Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo:	1.0000.17.027556-4/003
Relator:	Des.(a) Juliana Campos Horta
Relator do	Des.(a) Juliana Campos Horta
Data do	25/08/2022
Data da	14/09/2022

EMENTA: INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS - RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 985 DO CPC - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - INCIDÊNCIA ARTIGO 334 DO CPC - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.
- Para efeitos do artigo 985 do CPC, firma-se a seguinte tese:
"É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual. - É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC."

IRDR - CV Nº 1.0000.17.027556-4/003 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - SUSCITANTE: DESEMBARGADORA JULIANA CAMPOS HORTA DE ANDRADE DA 12ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG - SUSCITADO(A): SEGUNDA SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO(A)S: COSTA LAGUNA SPE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S.A., ALEXANDRE EMERSON CAMPOS, DANIELLE CRISTINA DE SOUZA CAMPOS

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, EM ACOLHER O IRDR PARA FIXAR A TESE JURÍDICA A SER APLICADA.

DESA. JULIANA CAMPOS HORTA
RELATORA

DESA. JULIANA CAMPOS HORTA (RELATORA)

V O T O

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por mim instaurado referente ao objeto da apelação nº 1.0000.17.027556-4/002, atinente à obrigatoriedade da realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC e a dispensa de sua realização diante da manifestação de apenas uma das partes, matéria que apresenta divergência de entendimento neste Tribunal.

Não obstante a literalidade do dispositivo legal há controvérsia neste Tribunal a respeito da realização obrigatória desta audiência.

Pesquisa realizada pela Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas anexada ao documento de ordem n. 12. Foram encontrados entendimentos divergentes sobre a obrigatoriedade ou não, lato sensu, das audiências de conciliação.

Informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) quanto a inexistência de IRDRs, IACs ou Súmulas sobre o tema no âmbito do TJMG, do STF ou do STJ.

Pesquisa realizada pela SEPAD identificando feitos que versam sobre a questão em debate.

Parecer do douto Procurador de Justiça, ilustre Elvézio Antunes de Carvalho Júnior, opinando pela admissibilidade do Incidente.

Em sede de juízo de admissibilidade, na forma prevista no artigo 981 do CPC, esta 2ª Seção Cível admitiu o Incidente.

Cumprido os requisitos previstos no artigo 368-F do Regimento Interno deste Tribunal, determinou-se a intimação das partes e dos interessados, na forma prevista no artigo 368-G do RITJMG.

Parecer do douto Procurador de Justiça, ilustre Elvézio Antunes de Carvalho Júnior, opinando pelo acolhimento do Incidente para que seja fixada a tese "que considera obrigatória a realização de audiência quando apenas uma das partes manifestar desinteresse na realização do ato." (Doc Ordem n.

26)

É o relatório.

Passa-se ao julgamento do mérito do IRDR.

Conforme consignado no acórdão que admitiu o Incidente, cinge-se a questão em analisar a obrigatoriedade da realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC e a dispensa de sua realização diante da manifestação de apenas uma das partes.

Pois bem.

A atual legislação processual civil, em seu artigo 3º, deixa claro o dever do Estado de promover a solução consensual de conflitos mediante a conciliação e mediação, sempre que possível.

O art. 334, §4º, do CPC impõe ao magistrado a obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação e mediação nos casos de manifesto interesse de uma das partes e prevê que somente não será realizada se ambas as partes manifestarem, de forma expressa, desinteresse em sua realização.

O dispositivo supracitado é claro ao dispensar a realização da audiência apenas quando ambas as partes manifestarem desinteresse, de modo que deixar de designá-la ou postergar sua designação, mediante a manifestação de apenas uma das partes, importa em violação ao dispositivo legal e ao princípio da igualdade, na medida em que privilegia a vontade de uma das partes em detrimento da outra, que não foi previamente consultada a respeito do interesse na realização da audiência.

No mesmo sentido, vem decidindo este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE - APENAS UMA DAS PARTES - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.
- A audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC apenas não será realizada se ambas as partes, de maneira expressa, manifestarem desinteresse na composição consensual. (TJMG - Apelação Cível 1.0720.18.001072-3/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/01/0020, publicação da súmula em 27/01/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. DESIGNAÇÃO. OBRIGATORIEDADE PREVISTA EM LEI.
- O novo Código de Processo Civil criou um sistema de incentivo à auto composição e, uma das medidas adotadas, foi exatamente a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334 da norma processual. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.100069-4/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata , 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/12/0019, publicação da súmula em 12/12/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO - DESIGNAÇÃO - NECESSIDADE.
- O art. 139, inciso V, do novo CPC, determina que o juiz deverá promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.
A teor do art. 334, caput, do novo CPC, caso a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.
Conforme dispõe o § 5º do artigo supracitado, caso as partes não possuírem interesse na autocomposição, o autor deverá indicá-la na inicial e o réu deverá fazê-la por petição apresentada em 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
Caso tal situação não ocorra, se faz imperiosa a designação da audiência de conciliação e mediação. É sabido que consistindo a conciliação em um ato de liberalidade das partes, estas podem transacionar em qualquer momento processual, até mesmo após o proferimento de sentença. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.051695-1/001, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/10/0016, publicação da súmula em 21/10/2016)

Dessa forma, não há como se dispor da audiência de conciliação, tonando-se imperativa a sua realização nas hipóteses em que admitida, porquanto a sua designação não se trata de uma faculdade concedida ao magistrado, mas de imposição legal.

Tanto é assim, que o artigo 334, § 8º, do CPC, impõe que o não comparecimento injustificado à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa, o que demonstrada a obrigatoriedade de sua realização quando manifestado o interesse de uma das partes.

Ante o exposto, na forma prevista no artigo 985 do CPC, acolho o incidente para fixar a seguinte tese:
- É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente

manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual.
- É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação a que alude o art. 334 do Código de Processo Civil.

DES. BAETA NEVES
Acompanho na integralidade as razões apresentadas pela eminente Relatora, Desembargadora Juliana Campos Horta, com as considerações lançadas pelo ilustre Desembargador José Marcos Vieira.
É como voto.

DES. CAVALCANTE MOTTA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. RUI DE ALMEIDA MAGALHÃES

VOTO DE DIVERGÊNCIA

Peço vênia à Relatora Desembargadora Juliana Campos Horta para divergir do posicionamento lançado em seu judicioso voto.
O presente IRDR foi instaurado para se definir a tese referente a realização ou não de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, a possibilidade da dispensa de sua realização diante da manifestação de apenas uma das partes e se isso causaria nulidade processual.
Pois bem.
Nos termos do caput do art. 334, do CPC/15

"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".

Um dos objetivos do Código de Processo Civil de 2015 é a busca pela solução consensual dos litígios, erigida como norma fundamental (art. 3º, §§2º e 3º). Sobre o tema, seguem os comentários de Daniel Colnago Rodrigues:

"O escopo social da jurisdição não se instrumentaliza somente por intermédio da via processual judiciária, mas também pelo incremento de políticas publicas de justiça. Uma concepção transcendente do processo, hoje, orienta o processualista à ampla reflexão acerca dos mecanismos de solução de conflitos, não mais centrada exclusivamente na forma adversarial (heterocompositiva). Em algumas situações, inclusive, a instauração do litígio (judicialização do conflito) representa opção menos vantajosa. O CPC/15, disposto a romper com um sistema processual sedimentado em mecanismos adversariais, atribuiu notável relevância às formas autocompositivas de solução dos conflitos, especialmente em suas modalidades tradicionais: a conciliação e a mediação (...) Enquanto no CPC/1973 a conciliação integrava apenas dever geral do juiz (art. 125, IV, CPC/1973, agora presente no art. 139, V, CPC/2015) ou então fase preambular pouco prestigiada na praxe forense, agora, no CPC/2015, os institutos da conciliação e da mediação galgaram o status que, a essa altura, já mereciam no processo civil brasileiro, ainda arraigado a uma cultura de litígio." (in Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. 2. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 530).

Com efeito, o Código processual vigente coloca a solução consensual dos conflitos em posição de destaque no procedimento, o que é evidenciado pela previsão da realização de audiência de consignação ou mediação, nos termos do art. 334 do CPC.
Contudo, nada obstante a interpretação literal do art. 334, §4º, CPC/15, a designação de audiência de conciliação ou mediação não se revela obrigatória, cabendo ao Juiz analisar a conveniência de sua realização, ponderando as circunstâncias da causa e a probabilidade de autocomposição. Destarte, a não realização de audiência não acarreta, em regra, nulidade processual.
A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que "a falta de realização de audiência de conciliação não é causa de nulidade do processo. (...)" (AgInt no AREsp 1406270/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 26/02/2020).

No mesmo sentido, a doutrina:

"Aqui é preciso fazer uma observação: o inciso I do § 4º do art. 334 estabelece que a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Uma interpretação literal do texto normativo poderia, então, levar a se considerar que só não se realizaria a sessão de mediação ou conciliação se nem o demandante, nem o demandado, quisessem participar desse procedimento de busca de solução consensual, não sendo suficiente a manifestação de vontade de uma das partes apenas para evitar a realização daquela reunião. Assim não é, porém. Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo "ambas", deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou de mediação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação (e da conciliação) é o da voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra sua vontade, do procedimento de mediação ou conciliação (art. 2o, § 2o, da Lei no 13.140/2015). A audiência, portanto, só acontecerá se nem o autor nem o réu afirmarem expressamente que dela não querem participar (e o silêncio da parte deve ser interpretado no sentido de que pretende ela participar da tentativa de solução consensual do conflito)." (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 284-285)

A audiência, da qual participará necessariamente conciliador ou mediador (§1º), só não será realizada se ao menos uma das partes manifestarem-se em sentido contrário ou se o direito material em litígio não comportar nenhuma modalidade de autocomposição (§§ 4º a 6º). É também a interpretação que se mostra a mais consentânea com os princípios que regem os meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles, a mediação, como se pode extrair das anotações do inciso VII do art. 319. (BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 429)

Não se nega que segundo entendimentos em sentido contrário (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e; MITIDIERO, Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 441) a exigência de expressa manifestação de ambas as partes decorre do propósito do legislador infraconstitucional em privilegiar uma diretriz processual que busque sempre a autocomposição como regra (art. 3º, §2º, CPC/15).

Contudo,

"A autonomia de vontade é o "corolário da liberdade", uma vez que cabem às partes definir qual é a melhor solução para o problema jurídico posto entre elas e "o respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental". Ou seja, esse princípio impõe, basicamente, que as partes têm plena liberdade para manifestar vontade no momento da autocomposição, isto é, não há qualquer espécie de pressão ou coação, com o fito de que seja entabulado o acordo, por exemplo" (ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito Processual Civil. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 696)

Nesse sentido, tenho que deve prevalecer a autonomia da vontade da parte (artigos 166 e 200, CPC/15) que expressamente manifeste desinteresse na autocomposição (seja qual o motivo for), como corolário da liberdade (art. 5º, CF/88), não sendo possível impor ao litigante (que em muitas das vezes já se encontra desgastado com a situação fática) a obrigação de participar de uma audiência de tentativa de conciliação e mediação contra a sua própria vontade sob pena de imposição de multa (art. 334, §8º, CPC/15) e até mesmo de nulidade processual.

Sob tal perspectiva e, em sendo a audiência de conciliação e mediação um mecanismo autocompositivo que envolve a liberdade/autonomia de vontade da parte (artigos 166 e 200, CPC/15), a interpretação do disposto no art. 334, §4º, CPC/15 não deve ser simplesmente literal e sim sistemática e teleológica, de modo que se o litigante já manifestou expressamente pelo desinteresse na conciliação e mediação, deve o juízo de primeiro grau respeitar a vontade da parte no exercício de uma faculdade legal (realizar a autocomposição) e determinar a citação do réu para apresentar defesa.

Este entendimento também se mostra coerente com os princípios da celeridade e economia processuais (art. 5º, LX, CF/88), bem como, da razoável duração do processo, levando em conta que, em sendo infrutíferas as tentativas de citação da parte ré, implicará em sucessivos cancelamentos e designações de audiências, sobrecarregando significativamente as respectivas pautas dos magistrados de primeiro grau e, por consequência, o aumento injustificado do prazo de duração do processo, motivo de angústia de todos, inclusive do jurisdicionado.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, redobrando vênia à eminente Desembargadora Relatora, divirjo de seu posicionamento para, na forma prevista no artigo 985 do CPC sugerir a seguinte tese:

- A designação de audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC não se revela obrigatória.

- Caso haja manifestação por uma das partes pelo não interesse na designação da audiência prevista no art. 334 do CPC, sem prejuízo da busca da conciliação em outra fase processual, pode o juiz dispensar a realização da audiência de conciliação e mediação, determinando, de imediato, a citação do réu para apresentar defesa no prazo legal.

- A falta de realização de audiência de conciliação não acarreta, em regra, nulidade processual.

DES. PEDRO BERNARDES DE OLIVEIRA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Ponho-me de acordo com a proposição da Eminente Relatora, até porque em adição lógica o próprio CPC e no artigo em questão, afirma que somente não será realizada a audiência, se ambas as partes a dispensarem - portanto, condição explicita para sua não realização.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ROGÉRIO MEDEIROS
VOTO DIVERGENTE DESEMBARGADOR ROGÉRIO MEDEIROS:

Ouso divergir da culta Relatora.

Sua Excelência acolhe o presente incidente de resolução de demandas repetitivas e propõe a fixação de tese, verbis:

"EMENTA: INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS - RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 985 DO CPC - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - INCIDÊNCIA ARTIGO 334 DO CPC - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.
- Para efeitos do artigo 985 do CPC, firma-se a seguinte tese:
'É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual. - É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC'".

Ora, dispõe o Código de Processo Civil de 2015:

"Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (negritos meus).

Verifiquei a questão objeto do presente incidente e concluí não se tratar de questão unicamente de direito.

Miguel Reale distinguia questões de fato e de direito:

"Pode parecer que, tendo sido demonstrada a inexistência de fatos juridicamente puros, visto não ser possível determinar juridicamente um fato sem se recorrer às normas de direito que o qualifiquem,

pode parecer que, assim sendo, não há possibilidade de se distinguir entre questão de fato e questão de direito.
"A essa conclusão negativa chega o ilustre mestre Recaséns Siches, mas pensamos que não lhe assiste razão. Trata-se, aliás, de matéria da mais alta relevância, pois, se não houvesse distinção entre questão de direito (direito em tese) e questão de fato, ruiria toda a construção relativa ao sistema vigente no Brasil para uniformização de jurisprudência, admitindo, por exemplo, julgamento prévio do Tribunal pleno de 2ª instância quando suas Câmaras divergem sobre direito em tese. Da mesma índole é o recurso extraordinário que a Constituição assegura também em hipóteses que não envolvam matéria de fato.
"Tudo está em situar o assunto em dois momentos distintos. Para que haja 'questão de fato' não é essencial eu não se considerem problemas de direito, pois vimos que isto seria inviável. Questão de fato é atinente ao fato na sua existência (sobre se o fato F efetivamente se deu) e se o mesmo apresenta, à luz da prova produzida pelas partes, a configuração C, isto é, com tais ou quais elementos constitutivos. O reconhecimento de que o fato, que interessa ao Direito, não se explica segundo nexos causais não altera os dados do problema.
"No fundo, 'questão de fato', equivale à 'questão atinente à prova do fato que se deu', nada havendo de estranhável que, para a sua determinação, o juiz efetue juízo de valor, em função das normas aplicáveis à espécie, pois o que ele qualifica é uma situação de fato irreversível. Em verdade, a questão de fato versa sobre o que já foi feito ou já ocorreu, e que, como tal, se acha circunscrito, definitivamente, no espaço e no tempo. É a razão pela qual o fato não pode ter senão o 'significado' correspondente aos elementos que ficaram delimitados em sua estrutura espácio-temporal, com a sua objetiva e intocável 'configuração histórica'. A finalidade da prova é reconstituir o fato, assim entendido, mas, muito embora sobre os 'elementos fatuais' ou subjacentes não haja divergência, pode haver enfoques jurídicos diversos.
"A 'questão de direito', ou 'direito em tese', surge, propriamente, quando juízes diferentes, para resolver a mesma questão de fato, invocam normas jurídicas sobre cujo significado e alcance dão entendimentos diversos: a divergência não se desenvolve, pois, no plano fático ou da prova, mas no plano da 'compreensão normativa', envolvendo pressupostos doutrinários e princípios. Daí falar-se em 'direito em tese'.
"Devemos notar que às vezes a determinação jurídica do fato, para saber se estamos perante o fato F1, ou então perante o fato F2, pode suscitar questões de direito que condicionam, previamente, a determinação probatória.
"Quer seja prévia, quer seja posterior, em relação à certificação probatória, parece-nos que é sempre possível distinguir a questão de direito, a qual pode ser posta com abstração do fato, cuja estrutura não se discute; ou então para saber, em tese, quais os requisitos que deve reunir um fato para ter ou não a qualificação pretendida pelas partes.
"É claro que muitas vezes não é fácil, podendo mesmo ser extremamente difícil, extremar uma questão da outra. Em casos excepcionais, quando as questões de fato e de direito se acham estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhável o julgamento prévio do Tribunal, ou a admissão do recurso extraordinário" (in Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1980, p. 207-208, negritos no original).

Igualmente:

"A questão de direito (quaestio iuris) é aquela onde se debatem somente pontos de vista jurídicos, isto é, matéria de Direito.
"A questão de fato (quaestio facti) é aquela em que se discutem ou se esclarecem situações jurídicas decorrentes de acontecimentos ou ações do homem, capazes de produzirem direitos e obrigações" (apud De Plácido e Silva. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 8ª ed., 1984, p. 11, negritos no original).

"O inciso I do art. 330 prevê o julgamento antecipado da lide se for exclusivamente de direito a questão de mérito ou, sendo esta de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.
"O deferimento da tutela pretendida pelas partes, vale dizer, a composição do conflito de interesses colocado como objeto do processo, depende da certeza do magistrado quanto aos fatos que lhe servem de suporte. Da mihi factum, dabo tibi jus. A dificuldade para dizer o direito reside na certeza ou incerteza sobre os fatos por ele qualificados. Mas a verdade perseguida pelo magistrado é uma verdade que sofre limitações na sua busca, derivadas da preeminência atribuída aos fins de pacificação social do processo. A pesquisa da verdade, pelo juiz, não é apenas problema lógico, é também problema jurídico. E a verdade que ele porfia por determinar é uma verdade formal, em contraposição ao que se poderia

chamar de verdade real. Em outros termos: importa mais à ordem jurídica o restabelecimento da paz social que a exaustiva apuração dos fatos, como ocorridos na vida; e 'por mais mínima que seja a restrição imposta à liberdade do juiz na pesquisa da verdade, o processo dessa pesquisa degenera em mero processo formal de fixação', nas expressões de CARNELUTTI. Buscasse o juiz, no processo civil, a verdade real, para que só então prestasse a tutela reclamada, e não se poderia determinar, a priori, o momento de conclusão do processo, nem os seus autos seriam numerus clausus.
"Sendo a verdade buscada no processo uma verdade formal, subordinada à preocupação política da pacificação social atribuída ao processo, há um momento considerado ótimo no procedimento e após o qual já não mais se admite cogitar sobre fatos, impondo-se ao magistrado dizer o direito, formando sua convicção com apoio no que se tenha provado nos autos. Este é o momento considerado, pelo legislador, como adequado para o exame do mérito.
"A certeza sobre os fatos, por conseguinte, traduz a oportunidade ótima para o magistrado dizer o direito que, como consequência deles, incidiu. As formalidades processuais destinadas a assegurar a formação do convencimento do magistrado outra finalidade não têm. elas são legisladas e devem ser cumpridas na medida em que e somente quando necessárias para a formação desse mesmo convencimento.
"A instrução da causa serve a esse fim: proporcionar às partes oferecer ao juiz os elementos de convicção de que ele carece e assegurar ao magistrado obtê-los, nos limites em que a natureza dispositiva do processo o autoriza" (apud José Joaquim Calmon de Passos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, artigos 270 a 331, 6ª ed., 1991, p. 492-493, negritos no original).

E mais:

"Ocorre o julgamento antecipado da lide, diz o Código, quando a questão de mérito for unicamente de direito. Quando isso se verifica?
"A doutrina, sem discrepância, ensina que objeto de prova devem ser apenas os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Não controvertido o fato, é ele fato certo, em condições de merecer a conotação jurídica que lhe deve acrescentar o magistrado. Por conseguinte, se os litigantes expressamente acordam sobre os fatos controvertidos da lide, nada existe a provar. Transferir-se o exame do mérito da causa para outro momento que não o do encerramento da fase postulatória é disciplinar formalidades processuais vazias de sentido, vale dizer, é sobrepor o meio ao fim, numa inversão de valores que traduz péssima política processual, senão uma antipolítica.
"A primeira regra a se retirar, por conseguinte, é de que não havendo controvérsia sobre o fato, o juiz julgará de logo o mérito da causa, excluída a instrução em audiência. Costuma-se dizer, nesses casos, tratar-se de questão exclusivamente de direito, traduzindo-se com isso a situação de apenas divergirem os litigantes quanto às consequências jurídicas de fato a respeito do qual estão plenamente acordes" (apud José Joaquim Calmon de Passos. Comentários ao Código de Processo Civil cit., p. 494, negritos meus).

Há alguns anos, sustentei a ausência de nulidade pela não realização da audiência de conciliação prévia, prevista pelo artigo 331, caput, do Código de Processo Civil de 1973 (GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. Da ausência de nulidade pela inobservância do artigo 331 do CPC. Belo Horizonte, Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Belo Horizonte, vol. 58-59, págs. 33-36, citado por Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, São Paulo, Saraiva, 31ª edição, 2000, pág. 394).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

"Direito civil e processual civil. Família. Ação de investigação de paternidade 'post mortem'. Audiência de conciliação. Exame de DNA. Não realização. Provas testemunhal e documental suficientes para formar o convencimento do TJ/PB. Não há omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente a lide, não havendo necessidade de se discutir as teses jurídicas tais como destacadas pelas partes, bastando que no julgamento haja a devida entrega da prestação jurisdicional.
"Superada a fase de conciliação e julgada a causa, inútil anular o processo para realizar a audiência prevista no art. 331 do CPC, sob a premissa de abrir prazo para a realização de perícia genética pelo método de DNA, considerada a peculiaridade da declarada resistência e desinteresse dos réus, conforme destacado no acórdão impugnado, ao longo de 10 anos de tramitar desassossegado do processo.
"A decisão pela necessidade - ou não - da produção de prova é uma faculdade do Juiz, a quem

unicamente cabe avaliar se há no processo elementos e provas suficientes para formar sua convicção.
"A formação do convencimento do i. Juiz, no sentido de reconhecer a paternidade deu-se com base no conjunto de provas apresentadas no processo, notadamente a prova testemunhal e documental. Para tanto, identificou o i. Juiz o preenchimento de três requisitos: (i) se houve relações sexuais da mãe da investigante com o investigado; (ii) se a concepção da investigante coincidiu com o período de relacionamento sexual entre os pais; (iii) se houve aparente fidelidade da mãe da investigante ao investigado.
"O Juízo de convicção foi formado a partir desse quadro fático, que se mostrou suficiente para a declaração de paternidade mantida no acórdão impugnado, sendo vedado, nesta via recursal, o reexame dos elementos da prova produzida em sua plenitude no processo, cabendo ao Juiz da causa, rente às circunstâncias específicas do processo e conforme seu prudente arbítrio, modular a prova necessária para a formação de seu convencimento.
"Não é viável aos recorrentes formular pedido de realização de prova pericial em fase recursal, se permaneceram inertes no momento processual adequado para a instrução do processo. O pedido de reconhecimento de paternidade foi julgado procedente, com base na prova existente no processo, suficientemente produzida, e a não realização da perícia deu-se exatamente por força da conduta processual dos recorrentes.
"Se o quadro probatório do processo mostra-se suficiente para atestar a paternidade, não há porque retardar ainda mais a entrega da prestação jurisdicional, notadamente em se tratando de direito subjetivo pretendido por pessoa que teve sua condição de filha mutilada, material e afetivamente, ainda na infância, para somente aos 40 anos, ter seu direito indisponível à filiação restaurado.
"Recurso especial conhecido, mas não provido" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 914.429-PB, minª Nancy Andrighi, DJe 02.02.2010, negritos e grifos meus).
"CIVIL E PROCESSUAL. NULIDADES PROCESSUAIS. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. (...) A não realização da audiência de conciliação não importa nulidade do processo, notadamente em face de não ter havido instrução probatória e do fato de que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo, podendo as partes transigir a qualquer momento. Precedentes. (...)" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 611.920-PE, min. Aldir Passarinho Junior, DJe 19.08.2010, negritos e grifos meus).

O entendimento acima exposto sobrevive na vigência do Código de Processo Civil de 2015:

"(...) A ausência de audiência de conciliação não induz à nulidade do processo, nas hipóteses previstas no art. 330, inciso I, do CPC/1973, notadamente quando o julgamento antecipado da lide for embasado em prova documental robusta e suficiente (...)" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.677.957-PR, min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 30.04.2018).

Este Tribunal de Justiça de Munas Gerais decidiu pela ausência de nulidade, em virtude da não designação da audiência. Tal designação não é obrigatória e poderão as partes transacionar a qualquer momento (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.040809-0/001, des. Domingos Coelho, julg. 16.08.2017).

Outrossim, dispõe o Código de Processo Civil:

"Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. (...)
"Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.
§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.
§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (...)".

Comenta Humberto Theodoro Júnior sobre o sistema de nulidades do Código:

"Embora se reconheça a importância das formas para garantia das partes e fiel desempenho da função jurisdicional, não vai o Código, na esteira das mais modernas legislações processuais, ao ponto de privar sempre o ato jurídico processual de efeito apenas por inobservância de rito, quando nenhum prejuízo tenham sofrido as partes.
"O princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, segundo o qual o ato só se considera nulo e sem

efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.
"Assim, dispõe o art. 277 do NCPC que 'quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'.
"Entretanto, em qualquer caso, mesmo quando haja expressa cominação de nulidade para a inobservância de forma, o juiz não decretará a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta: (a) se não houve prejuízo para a parte (art. 282, § 1º); (b) quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (art. 282, § 2º).
"Isto quer dizer que o ato mesmo absolutamente nulo não prejudicará a validade da relação processual como um todo. Daí poder-se afirmar que, pelo princípio de instrumentalidade dos atos processuais, como regra geral predominam as nulidades relativas no processo" (in Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 52ª ed., 2011, p. 576, negritos no original).

Anotei jurisprudência:

"Não basta invocar nulidade do ato processual, tornando-se imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente havido, inexistente, 'in casu'. Em face do princípio da finalidade e ausência de prejuízo, resta descaracterizada a ofensa ao art. 132 do CPC. A simples alegação de afronta ao texto legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, uma vez que o Princípio da Identidade física do Juiz não tem caráter absoluto, podendo ceder frente ao Princípio da Instrumentalidade.
"'Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz. As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação tem por intuito a agilização da prestação jurisdicional' (REsp nº 149366/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 09/08/1999)" (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo nº 654.298-RS, min. José Delgado, DJU 27.06.2005).

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO À IMAGEM. NOTÍCIA DE CRIME. VEICULAÇÃO DA FOTO E DO NOME DE MENOR. PROIBIÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PETIÇÃO INICIAL MAL FORMULADA. CARACTERIZAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. PRECEDENTE. RECURSO ACOLHIDO. I - O direito à imagem constitui direito personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, em proteção à sua vida privada. A legitimidade ativa, portanto, é da própria pessoa que teve sua imagem indevidamente veiculada, que em juízo pode ser representada ou assistida por quem de direito. II - Não obstante a deficiência técnica na redação da petição inicial, depreende-se dos autos que o autor da ação indenizatória é o menor, estando o pai apenas como assistente, não se justificando, assim, a extinção do processo por ilegitimidade ativa, em obséquio ao formalismo que o processo contemporâneo repudia. III - O processo contemporâneo há muito que repudia o formalismo exacerbado, recomendando o aproveitamento dos atos sanáveis, adotando a regra retratada no brocardo pas de nullité sans grief. E já pertence ao anedotário da história processual a nulidade declarada tão só pelo uso da palavra vitis (videira) em vez da palavra arbor (árvore)" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 182.977-PR, min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 07.08.2000).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE. 1. Não se conhece da alegada violação do art. 1022 do CPC/2015, quando a causa de pedir recursal se mostra genérica, sem a indicação precisa dos pontos considerados omissos, contraditórios, obscuros ou que não receberam a devida fundamentação, sendo aplicável a Súmula 284 do STF. Precedentes. 2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, "inexiste nulidade processual quando ausente prejuízo às partes, (pas de nulitté sans grief) em observância ao princípio da instrumentalidade das formas no âmbito do direito processual" (AgInt no AREsp 1138899/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019). 2.1. "A vedação constante do art. 1.021, § 3º, do CPC não pode ser interpretada no sentido de se exigir que o julgador tenha de refazer o texto da decisão agravada com os mesmos fundamentos, mas outras palavras, mesmo não havendo nenhum fundamento novo trazido pela agravante na peça recursal" (EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1705978/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/09/2019, DJe 13/09/2019). 3. Na hipótese, o aresto recorrido encontra apoio na orientação jurisprudencial firmada por esta Colenda Corte sobre a matéria, o que atrai a

incidência da Súmula 83/STJ. 4. Para infirmar as conclusões a que chegou o Tribunal de origem, demandaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que é vedado nesta instância extraordinária, a teor da Súmula 7/STJ. 5. Agravo interno desprovido" (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.432.580-SP, min. Marco Buzzi, DJU 31.03.2022, já na vigência do CPC de 2015).

A vexata quaestio, pois, para além do plano jurídico abstrato, requer exame fático, caso a caso, em torno da ocorrência, ou não, de prejuízo, em decorrência da não realização da audiência de conciliação prévia.

De resto, o processo deve ser considerado um instrumento a serviço da paz social, encarecem Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:

"Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem; e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político" (Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed., 1990, p. 42-43, negritos no original).

Em obra monográfica, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que doutrinadores e operadores do processo têm a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis, os quais, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito. Todos os princípios e garantias constitucionais devem ser havidos como penhores da obtenção de resultados justos, sem receber um culto fetichista que desfigura o sistema. Devem ser interpretados sistematicamente e em consonância com os valores vigentes ao tempo da interpretação. É preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis:

"A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça. (...)
"Reserve-se sempre aos princípios político-constitucionais o seu posto de fatores responsáveis pela consistência, harmonia e legitimidade do sistema; eles são seguros pontos de partida, ou momentos de inserção de uma ciência na grande árvore do conhecimento humano (Reale), sem os quais sequer uma interpretação segura é possível" (in Nova era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11-14, negritos no original).

Luiz Guilherme Marinoni também discorre com maestria sobre o tema:

"A ideia de uma teoria apartada do ser levou ao mais lamentável erro que um saber pode conter. É certo que todo saber, quando cristalizado através de signos, afasta-se de sua causa. O pensar o direito, no entanto, tornou-se um pensar pelo próprio pensar. Um pensar distante da causa que levou ao cogito do direito. Toda a teoria que nega a sua causa distancia-se dos seus verdadeiros fins, isto é, dos fins relacionados com a sua causa. Foi o que aconteceu com o direito processual. A demonstração da autonomia do direito de ação, é certo, foi importante para o evoluir do direito processual, como todo pensar teórico tem a sua importância para a cultura. O que não é possível é que em nome da ciência exista o esquecimento do homem. O pensar qualquer ramo do Direito deve ser o pensar o direito que serve para o homem" (in Novas linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., p.18).

E acrescenta, em outro ensaio:

"Se o processo civil é um instrumento para a adequada tutela dos direitos, e se, nesta linha, o procedimento constitui apenas uma técnica para a boa e correta prestação do serviço jurisdicional, é lógico que o procedimento não pode distanciar-se dos direitos a que deve proteger, e muito menos das necessidades da sociedade contemporânea, sob pena de não poder atender aos novos direitos e assim

transformar-se em uma espécie de técnica inútil para realizar as finalidades que o Estado tem a missão de cumprir" (MARINONI, Luiz Guilherme. A prova na ação inibitória. Curitiba: Genesis - Revista de Direito Processual Civil, nº 24, abril-junho de 2002, p. 312-322, trecho citado à p. 314).

Não se pode olvidar, outrossim, a festejada doutrina de Kazuo Watanabe, segundo a qual, hoje, a ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, com os requisitos de: a) direito à informação; b) direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e e) direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (apud Ada P. Grinover, in O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 9-10).

No referente à efetividade do processo, discorreu Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"Barbosa Moreira, um dos que mais têm se ocupado do tema, após registrar a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo, ressalvando as divergências existentes, sintetiza proposições consensuais em alguns pontos, dentre os quais o que proclama que 'o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento', na mesma linha, aliás, da conhecida e quase centenária lição de Chiovenda: 'Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'égli ha diritto conseguire'" (in A efetividade do processo e a reforma processual. Belo Horizonte: Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, vol. 50, 1993, p. 42).

Nesse sentido:

"Em nenhuma ordem jurídica basta apenas haver direitos; estes devem também ser exequíveis. A exequibilidade não é, no entanto, uma característica peculiar do direito. Uma ordem jurídica que renuncie, em princípio, à exequibilidade, renuncia a si própria; põe a sua observância ao dispor do interessado. Daí que é característica de toda a ordem jurídica que os direitos do indivíduo sejam, em princípio, também exequíveis. A questão é apenas como pode ou tem de ser. (...)
"A substituição da justiça privada pelo processo Estatal confere-lhe o seu primeiro e natural fim. Qualquer processo, seja processo penal, civil ou administrativo serve, como instituição, quer a paz jurídica, quer a realização e verificação do direito objetivo, da ordem jurídica" (JAUERNIG, Othmar. Direito Processual Civil. Coimbra: Almedina, trad. F. Silveira Ramos, 25ª ed., 2002, p. 35-36, negritos no original).

Conforme a jurisprudência, o objeto maior do processo é o desfecho com decisão de mérito:

"Os modernos princípios de acesso ao Judiciário buscam facilitar a decisão de mérito. Os obstáculos processuais devem ser afastados, sempre que possível. Decorrência da instrumentalidade do processo" (Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 51.764-SP, min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 10.08.1995).

Por derradeiro, impor-se, por IRDR, nulidade processual, em razão da não realização de audiência de conciliação prévia, afronta, a meu sentir, o princípio da duração razoável do processo.
A Emenda Constitucional n° 45/2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O juiz tem o dever de zelar pela rápida solução do litígio (art. 125, II, CPC, 1973); ou de velar pela duração razoável do processo (art. 139, II, CPC, 2015).
Desde a segunda metade do século XX, com efeito, despontou a preocupação com a celeridade e a efetividade do processo, ou seja, a obtenção, a bom tempo, do resultado prático que a aplicação das refinadas teorias deve proporcionar a quem necessita do processo judicial. É o que expõe Moniz Aragão:

"Relevantes diplomas internacionais fixaram orientação nova para a atividade processual. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, a assegurar não só o direito de acesso aos tribunais, como um 'remédio efetivo'; a Declaração Americana dos Direitos do Homem, a garantir um 'procedimento simples e breve'; a Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais da Comunidade Europeia, que impõe ser a causa apreciada 'em prazo razoável'; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José, que fala igualmente em 'prazo razoável'. Tais instrumentos preceituam no âmbito universal, reiterado em países europeus e americanos, não só o acesso ao Poder Judiciário - o 'dia na Corte', prescrito na Carta da ONU - como a decisão em prazo aceitável. A Corte Europeia dos Direitos do Homem tem aplicado sanções a Estados que retardam a prestação jurisdicional" (in O Processo Civil no limiar de um novo século. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 353, janeiro-fevereiro de 2001, p. 53-68, cit. p. 54).

A doutrina italiana considera que a tutela jurisdicional, para ser efetiva, deve ser tempestiva. A Lei Constitucional de 23.11.1999, acrescentou ao artigo 111 da Constituição da Itália o princípio da duração razoável do processo. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem considera direito fundamental da pessoa humana a solução da controvérsia em prazo razoável. A Corte Europeia, por sua vez, estabeleceu parâmetros, desde já consolidados, para avaliar a duração razoável de um processo: as peculiaridades do procedimento, a complexidade da controvérsia, o comportamento das partes e o porte do órgão público envolvido (CONSALES, Biancamaria e NACCIARONE, Lucia. Compendio di Diritto Amministrativo. Napoli: Edizioni Simone, 18ª ed., 2008, p. 440).

Na Itália, o regulamento D.P.R., de 13 de fevereiro de 2001, disciplina o uso de instrumentos de informática e telemática nos processos civil e administrativo (CONSALES, Biancamaria. Compendio di Diritto Processuale Amministrativo. Napoli: Edizioni Simone, 4ª ed., 2007, p. 125).

Cito Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

"Além disso, é inegável que o cidadão tem direito a uma tutela tempestiva. Lembre-se que a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, § 1º, garante que toda 'pessoa tem direito a uma audiência equitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial', ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º- que tem plena vigência no território brasileiro, em face do art. 5º, § 2º, da CF-, afirma que 'toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)'.

"É necessário que ao tempo do processo seja conferido o seu devido valor, uma vez que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo terá uma maior capacidade para atender aos anseios do cidadão, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.

"Quando é reivindicado um bem da vida, o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem.

"Ora, se o processo retira da vida seu próprio impulso, ele não pode- apenas porque se destina a descobrir a 'verdade'- deixar de considerar as necessidades do cidadão, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida como também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado" (in Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 51-52, negritos meus).

Em suma, com reiteradas vênias:

1 - 1 - A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas exige, simultaneamente, os seguintes requisitos: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (artigo 976 NCPC, negritos meus);

2 - o objeto do presente incidente não se trata de questão unicamente de direito;

3 - consideráveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais sustentam a ausência de nulidade pela não realização da audiência de conciliação prévia, notadamente em face de que a norma processual visa a dar maior agilidade ao processo, podendo as partes transigir a qualquer momento;

4 - o sistema de nulidades do Código de Processo Civil de 2015 consagra o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais;

5 - a vexata quaestio, pois, para além do plano jurídico abstrato, requer exame fático, caso a caso, em torno da ocorrência, ou não, de prejuízo, em decorrência da não realização da audiência de conciliação prévia;

6 - o processo deve ser considerado um instrumento a serviço da paz social;

7 - no referente à efetividade do processo, vigora a antiga lição de Chiovenda: "Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'égli ha diritto

conseguire";
8 - conforme a jurisprudência, o objeto maior do processo é o desfecho com decisão de mérito: "os obstáculos processuais devem ser afastados, sempre que possível; decorrência da instrumentalidade do processo" (Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 51.764-SP, min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 10.08.1995);
9 - impor-se, por IRDR, nulidade processual, em razão de não realização de audiência de conciliação prévia, afronta o princípio da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988); e
10 - verberava Rui Barbosa: "a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta" (in Oração aos moços. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951).

Pelo exposto, voto pela NÃO ADMISSÃO do presente incidente de resolução de demandas repetitivas.

Caso superada a preliminar, peço vênia à Relatora para acompanhar a divergência apresentada pelo Des. Rui de Almeida Magalhães.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ESTEVÃO LUCCHESI

Acompanho o judicioso voto proferido pela douta Relatora, com algumas considerações.

Com efeito, da análise sistemática dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, vê-se nítida intenção do legislador em prestigiar as técnicas de autocomposição da lide, pois que a solução consensual das contendas é inegavelmente instrumento mais eficaz para a pacificação dos conflitos do que a vontade imposta por uma decisão judicial sujeita a inúmeros recursos.

Desse modo, a designação da audiência de conciliação não é faculdade do Julgador, ele deve designá-la, conforme a clara dicção do art. 334 do CPC.

Comentando o indigitado dispositivo legal, assim pontua a doutrina:

1. Citação para audiência. Uma das novidades em termos procedimentais do Novo Código está na previsão de uma audiência de conciliação ou de mediação antes da apresentação da defesa pelo demandado. Trata-se de previsão que visa a estimular a solução consensual dos litígios (art. 3º, §2º, CPC), concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Além disso, constitui manifestação de uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de ultima ratio para composição dos litígios. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais (arts. 319 e 320, CPC) e não for o caso de improcedência liminar (art. 332, CPC), o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência. A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

(...)

Note-se que não basta, para obstar à realização da audiência, que apenas uma das partes não queira a sua realização. O legislador refere que ambas as partes devem expressamente manifestar o desinteresse na composição consensual. Uma interpretação favorável à autocomposição - que constitui a diretriz interpretativa preferida pelo legislador, art. 3º, §2º, CPC - determina que a audiência só não seja realizada se ambas as partes expressamente manifestarem o desinteresse. Apenas uma delas manifestando-se contra, o legislador aposta na possibilidade de a conciliação ou de a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência. (...) (grifo nosso) (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 355-356)

Com tais acréscimos, subscrevo integralmente o judicioso voto proferido pela eminente Relatora.

DES. ANTÔNIO BISPO

Eminente Relatora,

Dispõe o artigo 334 do Código de Processo Civil:

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.

Como se vê a designação da audiência ocorre em um momento onde somente a parte autora eventualmente se manifestou contra ou pela possibilidade de conciliação, devendo o réu fazê-lo, por petição, apresentada com 10 dias de antecedência contados da data da audiência (§5º artigo 334 CPC).

O §8º estabelece a obrigatoriedade do comparecimento das partes, possibilitando a aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Como se vê, há um devido processo legal instituído pelo legislador processual, que busca na conciliação uma forma de solução de litígios mais célere para atender ao último princípio do artigo 37 da Constituição Federal. Eficiência.

Destarte, essa eficiência não poderá se descuidar dos demais princípios, muito menos da cláusula pétrea do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal:
"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

Ressalto que embora possa parecer insignificante essa audiência preliminar de conciliação, se comparada com a importância da decisão saneadora do artigo 357 do CPC, ambas são obrigatórias no contexto do devido processo legal e não podem ser mitigadas sob pena de comprometer todo procedimento que integra a prestação jurisdicional.

Isto posto alinho-me ao voto da e. relatora para ADMITIR O IRDR.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Acompanho a Douta Relatora, com as considerações que passo a expor.

A teor do art. 334 do CPC, a designação de audiência de conciliação, ressalvados os casos de improcedência liminar, é obrigatória. Sua realização é que pode não ocorrer, o que implica dizer que a audiência não é obrigatória para as partes, se a ela ambas se opuserem, não sendo bastante a oposição unilateral.

É certo que a audiência de conciliação não é obrigatória. Porém, só é voluntária para as partes. Em relação ao Juízo há o dever específico de sua designação - salvo nos casos em que evidentemente o direito material não admitir autocomposição.

Assim, depreende-se do sistema que a norma impõe dever processual ao Juiz, de agir com autoconteção no limiar da demanda. Reforça tal dever a previsão como ato atentatório à dignidade da justiça, da conduta da parte que não comparecer à audiência (art. 334, §8º, do CPC).

É dizer, descabe qualquer juízo hipotético acerca do sucesso da audiência, para se deixar de designá-la fora da hipótese expressa do art. 334, §4º, I do CPC. A norma não se dirige à inteligência do julgador, senão que se lhe impõe à vontade. Do contrário, o íntimo subjetivo do julgador acabaria por retirar das partes a importante oportunidade pedagógica de construção da cultura da pacificação social - que tanto inspirou o Código.

Pode-se concluir, na verdade, que a norma subtraiu, por completo, ao Juiz o controle da efetiva realização da audiência - tema cometido exclusivamente à vontade das partes.

Por isso, deve ser privilegiada a opção da atual codificação que deslocou a audiência para antes da resposta do Réu, quando o litígio já está instaurado.

Não prevalece a inteligência que se fixara sob o Código revogado, cujo art. 331, após reformado, passou a tê-la como facultativa para o Juiz. Nem cabe resgatar as razões que teriam justificado tal descenso, porque o legislador de 2015 quer prestigiar a conciliação, na realização da norma fundamental do §3º do art. 3º do CPC.

É como Voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS

Não sendo o caso de proferir voto de desempate na forma do art. 29, XV, RITJ, abstenho-me de apreciar o incidente.

SÚMULA: "NA FORMA PREVISTA NO ARTIGO 985 DO CPC, POR MAIORIA, ACOLHERAM O IRDR PARA FIXAR A TESE JURÍDICA A SER APLICADA"