



Sérgio Niemeyer: Juiz dá rasteira na lei ao dispensar audiência

O juiz não pode ser o primeiro a desobedecer à lei e, com isso, dar uma rasteira no ordenamento jurídico e no jurisdicionado. Ao tomar posse do cargo, todo juiz presta solene juramento de respeitar, cumprir e aplicar as leis e a Constituição. Como nenhum juiz responde pelos erros que comete no exercício da função, a confiança que a sociedade deposita neles decorre exclusivamente desse compromisso ético-moral e da crença em que jamais quebrarão o juramento. Essa a razão por que se costuma dizer que o Judiciário é o repositório das últimas reservas morais da nação.

Mas o que sobra quando o juiz é o primeiro a desobedecer à lei, e, o que é ainda pior, à lei que tem nele o destinatário único e exclusivo do dever legal prescrito na norma?

Casos assim esgarçam a credibilidade do Judiciário, porque arrebatam a confiança que a sociedade deposita nos juízes como pessoas que encarnam uma função de retidão quanto ao cumprimento da lei, ao descobrirem que os juízes não cumprem, eles próprios, as leis que lhes são endereçadas.

O novo Código de Processo Civil alterou o paradigma processual ao introduzir a audiência preliminar no artigo 334, *caput*. A redação do preceito legal não deixa margem a dúvida: não se trata de uma faculdade que a lei abre ao poder discricionário do juiz, mas *comando legal imperativo que tem no juiz o destinatário da ordem legal*.^[1]

A lei utiliza o verbo “designará”, no tempo futuro do presente do modo indicativo, que é uma das formas como a língua portuguesa denota (por oposição a conotar) imperatividade do comando. Comando imperativo é comando obrigatório. Tem de ser obedecido.

Porém, os juízes têm sistematicamente desobedecido ao artigo 334, *caput*, utilizando argumentos que não se sustentam nem resistem a um exame crítico atilado. Com isso, violam também o § 3º do artigo 3º, o direito líquido e certo à realização da audiência, e o direito líquido e certo do réu sobre o termo inicial do prazo para apresentar sua contestação.

As decisões contraditórias que dispensam a audiência preliminar soem utilizar o argumento de que sua realização viola a razoável duração do processo que ao juiz incumbe velar, ou por ser consabida sua inutilidade, ou falta de pauta em razão da sobrecarga de processos, ou porque as partes poderão requerer e audiência de conciliação a qualquer momento no curso do processo, etc.

Não obstante, trata-se de argumentos manifestamente falsos. Não encontram respaldo no ordenamento jurídico e servem apenas para encobrir a rasteira que os juízes assim dão na lei para conferir a aparência de legitimidade ao ato de desobedecerem a seus ditames.

É verdade que a razoável duração do processo foi erigida à condição de cláusula pétrea garantidora pela EC 45/2004.^[2] A primeira questão que emerge é saber o que se deve entender por razoável duração do processo.

De um modo geral, pode afirmar-se que a razoável duração do processo representa o lapso de tempo *necessário e suficiente* para que o processo cumpra sua finalidade e sua função social, isto é, o tempo



que deve consumir desde a propositura da ação até a efetiva entrega da prestação jurisdicional com a satisfação do direito nele discutido de modo útil para o jurisdicionado.

Assim definida, a razoável duração do processo encerra um conceito de conteúdo indeterminado (por oposição a vazio ou vago de conteúdo). E nem poderia ser diferente, pois cada causa se caracteriza por elementos e complexidade peculiares que a distingue de outras, congêneres ou não, em razão dos quais oscilará a maior ou menor duração do processo.

Não obstante, a indeterminação do conceito pode e deve ser objetivamente colmatada em cada caso concreto por meio de um labor mental levado a efeito com honestidade intelectual que permite determinar a razoável duração do processo como um intervalo de tempo fechado à esquerda e aberto à direita, para usar um conceito matemático de grande valia à compreensão do fenômeno, já que o tempo é uma entidade que admite expressão numérica.

É intervalo fechado à esquerda porque, mesmo na hipótese do artigo 190, que autoriza às partes convencionarem alterações do procedimento, ou do § 1º do artigo 222, *a contrario sensu*, quando as partes consentem com a redução dos prazos previstos na lei, será sempre possível apurar o tempo mínimo de duração do processo supondo que todos os que nele intervêm (partes, juízes, serventuários e auxiliares da Justiça) cumprirão rigorosamente os prazos previstos na lei para a prática dos atos que lhes incumbem.

O intervalo é aberto à direita porque diversas são as causas de ocorrência imprevisível que podem intervir no curso da lide com efeito dilatador daquela duração mínima, o que torna impossível determinar o termo final da lide e a duração total que terá até o momento do seu desfecho com a entrega plena da prestação jurisdicional.

Assim confinada num intervalo de tempo fechado à esquerda e aberto à direita, a razoável duração do processo constitui uma instanciação tão casuística quanto dinâmica, que pode sofrer variações ao longo do curso da lide conforme surjam ou não causas que reclamem ou imponham dilação temporal da prática de atos do processo.

Essa característica intrínseca ao conceito da razoável duração do processo acarreta a impossibilidade de dizê-la desatendida *tout court* por causa da realização da audiência preliminar, a menos que se pudesse determinar previamente o impacto que sua realização provocaria na duração total do processo. Mas como é impossível saber, no início da lide, qual a duração total do processo, então é forçoso reconhecer não haver condições de determinar o impacto que a audiência preliminar pode provocar. Isso implica que o argumento “*initio litis*” de violação da razoável duração do processo por causa da audiência preliminar não passa de pura falácia da generalização abusiva e abstrata, e um genuíno *Red Hering*.

A novel codificação valoriza tanto a autocomposição, que só autoriza a não realização da audiência em duas hipóteses: (i) quando ambas as partes dela declinarem (artigo 334, § 4º, I); (ii) quando a lide versar sobre direitos a respeito dos quais as partes não possam transigir (artigo 334, § 4º, II).



Não impressiona o fato de a razoável duração do processo figurar como garantia constitucional ao lado da cláusula do devido processo legal porque, na verdade, integra a realização do devido processo legal como parte dele.

O devido processo legal deve ser compreendido objetivamente a partir de sua própria expressão literal. Trata-se de substantivo (“processo”) duplamente qualificado por dois adjuntos adnominais: o adjetivo “devido” à esquerda, e o adjetivo “legal” à direita.

“Devido” está aí por necessário, imprescindível, no sentido de que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou seus bens sem que haja um processo para apurar as causas que levam a tal perda, e se essas causas são legítimas, isto é, se têm amparo no ordenamento jurídico como consequência a ser imposta à pessoa em razão da sua conduta.

Já “legal” significa que o processo necessário e imprescindível deve ser disciplinado por normas previamente conhecidas e que constituem o guia de todos os envolvidos para a prática e o tempo em que os diversos atos do processo devem ser realizados na apuração dos fatos e aplicação da norma jurídica de direito material. Se faltarem as normas que disciplinam a marcha do processo, este poderá até ser devido, mas será um processo kafkiano, *ad hoc*, de exceção, ilegal, totalmente infenso à garantia constitucional.

Por estas razões, é imprestável o argumento encontrado em muitas decisões que fundamentam a dispensa da audiência preliminar no artigo 139, II, do CPC, segundo o qual “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe velar pela duração razoável do processo”.

A própria norma evidencia que o “juiz dirigirá o processo *conforme as disposições deste Código*”. *Entre as disposições do Código que devem ser observadas pelo juiz na direção do processo, encontram-se pelo menos duas de caráter mandatório cujo destinatário é o juiz e que tornam a designação da audiência preliminar um dever: o artigo 3º, § 3º, e o artigo 334, caput.*

O § 3º do artigo 3º exalta a homenagem cometida à autocomposição ao dizer que “*A conciliação, a mediação [...] de conflitos deverão ser estimulados por juízes*”.

Novamente, a lei utiliza o verbo “deverão” no futuro do presente do modo indicativo para denotar o dever que impõe ao juiz (afinal, o império é da lei, e não dos juízes), como destinatário da norma e de sua imperatividade, de estimular a autocomposição.

Se o juiz deve estimular a conciliação e a mediação dos conflitos, deixar de designar a audiência preliminar contraria o comando expresso na norma e configura ato de rebeldia do destinatário a quem a ordem é endereçada, porque *o primeiro ato do processo escolhido pela lei é o estímulo à autocomposição por meio da audiência preliminar*. Deixar de designar a audiência preliminar significa, portanto, desdenhar o estímulo à autocomposição.

Só há uma oportunidade para realizar audiência preliminar. Qualquer outra no curso da lide será apenas uma audiência, mas nunca audiência preliminar.

Logo, a conclusão é que a designação da audiência preliminar constitui elemento do devido processo



legal e, conseqüentemente, *entra no cômputo objetivo* da razoável duração do processo, de modo que antes de constituir ofensa, designá-la representa a concretização da garantia constitucional.

Há ainda outro argumento de vulto axiológico e não menos eloquente em favor da designação da audiência preliminar. O prestígio que a lei lhe confere é tal que retira do juiz o poder de dispensá-la, deixando nas mãos das partes, e, em última instância, do réu, fazê-lo.

O artigo 334 manda, imperativamente, que o juiz, recebendo a petição inicial que preencha os requisitos essenciais, não sendo o caso de indeferimento liminar do pedido, *design*e a audiência preliminar. A designação deve ocorrer mesmo quando o autor se omite ou expressamente manifesta desinteresse pela audiência, por mais que a omissão signifique indiferença quanto a sua realização, e veremos por que mais adiante.

O réu será citado para comparecer à audiência designada. Se o autor tiver manifestado expressamente interesse na realização da audiência preliminar, de nada valerá ao réu pedir seu cancelamento. O § 4º, I, do artigo 334 é claro ao estatuir que a dispensa somente pode ocorrer quando *ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse*. A manifestação expressa do autor em prol da audiência, afasta a implementação da condição de desinteresse mútuo, e a audiência deve realizar-se independentemente do interesse do réu.

Porém, se o autor omitir-se ou manifestar expresso *desinteresse* pela audiência na petição inicial, sua realização ficará condicionada à conveniência do réu, que poderá pedir seu cancelamento, mas deverá fazê-lo com antecedência mínima até 10 dias da data designada, do contrário, a audiência deve realizar-se (CPC, artigo 334, § 5º). Havendo pedido de cancelamento do réu com a antecedência legal, então, e somente nessa hipótese, a audiência não se realizará, devendo o autor ser intimado do cancelamento. A lei não atribui ao juiz qualquer discricionariedade para manter a audiência preliminar caso ambas as partes a dispensem, tanto que se exprime imperativamente: “A audiência *não será realizada*” (artigo 334, § 4º).

A dispensa da audiência preliminar fora das hipóteses legais, como tem sido prodigalizada por muitos juízes, sobre constituir ato de sedição à soberania da lei, dá, outrossim, uma rasteira no direito líquido e certo outorgado ao réu relativamente ao prazo para contestar a ação.

Todo prazo compõe-se de quatro elementos: termo inicial, magnitude ou dimensão, unidade de medida ou fluência, e termo final. Os três primeiros são variáveis independentes, determinados pela lei a partir de escolhas políticas que prescindem de qualquer explicação,^[3] enquanto o quarto representa uma variável dependente que se revela a partir do conhecimento dos três primeiros, e só excepcionalmente é determinado pela lei.

No âmbito do processo, constitui corolário do devido processo legal e do respeito ao contraditório e à ampla defesa, o direito líquido e certo da parte aos prazos processuais constituídos por todos os seus elementos componentes, e não apenas de um ou alguns deles.

A dispensa da audiência preliminar sem que ambas as partes tenham expressamente manifestado desinteresse por sua realização viola direito líquido e certo do réu ao prazo para contestação à medida que antecipa o dia do começo assinado por lei como a data da realização da audiência ou última sessão



de conciliação baldada (CPC, artigo 335, I), a qual é distinta da data da juntada do mandado de citação aos autos.

Portanto, dispensar a audiência preliminar fora das hipóteses legais modificando o dia de começo do prazo que a lei atribui ao réu para contestar a ação sem o seu consentimento, antecipando-o, representa dano manifesto ao réu por aplicação da teoria da diferença, uma vez que sua situação jurídico-processual sofre um decréscimo ilícito, suprimindo-lhe o juiz a situação mais favorável decorrente da lei, e impondo outra menos favorável sem amparo legal.

Apenas quando ambas as partes dispensarem a realização da audiência preliminar é que haverá antecipação do dia do começo do prazo para contestação, cuja determinação depende exclusivamente do réu. Nesse caso, o dia de começo do prazo será a data do protocolo da petição em que o réu pede o cancelamento da audiência (artigo 335, II). Trata-se de um grau de liberdade conferido ao réu por lei que não pode ser-lhe solapado pelo juiz sem autorização legal, sob pena de violação de direito líquido e certo, o que representa grave e perigoso precedente a ameaçar também o direito relativo a outros elementos constitutivos dos prazos que a lei assina às partes para a prática dos atos processuais.

De outro giro, o argumento fundado na “consabida inutilidade” da audiência preliminar, não passa de mera conjectura, imprestável para dar respaldo à decisão que dispensa a designação da audiência preliminar. A lei não dá guarida a suposições como razão de decidir. Já aquele que acena para a falta de pauta em virtude do volume de processos não constitui boa razão para dispensar algo que a lei impõe imperativamente ao juiz. A sobrecarga do Judiciário jamais pode ser elevada à condição de causa justificadora do descumprimento da lei ou para coartar posições ou faculdades jurídicas que a lei outorga ao jurisdicionado. Não é a lei que deve adaptar-se aos juízes, mas os juízes que devem adaptar-se à lei.

Tampouco merece apreço o argumento de que as partes podem requerer ao juiz a designação de audiência de conciliação a qualquer tempo no curso da lide, porquanto nenhuma audiência ulterior será ou fará as vezes da audiência preliminar, por uma questão de definição. Só pode haver uma única audiência preliminar. Qualquer outra não será preliminar.

Pode-se até criticar a norma do artigo 334 do CPC. Se é boa ou ruim, só o tempo dirá. Para isso, há que se render ensanchas à atuação do novo paradigma ideado pelo legislador. Só a aplicação diuturna da lei permitirá verificar se a audiência preliminar tem serventia ou constitui um entrave e em que medida à razoável duração do processo. Se ao cobro de larga aplicação do dispositivo inferir-se que causa impacto negativo sensível na garantia da razoável duração do processo, então, e somente então, a norma poderá ser considerada e declarada inconstitucional, ou o legislador poderá revogá-la, ou alterar seu conteúdo. Mas é inadmissível que os juízes, *ad nutum*, simplesmente desrespeitem o comando legal que lhes é endereçado valendo-se dos poderes em que estão investidos, porque isso significa usar mal e com desvio tais poderes, um ato de rebeldia contra as escolhas de política legislativa.^[4]

A conclusão é que, ao dispensarem a audiência preliminar, os juízes dão uma rasteira na lei e nos jurisdicionados, além de violarem a Loman (artigo 79) e o Código de Ética da Magistratura (artigo 2º), quebrando o juramento que fizeram quando tomaram posse do cargo para o exercício da função, e com isso contribuem para o enfraquecimento da credibilidade que a sociedade deposita no Judiciário, esquecendo-se de que a interface entre o Judiciário e a sociedade é e sempre será o advogado, que percebe tais manobras e as informa didaticamente aos interessados para que delas tomem conhecimento



e saibam que os juízes não têm cumprido como se espera as leis que governam seus atos no exercício da magistratura.

[1] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[2] CFRB, art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[3] Não há perquirir as razões por que a lei optou em estabelecer o termo inicial como, *v.g.*, a data da juntada do mandado, em vez de a data em que a parte efetivamente o recebeu, ou por que preferiu que a intimação coincida com a data da publicação e esta se considere ocorrida no primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização do teor do ato na imprensa oficial eletrônica. Analogamente, não há indagar por que a lei assinala a dimensão do prazo como de 15 dias e não 13, 14 ou 16; ou por que escolheu como unidade de medida ou fluência do prazo o dia útil forense (CPC, art. 216 c.c. art. 219), em vez do dia corrido ou do dia útil comercial ou, ainda, do dia útil bancário, etc. São escolhas políticas que entram no mundo jurídico com a norma e devem ser respeitadas e aplicadas porque decorrem da composição política levada a efeito a partir das discussões conduzidas no Parlamento pelos representantes legais do povo, os parlamentares, e culminam com a edição da lei enfeixando as preferências apuradas.

[4] Tal ato de sedição atenta contra a harmonia que deve permear a relação entre os Poderes da União, prescrita no art. 2º da CRFB.

Date Created

06/09/2016