, deve ser entendido como desistência da oitiva de seus

¹⁹⁷ TJSP. AP 0200201-62.2010.8.26.0000 Apelação Rel. Rômulo Russo Comarca: São Paulo Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 07/02/2013 Data de registro: 08/02/2013

esclarecimentos. Não há, na sua ausência, qualquer óbice à realização da audiência, desde que não se façam presentes os pressupostos examinados nos parágrafos anteriores.

Quem der causa ao adiamento da audiência responde pelas custas processuais respectivas. É o que dispõe o § 3º do artigo 454, generalizando para os demais sujeitos processuais a regra que o artigo 412, caput, já enunciara para as testemunhas. Para Wambier,¹⁹⁸ a ausência injustificada não ocasiona o adiamento, pois tem consequências diversas, de acordo com o sujeito processual faltante.

Se for o advogado, a prova do impedimento, deve se dar até a abertura da audiência, sob pena de se realizar a instrução, com a dispensa das provas requeridas pela parte, cujo advogado não compareceu. Faltando todos os advogados das partes e intervenientes, poderá o Juiz promover a colheita da prova, considerando-se dispensadas as eventuais reperguntas.

Ressalta-se que, se acontecer um fato absolutamente imprevisível, em razão do qual o advogado não possa comparecer à audiência, é de se acatar a justificativa posterior, anulando-se a prova colhida sem a sua presença. Se faltar a parte intimada, sobrevirá “pena de confesso”. E se, injustificadamente, faltar uma testemunha ou o perito, desde que intimados, poderão ser coercitivamente conduzidos. De qualquer forma, com as despesas oriundas do adiantamento, arcará com as custas quem lhe deu causa.

6.5.3. DEMORA NA ENTREGA DO LAUDO

A terceira hipótese de adiamento da audiência de instrução e julgamento é o retardamento na entrega do laudo pericial, nos termos do artigo 432 do Código de Processo Civil. O Juiz deve ter fixado para a entrega do laudo um prazo que encerre ao menos vinte dias antes da audiência, nos termos do artigo 433 do Código de Processo Civil.

¹⁹⁸WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 8ª ed. 2006.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁹ aduz que pode, também, acontecer que, mesmo sendo entregue o laudo no prazo, a indispensável intimação das partes para essa manifestação acabe por causar um retardamento que impeça a realização da audiência.

O retardamento na entrega dos pareceres dos assistentes-técnicos não é causa de adiamento da audiência. A lei deixa a cargo das partes o ônus de zelar pela tempestividade dessa entrega, a qual deve ser de até dez dias, após a juntada do laudo aos autos, sob pena de preclusão.

Outra causa inevitável de adiamento da audiência são os impedimentos judiciais, como o retardamento de uma audiência anterior que não termine em tempo, correição em cartório etc. Embora seja dever do Juiz evitar que tais dificuldades aconteçam, se acontecerem a audiência será adiada.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O retorno à oralidade no século XIX e os rumos que o processo seguiu desde então, constitui fatores fundamentais no surgimento e evolução de audiências previstas já para a fase postulatória e de saneamento do processo, com vistas à maior concentração dos atos processuais.

Desde o nascedouro do Direito, a oralidade foi a principal característica, desde o Direito Romano, nos documentos deste período, nos textos do *Corpus Iuris Civilis*, já, havia uma quantidade enorme de testemunhos sobre esse caráter de oralidade.

Após o declínio que resultou da influência do processo romano, a oralidade voltou a ganhar importância, se estendendo a quase todos os países da Europa. Inicialmente pelos sistemas alemão e austríaco que foram precursores. Destacamos a evolução do instituto

¹⁹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitousp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013

na Itália, Espanha, Portugal, *Common Law* que consagrou o instituto, que de forma célere e econômica permitia ao juiz amplos poderes.

No Brasil, suas origens advêm no Brasil-Colônia introduzidas pelas Ordenações Afonsinas e acolhidas pelas Ordenações Filipinas, reconhecida constitucionalmente com a primeira Constituição Imperial de 1824.

Atualmente, no Brasil a audiência tem importância reconhecida e encontra previsão expressa. A adoção da audiência no direito brasileiro traduz a ideia de que o país está em perfeita consonância com a perspectiva ibero-americana de globalização e uniformização dos diplomas legais e processuais. É uma providência eficiente que possibilita a conciliação, saneamento, organização e julgamento do processo, criando condições favoráveis à atividade processual.

De forma genérica, a audiência é ato processual, presidido pelo juiz, ao qual comparecem, as partes, seus representantes, o representante do Ministério Público, este se intervir no feito e eventualmente terceiros, que podem ser testemunhas peritos intérpretes, etc., com o fito de realizar outros atos processuais para chegar final do processo.

A finalidade de audiência não é apenas a conciliação entre as partes, dedica-se, também, ao saneamento definitivo da causa, fixa os pontos controvertidos, define as provas que serão produzidas e profere o julgamento. A sua finalidade essencial, portanto, é solucionar lide, de forma concentrada, os sana os vícios do processo e organiza-la para o julgamento do mérito.

De forma a evitar as discussões inúteis e desnecessárias ao feito, a audiência constitui o ponto central de todo o processo, reduz o espaço de tempo entre o início do processo e julga definitivamente a causa, conferindo maior efetividade à causa. Também propicia um contato direto entre as partes, seus procuradores e o juiz.

Sendo a audiência, ato que contribui para a integralidade do Sistema Processual Civil, naturalmente se aplicam alguns importantes princípios do direito processual, que regem o instituto da audiência:

O princípio da oralidade é verificado em vários momentos processuais, traz a ideia de um conjunto de ideias e de características, que se resumem em muitos outros princípios, ainda que estejam ligados entre si. Traduz em grande passo no reconhecimento considerável da oralidade no processo.

O princípio da imediação traduz a ideia de que o juiz deve fazer a colheita da prova, de forma direta e pessoal, com a finalidade de, *a posteriori* poder avaliar com precisão as provas colhidas, sucede a necessária atuação direta e imediata do juiz na demanda, sem que haja intermediários, de forma dinâmica, efetiva, direta e concreta.

O princípio da identidade física do juiz, é proveniente da aplicação do princípio da imediação. Ou seja, via de regra, o juiz que preside a audiência terá que julgar *a lide*. *No entanto* há provas, que independem de audiência, mas a colheita tem que ser feita pelo juiz.

O princípio da concentração traduz claramente a ideia de concentração da causa em breve período, com o menor número possíveis de audiências. É *conditio sine qua non* para que a oralidade produza seus efeitos, gerando ligação estreita entre o que o juiz compreendeu, por suas próprias observação pessoal, e o momento da avaliação, ao proferir sentença.

O Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias veio para efetivar o princípio da oralidade e imediação, buscando evitar o máximo possível, a frequente interposição de recursos durante o processo, o que fatalmente causaria sua paralisação.

O princípio do contraditório é estritamente relacionado à garantia fundamental de justiça. A audiência, que observa suas finalidades, expressa o princípio do contraditório, atingindo seus objetivos.

O princípio da Economia Processual traduz a ideia de que o processo busca o maior resultado com o mínimo de esforço. Este princípio também engloba economia de custos, baixando o valor das despesas e das custas processuais, por exemplo. Economiza tempo, pois o julgamento é feito de forma mais célere. Eficiência nos atos judiciais, para que não se realize atos inúteis.

O Princípio da efetividade recursal é a capacidade de um meio ou instrumento para atingir as finalidades ou gerar os efeitos a que se pretende, a efetividade do processo está totalmente relacionada à função sócia que exerce, destacando que se uma das finalidades do processo é, solucionar lides e garantir a paz social, está claro, que, em muitos casos, a solução judicial não alcança o resultado esperado. E, uma vez atingida à função social, resta garantida a efetividade processual.

A tentativa de conciliação constitui a primeira fase da audiência, visando resolver a lide e a resolução pacífica do processo, por intermédio de um Juiz ou conciliador, que aproxima as partes e presta-lhes as orientações necessárias para alcançar um acordo.

A tentativa de conciliação não é só cabível na audiência de conciliação ou audiência preliminar, mas também da audiência de instrução, pode e deve ter lugar a qualquer tempo no processo.

A solução amigável do processo é, claramente, uma das grandes finalidades da audiência de conciliação e audiência preliminar. A conciliação se apresenta como instrumento processual de suma importância para a celeridade e efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para se obter a conciliação é necessário o correto comportamento pacificador do juiz, o qual somente conhecedor da causa terá condições de conduzir as partes à formulação de acordo.

Na conciliação o juiz exerce papel ativo, deve também dar assistência para assegurar a igualdade de condições entre as partes, de forma a mostrar a serventia da conciliação, sem, contudo adiantar a sua decisão.

O principal objetivo da audiência para tentativa de conciliação é promover a solução dos conflitos, uma vez que as próprias partes buscam o melhor desfecho para a causa.

Outro objetivo é evitar que a demanda se prolongue no tempo, reduzindo os custos e o tempo da tramitação e aliviando o Poder Judiciário com a redução da quantidade de ações. Por isso, é a melhor e mais justa decisão, com menos chances de desacertos do que uma decisão unilateralmente proferida pelo juiz.

No saneamento do processo serão decididas as questões processuais que não foram decididas na causa. Hoje em dia, o saneamento do processo é uma atividade judicial que se desenvolve durante todo o seu trâmite, de forma permanente, não se limitando a um ato único e solene.

Se o juiz verificar que não há nenhum vício, considerará saneado o processo e determinará o seu prosseguimento, fixando os pontos controvertidos e determinando as provas indispensáveis para apuração dos fatos controversos.

Entende-se como pontos controvertidos aqueles sobre os quais se instituiu o conflito entre as partes, serão considerados como controversos *os fatos* que auxiliam como suporte às razões das partes, ainda que as questões de direito também são pontos de conflito.

Parte da doutrina entende que o momento adequado para a fixação dos pontos controvertidos é na audiência preliminar, não podendo se repetir no decorrer do processo, eis que alcançada pelo instituto da preclusão.

Tal assertiva não é inteiramente aceitável pela doutrina, se for considerada apenas em sentido puramente lógico, pois há de se considerar a posição sistêmica desse momento processual.

Para essa corrente doutrinária, a elucidação do fato controverso não pode ser atingida pela preclusão, como pena de ferir a busca da verdade real, pois o Juiz pode deliberar de ofício a produção de provas, não se empregando os efeitos da preclusão intraprocessual em matéria de cunho probatório.

A demarcação dos pontos controvertidos é ato preparatório para se limitar os meios de prova a produzir. A prova é exclusiva aos fatos que controvertidos no processo, exceto aqueles os quais há anuência das partes, seja de forma expressa, como nos casos de confissão, seja de forma tácita, como nos casos de admissão ou, os que são tidos como certos, como nos casos de revelia de presunção de veracidade.

Só poderá ser objeto de prova os fatos *relevantes* ao julgamento do processo. Exceto as hipóteses em que os fatos não dependem de prova tais como os notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos, no processo, como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Portanto, depois de fixados os pontos controvertidos, o juiz se pronunciará, diante dos fatos que geraram conflitos, qual será a prova, testemunhal, pericial, documental.

Para a doutrina moderna a audiência de instrução e julgamento, é o ato processual mais importante do processo, pois além de abrir possibilidade de um contato direto entre o juiz, as partes e seus advogados permite a produção de provas orais, a fim de solucionar o processo.

A audiência de instrução e julgamento é integrada por uma série de atos, sendo ela própria um ato processual complexo que objetiva a colheita da prova oral, necessárias aos esclarecimentos dos aspectos controvertidos do processo, oferecendo ao juiz, elementos fáticos de fundamental importância no deslinde do feito.

É o ato culminante da fase instrutória. É neste ato processual que, fracassada a tentativa de conciliação, realizam-se as provas orais, oportunamente solicitadas pelas partes ou determinadas pelo juiz, permitindo o debate oral da causa e conduzindo ao proferimento da sentença.

A realização da audiência de instrução e julgamento não é obrigatória, só deverá ser designada se houver necessidade de produção prova oral. Em momento algum a tentativa de conciliação realizada na audiência preliminar ou na de conciliação, tem o efeito de suprimir a exigência da tentativa de conciliação na audiência de instrução e julgamento.

A audiência, a de instrução e julgamento também é, sempre que possível, um ato público, eis que se trata de um ato processual, próprio de uma instituição de direito público. Apenas acontecerá audiência sem o livre acesso a qualquer pessoa nos casos em segredo de justiça, quando o acesso será restrito às partes e seus procuradores.

A audiência de instrução e julgamento tem a finalidade principal de produzir a prova oral, seja depoimento pessoal, de testemunhas e esclarecimentos de perito e assistente técnico, para que o juiz decida a ação. Sua principal consequência é o proferimento de sentença que será de mérito ou terminativa, conforme o caso.

Para que a audiência de instrução e julgamento tenha todo rendimento possível, são necessários alguns atos preparatórios. O primeiro deles é a intimação das partes e seus advogados para a data designada. O segundo ato preparatório, refere-se a apresentação do rol das testemunhas pela parte interessada na produção da prova, a depender do procedimento pelo qual o processo tramita.

Por ser uma sessão, a audiência de instrução e julgamento é composta por uma série de atos com seus próprios requisitos e são realizados de forma sequencial disciplinada pela lei.

São atos integrantes da audiência de instrução e julgamento, a abertura do pregão inicial pelo oficial de justiça, a tentativa de conciliação, a fixação dos pontos controvertidos, os atos de instrução, debates, decisão e julgamento.

O artigo 450 do Código de Processo Civil disciplina que no dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados, bem como ao membro do Ministério Público pelo serventuário da justiça que, de acordo com as normas judiciais tiver essa função.

O pregão é a chamada das partes e advogados, para que entrem na sala e tomem os seus lugares. Essa chamada deve ser feita em voz alta e clara para evitar eventuais desatenções e configurar a ausência daquele que não atendeu ao chamado.

Da mesma forma que ocorre na audiência preliminar, a conciliação deve ser proposta e sugerida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento. Resume-se as lides que envolvam direitos disponíveis, ou seja, direitos patrimoniais de caráter privado.

Declarada aberta a audiência, há espaço para que o juiz busque um consenso entre as partes com vistas à resolução do processo, hipótese expressamente prevista pelo

Código de Processo Civil, quando o termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, será a própria sentença.

Frustrada conciliação integral, segue-se para a instrução oral da causa. Antes de iniciar, o juiz fixará os pontos controvertidos, sobre os quais incidirá a prova oral.

A instrução terá lugar quando não obtida à conciliação, será dado início a produção das provas. As provas serão produzidas na seguinte ordem: esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos (desde que estes esclarecimentos sejam requeridos pela parte); depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu, seguindo-se os depoimentos testemunhais na mesma ordem, querem seja, primeiro as testemunhas do autor, logo após as testemunhas do réu, seguindo-se os terceiros intervenientes, se houver e ao final, os depoimentos testemunhais, na mesma ordem dos pessoais.

Colhidas as provas orais, inclusive como os desdobramentos que podem ocorrer, tem início o debate da causa. O Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio da oralidade, optou de forma incondicional pela manifestação verbal dos procuradores das partes, dos eventuais terceiros e do membro do Ministério Público.

Ao longo da audiência, poderão surgir questões que sejam objetos de decisões judiciais. As questões levantadas audiência devem ser resolvidas no mesmo instante, pois configuram decisões interlocutórias.

O recurso deve ser interposto oral e imediatamente, constando do respectivo termo as razões recursais sucintamente apresentadas pelo recorrente. O dispositivo trazido pela Lei nº 11.187/2005, admite uma série de desenvolvimentos relevantes.

A audiência é uma e continua. Não sendo possível concluir num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para o dia próximo. Por isso, quando o juiz suspende uma audiência, porque não foi possível termina-la no mesmo dia, não designa uma segunda, mas uma audiência em continuação. Terá havido uma única audiência, embora fragmentada no tempo.

Não há unidade entre esta e a tentativa de conciliação, pois são atos diferentes. Há, pois duas audiências no procedimento ordinário, a preliminar e a de instrução e julgamento, sendo cada qual uma e continua.

O Código de Processo Civil determina que, na fase de saneamento do processo na audiência preliminar, o juiz fixe dia e hora para realização da audiência de instrução de julgamento. Porém, há situações em que, por alguma razão, torna-se impossível realizá-la no dia marcado, impondo-se o adiamento.

O Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de, por convenção, o próprio processo ficar suspensa, por um período de até seis meses. A também a hipótese de ausência de algum sujeito necessário, a exemplo do juiz, o representante do Ministério Público, as testemunhas ou o perito. A ausência de alguma das partes, do advogado ou do assistente-técnico será causa de adiamento da audiência desde que causada por motivo justificável. A terceira hipótese de adiamento da audiência de instrução e julgamento é o retardamento na entrega do laudo pericial, nos termos do artigo 432 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, uma vez compreendida e aplicada em sua plenitude, com a cooperação dos sujeitos processuais, a audiência preliminar, de conciliação, instrução e julgamento poderá trazer grandes benefícios na busca de uma justiça célere, justa e efetiva.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Disponível em: < <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5555-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar>> Acesso em: 12 Dez 2012.
- 2) ANDRIGHI, Fátima Nancy. O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 727, 1996.
- 3) BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário: São Paulo. Saraiva, 2007
- 4) BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

- 5) CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense.
- 6) CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- 7) CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica ed. Líder, 2001.
- 8) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1969.
- 9) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 21ed. Organização dos textos notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, Saraiva, 2010
- 10) DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. A audiência de conciliação. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 2, 1996.
- 11) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- 12) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- 13) DINAMARCO, Cândido Rangel Assad. Audiência de instrução e julgamento. Disponível em: < <http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina48.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013
- 14) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- 15) DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo, SP: Editora Saraiva 2005.
- 16) FIGUEIRA, Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. tomo II. Do Processo de Conhecimento: Arts. 282 a 331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- 17) FILHO, Napoleão Nunes Maia. A Audiência Preliminar e a Sequência do Processo. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Dez 2012.
- 18) GONÇALVES, Marcus Vinicius rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, volume 1º, 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

- 19) GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (ênfase comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, 2001.
- 20) GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: *Forense universitária*, 1990.
- 21) JFSP. AG 82984 SP 2006.03.00.082984-5. Rel. Des. Fed. Walter do Amaral. Julgamento: 25/06/2007
- 22) JÚNIOR, Humberto Teodoro. Curso de direito processual civil: Volume I. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- 23) LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- 24) LEÇA Laíse Nunes Mariz. Conciliação nos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11014&revista_caderno=21 Acesso em: 18 Dez 2012
- 25) LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.
- 26) LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº13.
- 27) MONTENEGRO Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- 28) MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas Sobre o Problema da Efetividade do Processo. *Temas de Direito Processual*: São Paulo: *Saraiva*, 2000.
- 29) MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: *Temas de Direito Processual*: Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 30) MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, ano X, P. 109-135, out./dez. de 1985
- 31) NEGRÃO. Teotônio. Código de Processo Civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- 32) NERY Júnior, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil: A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995. 2ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- 33) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. Revista UFRGS v. 15, 1998.
- 34) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Revista UFRGS vol. 6, 1999.
- 35) PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.94.
- 36) PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.
- 37) PELISSARI, Marcia. Sinopse de audiência preliminar e audiência de instrução e julgamento. Disponível em: < <http://www.apexjuris.hpg.ig.com.br/resumodcont.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2013.
- 38) RESENDE, Filho, Gabriel José Rodrigues de. Curso de direito processual civil. 4ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 39) RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, jan. de 1999.
- 40) SILVA, Ovídio A Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 3ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 52.
- 41) STJ. AgRg no REsp 1228884 PR 2010/0231261-6. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira Julgamento:
- 42) STJ. AI 24920060662 ES 024920060662, Rel. Pedro Valls Feu Rosa. Julgamento 15/08/1995, DJe 05/09/1995.
- 43) STJ. HC 147.397/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 26/04/2011, DJe 04/05/2011.
- 44) TARZIA, GIUSEPPE. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba.
- 45) THEODORO J únior, Humberto. O processo civil brasileiro no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- 46) TJDF. APL 70267320118070008 DF 0007026-73.2011.807.0008. Rel. GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA Julgamento: 03/05/2012 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Publicação: 08/06/2012, DJ-e Pág. 111

- 47) TJMG Processo: 1471721 MG 1.0000.00.147172-1/000(1) Rel. Antônio Hélio Silva Julgamento: 11/05/1999 Publicação: 18/05/1999.

- 48) TJRN. AC 42538 RN 2008.004253-8. Rel. Des. Aderson Silvino Julgamento: 22/07/2008

- 49) TJRO. AC 10100120040177849 RO 101.001.2004.017784-9 Rel. Des. Kiyochi Mori Julgamento: Órgão Julgador: 4ª Vara Cível

- 50) TJRS. AC Nº 190005611, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Waldemar Luiz de Freitas Filho, Julgado em 31/05/1990.

- 51) TJPA. AC 200530073135 PA 2005300-73135. Rel. Constantino Augusto Guerreiro. Julgamento: 16/04/2009. Publicação: 23/04/2009

- 52) TJPR. Processo: 8790609 PR 879060-9. Rel. Eduardo Fagundes. Julgamento: 01/03/2012

- 53) TJRJ. Processo: AI 112270220118190000 RJ 0011227-02.2011.8.19.0000. Rel. Des. Teresa Castro Neves Julgamento: 24/03/2011 Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível 22/05/2012 Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma Publicação: DJe 25/05/2012

- 54) TJRS. Recurso Cível Nº 71003072238, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 25/01/2012.

- 55) TJRS. Acórdão nº 71000761734 de Turmas Recursais, 2ª Turma Recursal Cível, 14 de Dezembro de 2005.

- 56) TJRS. AI 70041045923 RS Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha Julgamento: 29/09/2011 Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2011

- 57) TJSC. AI 139964 SC 1999.013996-4 Rel. João Martins Julgamento: 18/05/2000 Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Publicação

- 58) TJSP. AC 3722327 PR 0372232-7. Rel. Des. Ronald Schulman. Julgamento: 16/11/2006

- 59) TJSP. AI 1771992920118260000 SP 0177199-29.2011.8.26.0000. Rel. S. Oscar Feltrin
Julgamento: 24/08/2011 Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado Publicação:
30/08/2011
- 60) TJSP. AP 0200201-62.2010.8.26.0000 Apelação Rel. Rômolo Russo Comarca: São
Paulo Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 07/02/2013
Data de registro: 08/02/2013.
- 61) TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de
26.12.2001, Lei 10.538, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2ed. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2002.
- 62) WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC). *Revista
de Processo*, São Paulo, v. 80, p. 30-36, 1995, p. 31.
- 63) WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. *Revista de Processo*,
São Paulo, 8ª ed. 2006, p.