

Processo civil coletivo (Projeto de Lei nº 5.139, de 2009) e a audiência preliminar: contribuições para a efetividade e a tempestividade

Júlio Cesar Goulart Lanes

RESUMO

Trata-se de estudo que analisa a audiência preliminar prevista no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, dando destaque à efetividade e à tempestividade processuais.

Palavras-chave: Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Audiência preliminar.

Collective Civil Procedure (Statute Law Project n. 5.139/2009) and the preliminary hearing: Contributions for the effectiveness and tempestivity

ABSTRACT

This paper analyzes the preliminary hearing provided in Draft Law nº 5.139, of 2009, highlighting the effectiveness and timing of procedure.

Keywords: Draft Law nº 5.139, of 2009. Preliminary hearing.

1 INTRODUÇÃO

No curso do presente ano, a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965) completa quarenta e cinco anos, a ação civil pública (Lei nº 7347, de 1985) comemora seu vigésimo quinto aniversário e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) atinge seu vigésimo ano de existência. Não se deve esquecer, ainda, do mandado de segurança coletivo, presente no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, assim como na Lei nº 12.016, de 2009. Ao mesmo tempo, e relacionado aos diplomas legais antes apontados, tem-se o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, encaminhado ao legislativo mediante a Mensagem nº 238, de 13 de abril de 2009, que poderá marcar decisivamente o destino da tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹ Acerca

Júlio Cesar Goulart Lanes é Mestre e Doutorando em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Contratos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Sócio do Escritório Andrade Maia Advogado.

¹ Apropriadas, aqui, as conclusões do Ministro Teori Zavascki: "Compõem o universo do processo coletivo dois grandes domínios: o da tutela de direitos coletivos e o da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. A clareza a respeito da conceituação e da delimitação de cada um deles é pressuposto indispensável à adequada interpretação e compreensão de todo o subsistema. Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente *indivisíveis* (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que

do tema, o Ministro da Justiça esclarece que o projeto ambiciona ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, intensamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de disciplinar a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não amparados pela atual Lei nº 7.347, de 1985. Vai além, dizendo que o atual Código de Processo Civil, por estar fundado na concepção do liberalismo individual, não atende ao novo patamar jurídico-científico imposto pelo alto grau de complexidade e especialização dignas da tutela coletiva.²

É obrigatório que se diga que a sorte do projeto é uma incógnita, visto que rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Contra tal decisão, o Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, apresentou recurso à Mesa Diretora da Câmara, para que o projeto possa ser apreciado pelo Plenário. Também como reação, os 18 membros da comissão de juristas,³ instituída pelo Ministério da Justiça, responsáveis pela elaboração da versão da nova lei, divulgaram nota técnica, reafirmando a enorme importância desse movimento legislativo, na qual destacam ser “um Projeto de Lei generoso com a sociedade brasileira, com avanços significativos no Sistema Único Coletivo, preparando o Brasil para um direito processual adequado para o Século XXI”.

Além da referida rejeição, o emprego acima do verbo “poderá” deve-se ao fato de que há uma comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux trabalhando na elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, sendo possível que essa futura codificação influencie os processos coletivos. Por exemplo, está evoluída a discussão sobre o denominado “incidente de coletivização”, por meio do qual os deslindes de ações individuais estarão condicionados ao resultado do processo coletivo. O futuro registrará o curso legislativo que tiver sido eleito, mas seja ele qual for, acredita-se que o estudo do processo coletivo merece imediato e intensificado esforço.

Em caminho da delimitação do objeto da investigação proposta, alcança-se, por escolha, a audiência preliminar, regulada no artigo 331 do Código de Processo Civil. Trata-se de um instituto há muito presente no nosso ordenamento processual, mas que merece revisitação, porque pode auxiliar na melhor aplicação da nova disciplina

determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação)”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.283-284.

² Antes de tal desfecho, na opinião de alguns era iminente a aprovação do Projeto de Lei em questão. Cfr. MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Primeiras impressões sobre o inquérito civil no anteprojeto da nova lei da ação civil pública brasileira. In: *Revista Jurídica*. São Paulo, a.57, n.382, ago. 2009, p.42-43.

³ São eles: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; André da Silva Ordacy; Antonio Augusto de Aras; Antonio Carlos Oliveira Gidi; Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Elton Venturi; Fernando da Fonseca Gajardoni; Gregório Assagra de Almeida; Haman de Moraes e Córdova; João Ricardo dos Santos Costa; José Adónis Callou de Araújo Sá; José Augusto Garcia de Souza; Luiz Manoel Gomes Junior (relator); Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Ricardo Pippi Schmidt; Rogério Favreto (Presidente); Sergio Cruz Arenhart.

do processo coletivo, mais precisamente em razão das expressas disposições sobre a audiência contidas no recentíssimo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009.

Como sabido, o novo não deve importar no injustificado abandono dos institutos já perenes. Pelo contrário, estes institutos merecem ser valorizados e, principalmente, provocados. Deles é importante que se extraia a melhor aplicação. A comunicação entre a legislação consolidada e aquela que está por nascer poderá permitir resultados estimulantes. O olhar atento sobre os acertos e os erros do passado significa prudência. Seguramente, evitar falhas, muitas vezes, acaba sendo mais tormentoso do que manter acertos. As profundas e extensas modificações que marcam os movimentos reformistas do processo civil brasileiro sempre tiveram na alça de mira: segurança jurídica, efetividade e tempestividade.⁴ Mais do que isso, por força da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, a razoável duração do processo foi claramente abordada como direito fundamental, tendo sido estabelecido que a todos, no “âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Com tais contornos está sendo aguardada a nova Lei da Ação Civil Pública.

É claro que as transformações legislativas não se erigem de modo despropositado ou inocente, estão, na realidade, atendendo aos anseios sociais. Daí se nota ser complexa, tensa e indefinida a sorte do processo civil. É que uma decisão justa não impõe atraso ao jurisdicionado. Ao mesmo tempo, não basta decidir depressa: é preciso decidir corretamente.⁵ Eis aí um dilema de proporções descomunais.

Nesse ambiente é que se insere a proposta de pesquisa, concebida, principalmente, para que seja respondida a seguinte indagação: a audiência preliminar do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, tem condições de contribuir em favor da efetividade e tempestividade do processo coletivo?

Introduzido o tema, inicie-se a tentativa de seu enfrentamento.

2 A NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

Antes que a atenção recaia especificamente sobre o processo coletivo, faz-se indispensável a abordagem direta dos elementos de uma audiência preliminar. Para

⁴ O presente artigo adotará as definições apresentadas por Marco Jobim em sua dissertação de mestrado, na qual, ao enfrentar a problemática sobre o tempo do processo, afirma que “o Estado deva garantir o processo tempestivo, tem ele que assegurar os meios que afiançam a celeridade em sua tramitação, ou seja, em outras palavras, caso o processo seja intempestivo, pode ele ter sido célere em várias fases de sua tramitação, como, por exemplo, no prazo do juiz para sentenciar”. Ainda esclarece o autor: “O processo, muitas vezes, pode passar por diversas fases morosas, mas nem por isso deixou de ser tempestivo. Aliás, pode o processo ser na sua essência moroso, pelas inúmeras diligências que devem ser realizadas para que ele se torne efetivo, sem com isso adentrar no conceito de intempestividade”. JOBIM, Marco. *O direito fundamental à duração razoável do processo e a responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Canoas, 2009.

⁵ FREITAS, José Lebre de. *Experiência-piloto de um novo processo civil*. In: ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DO PORTO. *Novas exigências do processo civil*. Organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra, 2007. p.218.

tanto, elegeu-se, por sua maior aplicabilidade, o instituto da audiência preliminar prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil, sem, contudo, qualquer desmerecimento a outros ordenamentos. Trata-se tão somente de uma opção metodológica, objetivando situar o leitor e firmar com ele ajustes necessários ao deslinde da proposta de ensaio. Não se desconhece, contudo, que o projeto que será abaixo esmiuçado sofreu influência do Código Modelo de Processo Coletivo e dos dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo, com envolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Realizadas as observações acima, apura-se que a atual redação do artigo 331 é resultado de uma evolução legislativa, uma vez que a matéria em questão foi disciplinada de diferentes formas, segundo a contribuição de distintas leis. Marcando a última alteração, há a Lei nº 10.444, de 2002. Além disso, como sabido, a nossa audiência preliminar encontrou inspiração no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina⁶.

Dos valiosos propósitos contidos no artigo 331 do Código de Processo Civil, ganha excepcional importância a possibilidade de ser obtida a transação, termo eleito pelo legislador, que, sem dúvida, se refere ao interesse conciliatório das partes. A propósito, conforme já explicitado pelo Ministro Luiz Fux, o novo Diploma Processual conterà exigência de exaustiva tentativa de conciliação antes do ajuizamento de ações.

Obviamente, como a conciliação é um ato por meio do qual as partes encerram um litígio mediante concessões mútuas, indiscutivelmente acaba privilegiada a ambicionada tempestividade processual. A espera pela futura e indefinida decisão acaba.

A conciliação deve ser encarada como uma norma geral do processo, individual ou coletivo. Ao juiz está endereçado o dever de tentar acordar as partes. Infelizmente, constata-se que tal missão não vem sendo desenvolvida a contento, não obstante os enormes esforços do Poder Judiciário, conforme demonstram suas campanhas nacionais em prol da conciliação. Nos Estados Unidos, 95% das causas cíveis acabam por força de acordo obtido antes da sentença.⁷ A duração desarrazoada do processo fere um direito legítimo do jurisdicionado, situação que pode ser alentada pelo término prematuro da disputa, sempre que conquistada uma composição amigável.

Não se nega, em hipótese alguma, que a atuação do juiz, ator principal na tarefa de promover justiça no conflituoso, complicado e mutável contexto social, fica cada

⁶ O Código de Processo Civil-Tipo é o resultado de árduo trabalho de renomados juristas, tendo sido consolidado e aprovado na 12ª Jornada, realizada no Rio de Janeiro. A audiência preliminar, por sua vez, está lá regrada no seu artigo 300.

⁷ Confirmando a informação, diz Thomas A. Mauet: "Over 95 percent of civil cases filed in court settle before trial. The law prefers settlement and has created several methods to accomplish it. Judges prefer settlement, and the trend has been toward greater judicial involvement, principally by using pretrial conferences to get the adversaries together to discuss settlement possibilities. Finally, most clients ultimately prefer settlement over the increased expenses and uncertainties of a trial. Small wonder, then, that lawyers settle most cases before trial". MAUET, Thomas A. *Pretrial*. 6th ed. New York: Aspen, 2005, p.347.

vez mais infausta, até porque, como membro e representante do Judiciário, dispõe do poder e do dever de “não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais”.⁸ Relacionado a tais aspectos, convém recordar que a Emenda Constitucional 45 modificou o artigo 93, inciso XIII, da Constituição Federal, dispondo que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. É claro que, lamentavelmente, há verdadeiro abismo entre o que a Constituição Federal prevê e aquilo que realmente acaba materializado no mundo dos fatos. De qualquer modo, tal limitação não pode – em hipótese alguma – tornar estéril o estudo envolvendo a duração do processo.

As possibilidades ofertadas pelo artigo 331 não se esgotam na tentativa de conciliação, pois a audiência preliminar também é um instrumento facilitador do saneamento do feito.

A decisão saneadora tem por finalidade desimpedir o caminho à instrução da causa, sendo necessário o estudo dos pressupostos processuais e das condições da ação.⁹ Já segundo as palavras de Buzaid, o despacho saneador tem a função de expurgar os vícios e defeitos do processo.¹⁰

O despacho saneador pode, sem dúvida alguma, ser proferido pelo magistrado de modo isolado, ou seja, sem o contato direto com as partes e seus procuradores, em seu gabinete, por exemplo. Porém, conforme já defendido, sendo o processo procedimento em contraditório,¹¹ as vantagens do seu adequado saneamento, além de contarem pontos em favor da segurança jurídica, permitem uma marcha mais simples, já que afastados os vícios processuais.¹² Sabidamente, não está o juiz obrigado ao aprazamento da audiência para a realização do ato aqui em debate, tratando-se de mera faculdade. Acredita-se, muito embora, sejam marcantes os benefícios, exatamente pelo emprego da técnica da oralidade, fator decisivo ao diálogo processual, entre partes e julgador.

Subindo-se outro degrau, merece atenção o fato de a audiência preliminar também cuidar da fixação dos pontos controvertidos.

Por “pontos controvertidos” compreende-se o choque de alegações ou razões envolvendo fatos e fundamentos. Normalmente, do confronto travado entre a inicial e a contestação, nascem os elementos da controvérsia.

A fixação dos pontos controvertidos é uma atividade de extrema racionalidade, em que resta prestigiada a economia processual, em razão de a instrução do feito ficar, dentro do possível, isenta de medidas probatórias inúteis e impertinentes, traços de uma indesejada sobrevida do processo.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.360.

⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p.57.

¹⁰ BUZOID, Alfredo. *Estudos de direito: do despacho saneador*. São Paulo: Saraiva, 1972, pp.43-44.

¹¹ FAZZALARI, Elio. *Instituizione di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975, p.29.

¹² LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.189.

Essas são as principais finalidades da audiência preliminar, segundo o dispositivo legal mais aplicado no nosso dia a dia forense, motivo pelo qual eleito para a análise.

3 A AUDIÊNCIA PRELIMINAR E O PROJETO DE LEI 5.139, DE 2009

Não obstante a legislação vigente dispor sobre ações coletivas, o Projeto de Lei 5.139, de 2009, sob a relatoria do Deputado Biscaia, adota proposta de criação de um Sistema Único Coletivo.¹³ Para tanto, traz à tona uma série de relevantes inovações, que envolvem, por exemplo: ampliação dos direitos coletivos tuteláveis; o rol de legitimados; a tutela antecipada e a execução da multa; regras de competência; o inquérito civil; o cadastro nacional de processos coletivos, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta; amplitude da coisa julgada; liquidação e execução das sentenças do processo coletivo.¹⁴

Para enfrentar-se o tema, não se pode esquecer de alguns dos princípios da tutela coletiva, devidamente estampados na futura lei, sendo eles: (a) duração razoável do processo; (b) isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; (c) publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; (d) dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva.

Já sobre os aspectos afetos ao procedimento, o projeto reconhece expressamente uma audiência preliminar, ponto de interesse do presente estudo. Aliás, diante dos princípios acima apontados, indubitavelmente, o ato em questão se sobressai em importância. Ademais, mesmo que tal audiência esteja fundada em modelos anteriormente concebidos, inegavelmente encontra-se um ar de novidade, isso pelo motivo de a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não conterem diretamente um regramento similar. Hoje, dependem da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Além da futura influência das experiências processuais ofertadas pela aplicação do artigo 331 do Código de Processo Civil, não pode ser desmerecido o fato de o Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos ser o principal idealizador das disposições concebidas pelo projeto naquilo que diz respeito à audiência preliminar. A simples confrontação de seus dispositivos demonstra a gritante similitude.

¹³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras – projeto de Lei nº 5.139/2009. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.1, fev./mar. 2005, p.5.

¹⁴ Sobre tais temas leia-se: TESHEINER, José Maria. Ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos e o projeto de Lei nº 5.139/2009. In: *Interesse Público*, ano 12, n.59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp.67-82.

Com certeza, especialmente ao se falar de efetividade e tempestividade do processo, o tema da audiência preliminar merece atenção da comunidade jurídica, ainda mais quando observado o possível grau de impacto de um processo coletivo perante os diversos segmentos de nossa veloz sociedade.

Por conseguinte, segundo o projeto, encerrada a fase postulatória, deverá o julgador designar a audiência preliminar, devendo comparecer as partes e seus procuradores, devidamente capacitados a transigir.

O juiz determinará a oitiva das partes que se manifestarão sobre os motivos e fundamentos da demanda. Ato seguinte, observada a natureza disponível do direito em discussão,¹⁵ objetivar-se-á a tentativa de conciliação. Nada de inusitado, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em ação civil pública,¹⁶ já decidido ser desnecessária a audiência preliminar quando a controvérsia envolver direitos indisponíveis, tal como aqueles que envolvam atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, nos termos do projeto, diante de eventual indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

A exemplo da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, independente da tentativa de conciliação na audiência preliminar, a mediação e a arbitragem também são possíveis. Além disso, está autorizada a composição resultante da avaliação neutra de terceiro. Essa é sigilosa, inclusive para o juiz. Não vincula as partes e tem o firme propósito de orientação em favor da solução amigável.

Dada a magnitude dos interesses e dos direitos atrelados ao processo coletivo, bem como em função de seu possível alcance perante a vida de um significativo número de jurisdicionados, não se vê como seja possível não redobrar esforços em favor da conciliação, sendo o ambiente da audiência preliminar ideal para tal intento. Ao que se acredita, trata-se de ato processual que acolhe o melhor daquilo que é esperado da efetividade e da tempestividade de um processo judicial. É que, ao natural, no desfecho amigável, não há espaço para o *tudo* ou *nada*. Não existem o *ganhar* ou *perder*, que tanto influenciam o comportamento das partes.

É preciso insistir: se o acordo é tão valioso em um conflito tipicamente individual, mais ainda o é em uma demanda coletiva. Sustentando tal afirmativa, basta a constatação de que o ingresso de um número de centenas, de milhares ou quicá de milhões de ações individuais, pode ser evitado, restando desafogado o tão assoberbado Judiciário brasileiro, exclusivamente em função da sorte de um processo coletivo.

Frustrada a conciliação, o magistrado dará início ao saneamento do feito. O projeto é bastante explícito quanto aos atos processuais que serão praticados nesta

¹⁵ Sobre o tema ver: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp.76-91.

¹⁶ Recurso Especial nº 327.408 – RO (2001/0061360-1), Relator Ministro João Batista Dias; Recorrente João Batista Dias; Recorrido Ministério Público do Estado de Rondônia.

fase. Para que seja alcançada a necessária efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional, deverá o juiz aferir a possibilidade do trâmite da ação na forma coletiva. Com o idêntico norte, poderá ser determinada a separação dos pedidos em ações coletivas distintas. Para tanto ficará de um lado a tutela dos direitos individuais homogêneos e, de outro, a proteção dos interesses ou direitos difusos e coletivos. Tal prerrogativa foi copiada do sistema norte-americano e é conhecida como *formação de subclasses*.¹⁷

No Direito estado-unidense, quando há disputa acerca da certificação da ação como coletiva, decorrente, invariavelmente, da alegação do réu no sentido de que esta não tem condições de prosseguir na forma coletiva,¹⁸ a questão poderá ser solucionada em uma *preliminary hearing*, caso o juiz conclua seja esta necessária. Em tal oportunidade, as controvérsias sobre questões de fato e de direitos serão solvidas, podendo as partes apresentar seus argumentos e produzir as provas relevantes para a certificação. Importante ter-se presente que a certificação é uma decisão preponderantemente processual, uma vez que avalia exclusivamente o cabimento da ação. Não faz coisa julgada material, podendo ser revertida ou modificada antes da decisão de mérito. Ainda sobre o Direito americano, vale referir a anterior prática de ser aprazada uma *preliminary hearing on the merits*, na qual o objetivo era a análise do mérito da causa e a probabilidade de vitória do grupo, antes de existir a certificação. A Suprema Corte, em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, compreendeu não estar a certificação da causa ligada à probabilidade de êxito no mérito da pretensão coletiva.¹⁹

Evoluindo-se a discussão, observa-se que o projeto admite a causa de pedir aberta. O ponto atrai preocupação. Nas ações coletivas, enquanto não prolatada a sentença, o julgador poderá deferir o requerimento do autor no sentido de alterar o pedido ou a causa de pedir, desde que realizado de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser permitido o contraditório, composto de manifestação no prazo mínimo de quinze dias e possível complementação da prova. Exigem cautela tais propostas. Os riscos de excessiva duração do processo e, até mesmo, de incertezas no trâmite da ação são muitos. Por outro lado, ganha ainda mais mérito o adequado saneamento do feito, vencendo-se, desde cedo, as desnecessárias alterações de pedido ou de causa de pedir. A brevidade do presente artigo não enseja maiores digressões, ficando, entretanto, reservado o desafio de uma análise futura bem mais acurada e específica.

Ato seguinte, em verdadeira homenagem ao diálogo processual, marca maior do processo civil cooperativo, protegido pelo Estado Constitucional, fixados os pontos

¹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp.739-740.

¹⁸ Trata-se de alegações envolvendo geralmente a ausência dos requisitos previstos na *Rule 23(a)*, assim como sobre a inexistência de uma das hipóteses de cabimento da *Rule 23(B)*.

¹⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.200-202.

controvertidos e solvidas as questões processuais pendentes, o julgador determinará a responsabilidade pela distribuição da prova, observando: (a) o que as partes detêm de conhecimentos técnicos e informações sobre os fatos; (b) a facilidade na demonstração dos conhecimentos técnicos e dos próprios fatos; (c) a possibilidade das partes ajustarem o ônus probatório, desde que esse ajuste não dificulte demasiadamente a defesa do direito de uma delas. Os critérios de distribuição poderão ser redefinidos a qualquer momento, basta a constatação de fatos novos.

Evitando surpresa, o projeto determina o dever de o magistrado esclarecer as partes quanto à distribuição do ônus da prova. Relembre-se, a propósito, ser o ônus da prova uma técnica de julgamento. Conforme ensinou Chiovenda, a oralidade, compreendida como imediatidade de contato entre o juiz que vai pronunciar a sentença e os elementos de que deve obter sua convicção é crucial para a aplicação do princípio da livre convicção em oposição ao sistema da prova legal.²⁰

A possibilidade de diálogo entre partes e julgador, segundo idealizado pelo projeto, deve ser recepcionada com entusiasmo. Beneficia-se, com isso, a efetividade. Em Portugal, para que a decisão judicial não seja proferida com base na falta de informação, deve o juiz esclarecer as partes sobre as dúvidas que tenha quanto às alegações, às posições ou aos pedidos formulados. Dissertando sobre o assunto, Miguel Teixeira de Souza esclarece que na condução e intervenção do processo, os julgadores, os mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para que seja obtida, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.²¹

Também prestigiando o princípio do livre-convencimento racional, pode o juiz determinar de ofício a produção de provas, sem, é claro, desrespeitar o constitucional direito do contraditório. Relacionado ao tema, existe expressa disposição no projeto no sentido de o magistrado poder utilizar a prova pericial em sede de tutela liminar, no intuito de elaborar uma decisão que “melhor atenda aos interesses do processo e das partes, assim caracterizados como o da celeridade, o da economia processual, o da segurança jurídica e o da busca da verdade real”.²²

A título de ampliar rapidamente o objeto do estudo proposto, interessa referir a prerrogativa de o juiz ou tribunal submeter o objeto da ação coletiva a audiências públicas.

No que se refere às audiências, anda bem o projeto, quando brinda a participação social, possibilitando maiores elementos ao difícil ato de julgar e, conseqüentemente, reforçando a efetividade processual. Destarte, o princípio da publicidade é ainda mais

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. In: PROCESSO Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p.137.

²¹ SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n.86, abr./jun. 1997, p.62.

²² FORSELINI, Yuri John. O anteprojeto de lei de ação civil pública e a flexibilização do procedimento que autoriza ao juiz a determinação de prova pericial de ofício. In: *REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB*, 1ª quinzena de março de 2010, n.5, 2010, p.157.

relevante ao processo coletivo, representando alicerce na estrutura da democracia, principalmente ao constatar-se que sua ausência serve ao propósito de manobras obscuras e injustas, pois amordaça a crítica e o controle da sociedade. A publicidade dos atos é condicionante do devido processo legal, assim como da própria isenção do julgador. Tudo isso está em maior relevo quando atinente ao processo coletivo. Supor diferente seria uma ingenuidade.

4 RELEVÂNCIA E ALERTA SOBRE A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DO PROCESSO CIVIL COLETIVO

O artigo 331 do Código de Processo Civil diz que o julgador está dispensado de designar a audiência preliminar quando a causa versar sobre direitos que não admitem transação ou, ainda, quando as circunstâncias evidenciarem o improvável alcance de uma composição amigável.

Independente da verificação das hipóteses lançadas no parágrafo acima, é consenso jurisprudencial não resultar em nulidade o não-aprazamento dessa solenidade preliminar. A própria verificação de existir ou não circunstâncias que evidenciem a possibilidade de transação envolve matéria demasiadamente genérica, podendo o julgador optar pelo não aprazamento, sem necessitar de esforço para fundamentar sua vontade. Observa-se, ainda, que a lei é silente quanto ao não-cumprimento desse dever por parte do juiz. Gravíssimo também o fato da ausência das partes à audiência preliminar não legitimar qualquer espécie de penalidade processual.

Diante de tal realidade, o insucesso da audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil é uma desalentadora realidade.

Ao que tudo indica o não-aprazamento da audiência preliminar concebida no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 só está autorizado quando verificada a hipótese de julgamento antecipado da lide. Em que pese assim dispor o texto legal, julga-se crucial o alerta: a falta da audiência deverá importar em nulidade do processo, sob pena de, mais uma vez, ficar tal instituto reservado ao papel, ou seja, sem utilidade prática na vida forense.

Como visto, todos os participantes do processo devem lutar pela adequada implementação da audiência preliminar nas ações coletivas, pois são muitos os benefícios que podem dela ser colhidos. Para a efetiva busca da conciliação, não há melhor caminho. E, transpondo-se a pretensão conciliatória, há a audiência como instrumento facilitador do saneamento do processo e da fixação dos pontos controvertidos. Ambas as atividades são vitais à otimização do processo, razão pela qual devem cobrar maior respeito dos operadores do direito.

É claro que pelo simples fato de que cabe ao juiz designar a audiência em questão, inegavelmente, sobre ele recai especial responsabilidade. Importante, assim,

seja cobrado para tanto. Além do mais, o juiz deve fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu, sob pena de trair a missão que lhe foi confiada.²³

Por último, entende-se ter falhado gravemente o projeto quando deixou de ser categoricamente severo com a hipótese da ausência injustificada das partes nesta solenidade inicial. Roga-se seja tal lacuna suprida. Trata-se, até mesmo, de meio apto à valorização da prestação jurisdicional, pois não se concebe esteja a parte imune de uma penalidade, quando deliberadamente opta pelo não-comparecimento. Essa conduta afronta o necessário dever de cooperação.²⁴ E, demonstrando ser o presente entendimento uma tendência, há muito a aqui homenageada, professora Elaine Harzheim Macedo, já proferia lapidar lição no seguinte sentido: “As partes, seus procuradores, todos aqueles que, de alguma forma, atuam na relação processual devem ser chamados à responsabilidade de seus atos, afastando-se, tanto quanto possível, a litigância que denigre a imagem do homem brasileiro, na medida em que o processo é público, cogente e necessário para a realização última do bem social”.²⁵

5 CONCLUSÕES

A concepção deste pequeno ensaio, ao analisar a audiência preliminar prevista no Projeto de Lei que disciplina a ação civil pública, teve como norte um objetivo questionamento: a audiência preliminar do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, tem efetivamente condições de contribuir em favor da efetividade e tempestividade do processo coletivo?

A resposta é positiva. Seguramente, encontrar-se-ão efetividade e tempestividade por meio da audiência preliminar, que possibilitará: (a) a tentativa de conciliação; (b) o adequado saneamento do feito; (c) a fixação dos pontos controvertidos. Tais atividades se revestem inclusive de maior importância e necessidade, quando se está diante da tutela de direitos coletivos e/ou da tutela coletiva de direitos.

Respondida a questão, não se pode deixar de acrescentar duas importantes conclusões: (1º) a designação da audiência preliminar deve ser obrigatória, sob pena de nulidade do processo, ressalvada a pouco frequente hipótese de julgamento antecipado; (2º) o projeto pecou ao não prever pesada penalidade à parte que injustificadamente não comparece à solenidade aprazada.

Não se quer, de maneira alguma, adotar posicionamento demasiadamente crítico, mas, tem-se convicção de que a criação de uma legislação de vanguarda deve estar atenta aos erros do passado. Daí, as observações em apreço.

²³ TESHEINER, José Maria Rosa. Poder judiciário. In: *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v.18, n.51, mar. 1991, p.157.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v.14), pp.18-21.

²⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp.279-280.

REFERÊNCIAS

- BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito: do despacho saneador*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FAZZALARI, Elio. *Instituizione di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975.
- FORSELINI, Yuri John. O anteprojeto de lei de ação civil pública e a flexibilização do procedimento que autoriza ao juiz a determinação de prova pericial de ofício. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, 1ª quinzena de março de 2010, n.5, 2010.
- FREITAS, José Lebre de. Experiência-piloto de um novo processo civil. In: *Associação Jurídica do Porto. Novas exigências do processo civil*. Organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra, 2007.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras – Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.1, fev./mar. 2005.
- JOBIM, Marco. *O direito fundamental à duração razoável do processo e a responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Canoas. 2009.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Primeiras impressões sobre o inquérito civil no anteprojeto da nova lei da ação civil pública brasileira. In: *Revista Jurídica*. São Paulo, a.57, n., ago. 2009.
- MAUET, Thomas A. *Pretrial*. 6th ed. New York: Aspen, 2005.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n.86, abr./jun. 1997.

TESHEINER, José Maria. Ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos e o Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: *Interesse Público*, a.12, n.59, jan./fev. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. Poder judiciário. In: *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v.18, n.51, mar. 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.