

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em caráter terminativo, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2004, de autoria do Senador Pedro Simon, que "acrescenta parágrafo ao art. 331 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obrigando o advogado a comparecer na audiência preliminar sob pena de perda da prova requerida, e dá outras providências".

RELATOR: Senador RAIMUNDO COLOMBO

I – RELATÓRIO

Esta Comissão examina, em caráter terminativo, o Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2004, de autoria do eminente Senador Pedro Simon.

O art. 1º da proposição tem por escopo acrescentar um § 4º ao art. 331 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), facultando ao Juiz a dispensa da produção probatória requerida pela parte cujo advogado, injustificadamente, deixe de comparecer à audiência preliminar, para ratificar o pedido.

O art. 2º, por sua vez, determina a entrada em vigor da Lei na data de sua publicação.

Na justificação, o ilustre autor da matéria – reproduzindo os argumentos da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que elaborou o pertinente anteprojeto de lei – sustenta que, a despeito da relevância da audiência preliminar, expediente destinado a permitir, com

fulcro nos princípios da oralidade e da concentração, que o Juiz, em um só momento, organize o processo, saneando-o, a prática tem se revelado burocrática, porquanto tal audiência tem sido utilizada para fins meramente conciliatórios, ignorando-se os demais objetivos do ato, entre os quais se destaca a necessidade de delimitação dos pontos controvertidos.

Argüiu, a propósito, que a tarefa de fixação da controvérsia, para atingir o resultado esperado, deve ser realizada, indispensavelmente, com a presença física das partes, assistidas por seus procuradores, aos quais incumbe o ônus de concorrer para a precisa delimitação dos fatos da causa e das provas a serem produzidas.

Ocorre que os advogados, por entenderem a audiência preliminar como mera oportunidade de conciliação, deixam de comparecer ao ato, contribuindo, assim, para a morosidade dos litígios, uma vez que passam a ter que se fazer, por escrito, a determinação dos pontos divergentes e a manifestação dos demandantes sobre as provas que pretendem produzir.

Afirmou, finalmente, que há que se mudar essa mentalidade, tornando-se efetivos os princípios da oralidade e da concentração almejados, acrescentando-se ao art. 331 do CPC dispositivo que estabeleça, para os advogados, o ônus do comparecimento à audiência preliminar.

A proposição não recebeu emendas.

Por força do Requerimento nº 515, de 2009, o PLS nº 135, de 2004, tornou a tramitar autonomamente.

Reproduzimos, por convergir com o nosso entendimento, o relatório apresentado sobre a matéria, perante esta Comissão, pelo Senador Tião Viana.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 101, incisos I e II, alínea d, do Regimento Interno desta Casa, cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade dos temas que lhe são submetidos, bem assim, no mérito, sobre direito processual.

Quanto aos requisitos formais e materiais de constitucionalidade, nada há a opor ao PLS nº 135, de 2004, tendo em vista que compete privativamente à União legislar sobre direito processual, a teor do disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal (CF), bem como por não ter sido vulnerada cláusula pétrea alguma. Ademais, a matéria se insere no âmbito das atribuições do Congresso Nacional, em conformidade com o caput do art. 48 da Carta Magna.

No que concerne à juridicidade, o projeto se afigura irretocável, porquanto i) o meio eleito para o alcance dos objetivos pretendidos (normatização via edição de lei) é o adequado, ii) a matéria nele vertida possui o atributo da generalidade e iii) se revela dotada de plena efetividade.

No mérito, conquanto reputemos louvável a iniciativa do nobre Senador Pedro Simon, destinada a prestigiar a moderna tendência de oralização do processo civil, mediante a imposição da presença obrigatória das partes e de seus procuradores à audiência preliminar como forma de contribuir para a agilização da entrega da prestação jurisdicional, entendemos inconveniente o mecanismo eleito para a consecução do propósito almejado, pelas seguintes razões.

É que não obstante tenha sido a audiência preliminar instituída em nosso ordenamento processual, sob influência do direito germânico, com o propósito de incentivar a autocomposição dos litígios – o que se espera ocorra sempre que o direito em disputa na causa comportar transação –, não se limita ela à tentativa conciliatória, porquanto, não obtido o acordo, deve o juiz valer-se da ocasião para sanear o processo, fixando os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais

pendentes e determinando as provas a serem produzidas, com a designação de audiência de instrução e julgamento, se necessária.

Ocorre que o acréscimo, pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, de § 3º ao art. 331 do Código de Processo Civil mitigou a importância do instituto em comento, conforme salienta Humberto Theodoro Júnior, ao vaticinar sobre a relutância dos juízes ao uso dessa inovação no processo civil brasileiro (Curso de direito processual civil, vol. I, 2004, p. 376):

A Lei nº 10.444, de 07.05.2002, acrescentou o § 3º ao art. 331 que praticamente anulou o esforço para habituar os juízes brasileiros ao importante instituto da audiência preliminar, pois abriu-lhes a oportunidade de não realizá-la ‘se as circunstâncias da causa’ evidenciarem ser improvável a transação. A lei do menor esforço conduzirá grande número de juízes a seguir a velha rotina de marcar a audiência de instrução e julgamento sem tentar a conciliação e sem, infelizmente, efetuar a triagem que a lei destinou à audiência preliminar (art. 331, § 2º).

A última reforma andou na contramão das legislações processuais mais avançadas, ao se afastar da política de obrigatoriedade da audiência preliminar. Não é só pela possibilidade de conciliação entre as partes que a importância dessa audiência tem sido ressaltada nas legislações européias. Sobretudo pela definição do objeto do processo em trabalho de franca e direta cooperação entre juízes e partes, é que se valoriza esse estágio procedimental, por meio do qual se concentra o tema do debate e se definem as provas pertinentes e admissíveis.

No mesmo rumo converge Ernane Fidélis dos Santos (**Manual de Direito Processual Civil**, vol. I, p. 426), quando assevera que *a discricionariedade do juiz, quanto à designação da audiência [preliminar], é, agora, absoluta, a ponto, pode-se dizer, de ser ela a regra e não a exceção, mesmo porque a experiência demonstrou não ser a conciliação muito comum.*

Note-se, pois, que a disciplina da audiência preliminar em vigor no sistema brasileiro não considera obrigatória a presença das partes e de seus procuradores. Realmente, não existe, em princípio, sanção processual alguma aplicável aos casos de não comparecimento dos

litigantes, segundo preleciona esse mesmo processualista (*op. cit.*, p. 425), *ipsis verbis*:

Embora o art. 331 pareça impor a obrigatoriedade da presença das partes ou de seus procuradores à audiência de conciliação, não ficou prevista nenhuma sanção processual ao não comparecimento. A participação das partes na conciliação passa a ser-lhes, assim, simples faculdade e não ônus, de tal forma que a única consequência de ausência é a consideração de frustração do ato conciliatório, não se impondo ao faltoso qualquer prejuízo processual.

Não obstante a inexistência de sanção processual a respeito da ausência das partes ou de seus procuradores na audiência preliminar, não nos parece que a medida preconizada no projeto de lei em apreço vá ao encontro do propósito de aprimoramento do sistema processual civil brasileiro.

Isso porque se revela inconveniente sacrificar, a título de sanção, o direito de produção das provas requeridas pelas partes, porquanto, como bem apontou Humberto Theodoro Júnior (*op. cit.*, p. 383), o processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autos, que o juiz busca localizar essa verdade.

Com efeito, não se pode negar que os influxos publicistas que recebe o processo nos sistemas político-constitucionais marcados [como o nosso] pela busca do bem-comum, na lição de Cândido Rangel Dinamarco (A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 287), aliados ao fato do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa resultaram num maior dimensionamento do direito à prova, havendo, mesmo, uma relação direta entre o efetivo exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, assim entendida como proteção efetiva do direito material em disputa.

Nesse diapasão, Cândido Dinamarco lamenta que, embora não lhe sobre espaço entre os ‘institutos fundamentais do direito processual’, a prova ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema, pois dela

depende o correto exercício da jurisdição (fidelidade à vontade concreta do direito) e sem ela a garantia de ação e o ‘jus exceptions’ careceriam de conteúdo substancial (op. cit., p. 231).

Ora, se a prova judiciária é o principal instrumento utilizado pelo juiz para a formação da sua convicção em torno dos fatos deduzidos pelas partes em juízo, e se é o magistrado o principal destinatário dessas provas, porquanto deve se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio, não faz sentido algum privá-lo desse relevante expediente processual, que lhe dá condições para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença.

Como se vê, a impossibilidade de produção de provas já requeridas pelas partes, como decorrência do seu não comparecimento, ou de seus procuradores, à audiência preliminar, conforme pretende a vertente proposição, mostra-se em desconformidade com o atual momento metodológico da ciência processual, caracterizado pelo encontro de todos (os diversos temas) em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural, o ‘due process of law’ e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados (Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 20-21).

Dessarte, se o enfoque decorrente dessa visão instrumentalista privilegia a análise do processo para o seu aspecto externo, revelando uma nova perspectiva que se volta para os seus objetivos e resultados a perseguir – entre os quais, a sua própria efetividade –, não somente no plano individual, mas, sobretudo, no coletivo e social, não se pode conceber a criação de mecanismo processual que inabilite o juiz à utilização da prova como autêntico meio de acesso à ordem jurídica justa (Roberto Sampaio Contreiras de Almeida. In *Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, Ano 38, nº 152, out/dez de 2001, p. 24).

III – VOTO

Em face do exposto, opinamos pela **rejeição** do Projeto de Lei do Senado nº 135, de 2004.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator