

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARIANA MELO DE CARVALHO PAVONI

OS NOVOS ASPECTOS DA DECISÃO SANEADORA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2018

MARIANA MELO DE CARVALHO PAVONI

OS NOVOS ASPECTOS DA DECISÃO SANEADORA

Dissertação apresentada à
Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para
a obtenção do título de Mestre em
Direito Processual Civil, sob a
orientação do Professor Doutor
Livre-docente Olavo de Oliveira
Neto.

SÃO PAULO

2018

MARIANA MELO DE CARVALHO PAVONI

OS NOVOS ASPECTOS DA DECISÃO SANEADORA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Livre-docente Olavo de Oliveira Neto.

Data da aprovação: São Paulo, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Ao Ricardo, por sua importância fundamental em minha vida. Com você recebi os meus dois maiores presentes: Caio e Bento.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, primeiramente, o apoio incondicional do meu marido, Ricardo, e dos meus filhos, Caio e Bento. Apesar da ausência que os estudos impõem, nunca deixaram de me apoiar e se orgulharem do meu esforço.

Agradeço às minhas irmãs, Rita e Louise, pelas palavras de apoio nos momentos em que o cansaço esmorecia. Agradeço também aos meus pais, por sempre indicarem o estudo como o único caminho.

Registro meus sinceros agradecimentos ao Professor Olavo de Oliveira Neto, Mestre admirável, cuja orientação é pautada no respeito e atenção com seus alunos. Sua postura ética e cordial é exemplo a ser seguido.

Registro, ainda, meus agradecimentos à Professora Teresa Arruda Alvim, ao Professor Cassio Scarpinella Bueno e à Professora Maria Helena Diniz, cujas disciplinas ministradas no curso de Mestrado são inesquecíveis.

Quero agradecer à Tânia Aoki Carneiro, primeira incentivadora do meu ingresso no Mestrado. Com a Tânia aprendi a advogar e a estudar o processo civil brasileiro.

Por fim, agradeço aos amigos que conquistei neste importante período da minha vida e aqueles amigos de longa data que tiveram papéis importantes aqui. Destaco, mas sem desmerecimento aos demais, Yrlanna, Fernanda Pitta, Bruna, Zé Américo, Ricardo Nacle, Olga, Raquel. Além disso, obrigada Prica, Gabriela S., Gabriela G. e Patricia.

RESUMO

A presente dissertação tem como enfoque os aspectos atuais da decisão de saneamento e organização do processo, suas características, natureza jurídica, seu objetivo e, além de tudo sua utilidade para o sistema processual civil. Como será demonstrado no presente trabalho, a decisão saneadora não é instituto novo em nosso sistema, porém sofreu modificações, as quais, entende-se para melhor. O instituto evoluiu no presente ordenamento e ganhou maior envergadura e robustez no processo civil. No Código de Processo Civil atual, as questões prejudiciais, cuja decisão transitará em julgado, dependerá exclusivamente da decisão saneadora. Assim, como a litispendência em relação a essas questões. Atualmente, o juiz definirá quais questões prejudiciais têm aptidão para transitarem em julgado e, esta definição ocorrerá por ocasião da decisão de saneamento. Demonstrar-se-á que a decisão de saneamento e organização estabilizará, ou seja, será um marco definitivo para o juiz que a proferiu. Novamente, este procedimento ressalta a importância da decisão saneadora e a impossibilidade desta decisão cingir-se, meramente, ao conteúdo declaratório. As partes têm papel fundamental na decisão de saneamento e organização do processo, muito em razão da importante participação das partes no encontro da verdade dos fatos, através de uma fase de produção de provas eficiente. A decisão saneadora ganhou importância e contornos novos. Esta decisão define os rumos do processo e o presente trabalho se propõe a conhecer este velho conhecido pronunciamento judicial.

ABSTRACT

The present dissertation focuses on the current aspects of the pre-trial decision, its characteristics, legal nature, its purpose and, in addition, its usefulness to the civil procedural system. As will be demonstrated in this study, the pre-trial decision is not a new doctrine nor a new concept in Brazilian legal system, although it has undergone modifications, which, in our understanding, was for the better. The pre-trial decision doctrine evolved in the current civil procedural law and gained greater scope and robustness. In the current Civil Procedure Code, the preliminary questions, whose decision will become final and unappealable, will depend exclusively on the corrective decision. As well as *lis pendens* regarding to these matters. Nowadays, since the new Civil Procedure Code, the first instance judge will determine which of the preliminary ruling are able to be final and unappealable, and this definition will be taken at the order. It will be demonstrated in this dissertation that the conclusive opening order will stabilize and will be a definite boundary for the judge who issued it, which once again emphasize the importance of the order and the impossibility that this decision is limited, merely, to a declaratory content. The parties play a fundamental role in the pre-trial decision, largely because of the important participation of them in the search for the truth regarding the procedure, through an efficient evidence finding and evidentiary phase. The corrective decision gained great importance and new boundaries. It now defines the course of the procedure. Therefore, the present study intends to better understand this well-known judicial pronouncement.

SUMÁRIO

1. NOÇÕES GERAIS	12
1.1. Origem do saneador	12
1.1.1. A influência do direito português.....	12
1.1.2. O despacho saneador no CPC/39	18
1.1.3. O despacho saneador no CPC/73	32
1.2. Objetivo	41
1.3. Natureza jurídica - O problema do <i>nomen iuris</i> à luz da carga decisória do pronunciamento judicial.	46
2. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE.....	54
2.1. Questões prévias	54
2.2. Questão condicionante – questão condicionada.....	60
2.3. Questões preliminares e questões prejudiciais.....	63
3. PERFIL DA DECISÃO DE SANEAMENTO.....	70
3.1. Finalidade - O objetivo da atividade saneadora judicial permanece o mesmo?	70
3.2. Atividades cognitivas no saneamento	76
3.2.1. Pressupostos processuais e condições da ação.....	76
3.2.2. Questões de fato e questões de direito	89
3.2.3. Nulidades Processuais.....	96
3.2.4. Distribuição do ônus da prova	103
3.3. A importância do saneamento à luz do art. 503, do CPC.....	110
3.4. A litispendência das questões prejudiciais.	118
3.5. O julgamento antecipado e o saneamento do processo	121
4. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO DE SANEAMENTO	126
4.1. Procedimento	126
4.2. Os efeitos de uma decisão estabilizada	133
4.3. Objeto	143
4.4. Natureza Jurídica do pedido de esclarecimento. Confunde-se com embargos de declaração?	150
4.5. Decisão saneadora que não versa sobre o rol taxativo do 1.015, do CPC/15 não é impugnável?	157

INTRODUÇÃO

A decisão saneadora sempre teve tratamento peculiar no processo civil brasileiro. Embora de importância inegável para o desenvolvimento regular e eficiente do processo, nunca recebeu a atenção merecida dos seus verdadeiros operadores: os sujeitos do processo.

A resistência à decisão saneadora foi mais sentida a partir do Código de Processo Civil de 73 (“CPC/73”), quando o legislador, ciente da importância desta decisão, pretendeu atribuir às partes e ao juiz sua elaboração em conjunto, algo até então não experimentado pelo Código de Processo Civil de 39 (“CPC/39”), que atribuía unicamente ao juiz o dever de proferir, em gabinete, a decisão saneadora.

A intenção do legislador de 73 foi promissora, apesar de não ter atingido seu objetivo. Talvez, o CPC/73 tenha se excedido em sua inovação, pois delineou um procedimento concentrando a produção de atos que não se assemelhavam entre si: o saneamento e organização do processo e a tentativa de conciliação.

Resultado é conhecido de todos. Os juízes sempre com as pautas atribuladas e as partes nem sempre dispostas a transigir e, assim, a decisão saneadora quase sempre era proferida pelo juiz, limitando-a ao seu conteúdo declaratório, sem explorar todo o seu potencial em relação à organização da fase de produção de provas.

Sem contar que nos processos em que se discutiam direitos indisponíveis não havia a possibilidade de transação e a audiência preliminar nem poderia ser designada. Inegável, portanto, que a audiência preliminar, que seria o momento processual ideal para as partes e o juiz produzirem, em conjunto, a decisão saneadora, acabou por inviabilizar este mesmo procedimento.

O Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/2015”) se mostrou disposto a atingir o objetivo delineado pelo CPC/73 quanto à decisão saneadora, mas que, pelas razões expostas, não foram atingidos. A estratégia utilizada pelo CPC/15 foi a de delinear um método para produção de uma decisão saneadora, pautado no modelo constitucional do processo civil¹.

A presente dissertação tem a finalidade de analisar se a decisão saneadora, tal como delineada pelo CPC/15, tem condições de superar seu antecessor e realmente ocupar o lugar que merece no dia-a-dia.

Antecipa-se, aqui, que a atual decisão saneadora já surge com atributos importantes, na medida em que o legislador de CPC/15 não deixou de lado, em sua regulamentação, a observância de importantes princípios, como os princípios da eficiência, cooperação, razoável duração do processo, vedação à decisão surpresa.

¹ Cassio Scarpinella Bueno faz um importante alerta sobre o modelo constitucional do processo civil, *in verbis*: “Observar ‘o modelo constitucional do direito processual civil’, destarte, não é escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37-38)

Além disso, o CPC/15 disciplinou 3 (três) procedimentos diversos para a decisão de saneamento e organização² do processo. Antecipa-se que em todos os três os procedimentos possíveis, a decisão saneadora conta com a participação das partes.

Acresça-se, ademais, que os procedimentos para a elaboração da decisão saneadora trouxeram institutos jurídicos inovadores. A estabilidade da decisão saneadora, o pedido de esclarecimento, a recorribilidade diferida desta decisão, o saneamento compartilhado e o negócio jurídico das partes em relação à fase de produção de provas serão algumas dessas inovações que serão trabalhadas no presente trabalho.

Ao lado da decisão saneadora, o CPC/15 previu a extensão objetiva da coisa julgada às questões prejudiciais, dispensando a propositura de ação declaratória incidental, medida que reverberou na importância desta decisão para o processo civil como um todo.

Sem a pretensão de exaurir toda a complexidade da decisão de saneamento dentro do procedimento comum, o presente trabalho se proporá a responder algumas perguntas que vieram com todas as inovações sobre o tema. Alguns exemplos dessas indagações são:

- (i) qual é o efeito da decisão saneadora estabilizada;
- (ii) o juiz se vincula a esta decisão, de modo a não poder revê-la posteriormente;

² Na presente dissertação as expressões “decisão saneadora”, “decisão de saneamento” e “decisão de saneamento e organização do processo” serão utilizadas como sinônimas.

- (iii) o juiz, quando decide questões de ordem pública, no bojo da decisão saneadora, a ele se vincula;
- (iv) qual é a importância da decisão saneadora em relação aos pressupostos processuais negativos de existência;

A Autora deste trabalho, ao longo de sua atuação como advogada, sempre teve curiosidade pela decisão saneadora. Ao mesmo tempo em que é enaltecida por juristas do gabarito de Eliézer Rosa, passa-se, no mais das vezes, despercebida no processo civil.

O CPC/15 se propôs a mudar esta realidade. O que se propõe a estudar é a possibilidade de que alcance este objetivo por meio dos procedimentos peculiares que foram delineados para que a decisão de saneamento e organização do processo seja proferida pelo juiz.

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. ORIGEM DO SANEADOR

1.1.1. A influência do direito português

Certamente, falar em influência do direito português quando o assunto é decisão saneadora é minimizar sobremaneira a participação dos portugueses na criação e desenvolvimento do instituto. Isto porque, deve-se aos portugueses a criação de um pronunciamento judicial que divide o procedimento em duas fases, sob a perspectiva de alcançar a decisão de mérito.

A este pronunciamento judicial, os portugueses deram o nome de despacho saneador.

Destaca-se que a ideia de se separar o procedimento, de modo a conceder ao juiz uma oportunidade para conhecer questão de forma e de fundo não é inovadora. Na concepção do despacho saneador, os portugueses foram influenciados pelo modelo romano, pois, como destacou JOSÉ ALBERTO DOS REIS:

separação já se encontra no processo romano, em que o julgamento de forma se verificava na fase denominada *in jure*,

desenrolada perante o pretor, e o julgamento de mérito na fase denominada *in judicio*, desenvolvida perante o juiz.³

O despacho saneador⁴ surgiu no direito português por meio do Decreto n.º 3, de 29 de maio de 1907 (art. 9.º). Inicialmente, a doutrina e legislação denominavam-no de *despacho regulador do processo*⁵ e este ficava limitado ao processo sumário e as matérias analisadas se resumiam às nulidades, apenas.

O Decreto n.º 12.353⁶ aumentou o alcance do saneador, tanto que JOSÉ ALBERTO DOS REIS entendeu que a denominação que melhor se encaixaria ao instituto seria *despacho saneador ou expurgador*, “visto destinar-se a limpar o processo das questões que podem obstar ao conhecimento do *mérito* da causa”.⁷

O Decreto n.º 12.353 buscou o despacho do processo sumário e ampliou seus limites, estendendo-o não somente ao processo ordinário, mas também aos processos especiais que seguiam mais ou menos os trâmites do processo ordinário, com articulados, instrução, discussão e julgamento.⁸ Alargou-se, ainda, as matérias a serem analisadas no despacho saneador, incluindo-se o julgamento da legitimidade das partes e exceções dilatórias.

³ REIS, José Alberto dos. *Breve Estudo sobre Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1929. p. 151.

⁴ Utilizamos a mesma denominação dada pelos portugueses.

⁵ REIS, José Alberto dos. op. cit. p. 149.

⁶ “De forma que a disposição do n.º 1º do artigo 9º do decreto de 29 de maio de 1907 só tinha o defeito de ser restrita e acanhada; convinha ampliá-la de forma a abranger também a legitimidade das partes e as exceções dilatórias e convinha generalizá-la por maneira que se aplicasse ao processo ordinário e aos processos especiais. Foi isto o que fez o decreto n.º 12:353, de 22 de setembro de 1926, no art. 24.º”. (REIS, José Alberto dos, *Processo ordinário e sumário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1928, p. 172).

⁷ REIS, José Alberto dos, op. cit., p. 150.

⁸ BATOQUE, António, ABRANCHES, António Cesar. *Curso de processo ordinário, sumário e sumaríssimo civil e comercial*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1932. p. 248.

O artigo 24, do Decreto n.º 12.353 determinava que após os articulados que, para a legislação brasileira consiste na fase postulatória, o processo será remetido ao juiz, que dentro de quinze dias proferirá despacho com a finalidade de (i) conhecer as nulidades arguidas; (ii) verificar a legitimidade processual e *ad causam* das partes; (iii) resolver as questões que possam obstar à apreciação do mérito da causa, quer as partes as tenha levantado, quer entenda dever suscitá-las *ex officio*, de forma a não dar início a produção de provas em processo fadado a não ter o mérito conhecido (iv) conceder as partes o prazo de 8 (oito) dias para juntar documentos e apresentar rol de testemunhas.

Ainda em relação a este artigo, seguia-se o § 1.º que determinava que o juiz não poderia deixar de resolver as questões que impedissem a resolução do mérito da causa, a menos que o estado do processo lhe impossibilitasse absolutamente de tomar uma decisão, algo que deveria ser justificado para que o tribunal tivesse controle sobre a posição adotada pelo magistrado.

O §2.º indicava o recurso cabível contra este despacho, a depender do teor da matéria decidida. Assim, o despacho proferido sobre os itens (i), (ii) e (iii) cabia agravo de petição, sem efeito suspensivo, que subia imediatamente ao Tribunal, ou agravo nos próprios autos ou em separado caso a decisão tivesse posto fim ao processo.

O Decreto n.º 18.552 avançou ao determinar que no despacho saneador o juiz conhecesse outras questões mencionadas para cuja decisão o

processo lhe oferecesse os elementos necessários.⁹ A determinação deste parágrafo impôs ao juiz o dever de, no despacho saneador, conhecer de todas as questões cujos elementos necessários fossem fornecidos no processo, inclusive, o mérito da causa, tanto é assim que:

Na fase iniciada pelo Dec. n.º 18:552, o despacho adquire maior importância. À função puramente saneadora acresce a função genuinamente julgadora; [...], além de sentença de forma, passa também a ser, em certos casos, sentença de mérito.¹⁰

Em virtude da modificação instituída pelo Decreto n.º 18.552, o despacho saneador “deixou de ser um *mero despacho de saneamento*, [...]. Passou a ser também um despacho de *julgamento antecipado da lide*, nos casos em que o processo fornecesse, [...], os elementos bastantes para o *conhecimento imediato do pedido*”.¹¹

O Decreto n.º 21.287, em seu art. 102.º tornou o despacho saneador extensivo ao processo em geral, ampliando seu alcance e importância.¹²

O Decreto n.º 29.637, de 28 de maio de 1939, promulgou o Código de Processo Civil português e revogou a legislação processual e comercial até então em vigor, inclusive o Decreto n.º 21.287.¹³ O art. 514.º, do CPC/39 representava o último termo desta evolução amplificadora.¹⁴

⁹ REIS, José Alberto dos. op. cit., p. 151.

¹⁰ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. vol. I, p. 182.

¹¹ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 381.

¹² BATOQUE, António, CESAR ABRANCHES, António. op. cit. 251.

¹³ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. op. cit., p. 1.

¹⁴ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. op. cit., p. 181.

Posteriormente, o despacho saneador foi disciplinado e ampliado pelo art. 510.º, do CPC/61, “incluindo nele, embora como *peças diferenciadas*, quer a *especificação*, quer o *questionário*”¹⁵ e, atualmente se encontra disciplinado no art. 595.º, novo CPC/13,¹⁶ mantendo-se fiel às conquistas dos Decretos n.ºs 12.353, 18.552 e 21.287.

Característica fundamental do despacho saneador português é sua versatilidade, inclusive, com a possibilidade de, através dele, o juiz julgar o mérito da causa, transmutando sua natureza de interlocutória para sentença de mérito. Na legislação portuguesa, “Através de sua curiosa e interessante evolução histórica, o despacho saneador veio assim a cobrir uma série de importantes funções no desenvolvimento da acção”.¹⁷

Sabe-se que a legislação portuguesa adota o princípio da oralidade, a partir do “*célebre movimento da reforma do processo* desencadeado pelo Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926”.¹⁸

¹⁵ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. Op. cit., p. 381-382.

¹⁶ 1 - O despacho saneador destina-se a:
a) Conhecer das exceções dilatórias e nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes, ou que, face aos elementos constantes dos autos, deva apreciar oficiosamente;
b) Conhecer imediatamente do mérito da causa, sempre que o estado do processo permitir, sem necessidade de mais provas, a apreciação, total ou parcial, do ou dos pedidos deduzidos ou de alguma exceção perentória.
2 - O despacho saneador é logo ditado para a ata; quando, porém, a complexidade das questões a resolver o exija, o juiz pode excecionalmente proferi-lo por escrito, suspendendo-se a audiência prévia e fixando-se logo data para a sua continuação, se for caso disso.
3 - No caso previsto na alínea a) do n.º 1, o despacho constitui, logo que transite, caso julgado formal quanto às questões concretamente apreciadas; na hipótese prevista na alínea b), fica tendo, para todos os efeitos, o valor de sentença.
4 - Não cabe recurso da decisão do juiz que, por falta de elementos, relegate para final a decisão de matéria que lhe cumpria conhecer”.
5 - Nas ações destinadas à defesa da posse, se o réu apenas tiver invocado a titularidade do direito de propriedade, sem impugnar a posse do autor, e não puder apreciar-se logo aquela questão, o juiz ordena a imediata manutenção ou restituição da posse, sem prejuízo do que venha a decidir-se a final quanto à questão da titularidade do direito. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=501&artigo_id=&nid=1959&pagina=6&tabela=leis&nversao=&so_miolo>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁷ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. op. cit. 383.

¹⁸ REIS, José Alberto dos. op. cit. p. 372.

Instituto fundamental ao processo oral é a audiência e esta, na legislação portuguesa, é fundamental ao despacho saneador, notadamente, a possibilidade de o juiz julgar o pedido por meio desta decisão.

A audiência preparatória reúne as partes, na presença do juiz, para que elas possam discutir seus articulados e permitir ao juiz proferir o saneador, que pode ostentar natureza de sentença.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS justifica a audiência preliminar pautado em duas razões que, ao final, resumem-se a uma:

Convém que as partes produzam as suas alegações em ordem a esclarecer devidamente o juiz sobre as questões que tem que resolver no despacho saneador. Sendo assim, uma de duas: *a)* ou essas alegações haviam de ser feitas nos articulados; *b)* ou posteriormente a estes em acto especialmente destinado a este fim.

Concluía, ao final, que:

Impunha-se, portanto, a 2.^a solução; e dada a índole do novo sistema processual, estava indicado que a discussão das questões a arrumar no despacho saneador se fizesse *oralmente*, portanto em audiência própria.¹⁹

JOSÉ BARBOSA DE MAGALHAES, que foi o grande defensor da audiência preliminar na reforma de 39, atribuía o rendimento do despacho saneador à realização desta audiência. Dizia ele que:

[...]para conseguir os objetivos indicados [no despacho saneador], parece-nos que há um meio simples que não traz inconvenientes:
- é de estabelecer uma audiência de discussão, em que os advogados tratarão das questões prévias que tenham sido

¹⁹ REIS, José Alberto dos. op. cit. p. 167.

suscitadas nos articulados e de todas as mais relativas ao mérito do pedido e do próprio mérito do pedido, desde que o conhecimento delas dele não dependam de produção de prova, excepto a documental que tenha sido oferecida.²⁰

Atualmente, a audiência prévia na legislação portuguesa é dispensada quando ela se destinar apenas a (i) proferir o despacho saneador; (ii) adequar o procedimento à natureza da causa e (iii) delimitar o objeto do litígio e as provas a serem produzidas. Destaca-se, entretanto, que na hipótese de a causa estar pronta para ser decidida, o legislador português impõe ao juiz a designação da audiência prévia, momento em que a decisão saneadora, a ser proferida, terá natureza de sentença.

1.1.2. O despacho saneador no CPC/39²¹

No CPC/39, o despacho saneador²² ostentava posição de destaque em função de sua natureza instrumental à serviço da economia processual. O despacho saneador adequava-se às aspirações do CPC/39 que se resumiam a um processo civil regulado pelos princípios da oralidade e celeridade da marcha processual, como explicava PEDRO MARTINS BATISTA, autor do Anteprojeto do CPC/39:

No despacho saneador, portanto, o juiz não limita a sua tarefa à alimpação do processo, preparando-o para que, na audiência, a

²⁰ MAGALHAES, Jose Barbosa. *Estudos sobre o Novo Cód. De Processo Civil*. Lisboa, 1940. vol. I, p. 52.

²¹ “Em nosso país, manifesta a influência portuguesa, o *despacho saneador* principiou-se a esboçar-se no Código de Processo Civil do Estado de Mato Grosso, elaborado em 1928 por Jaime Ferreira de Vasconcelos, e que reproduziu o art. 24 do mencionado Decreto n. 12.353; constou, depois, por volta de 1934, do Anteprojeto de Pereira Braga e Philadelpho de Azevedo, com a dicção *despacho ordenador*, do Anteprojeto de Pedro Batista Martins, já como despacho saneador, sendo efetivamente implantado, todavia sem qualquer denominação, no art. 19 do Decreto-Lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que dispunha sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública”. (TUCCI, Rogério Lauria. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 353).

²² Utiliza-se mesma nomenclatura utilizada pelo legislador.

sua atividade e a das partes se circunscreva, quanto possível, ao tratamento do mérito. Ele pode e deve ir mais longe, mobilizando os elementos que, na própria audiência, podem contribuir para o esclarecimento das questões debatidas na causa, o que evitará o adiamento das audiências, sempre nocivos aos princípios da concentração e imediação.²³

Nas palavras de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, o CPC/39:

[...]causou verdadeira “revolução” nos meios forenses em confronto com os diplomas regionais, elaborados ao longo de 1905 (Pará, sem o nome de *Código*, termo usado, pela primeira vez, no do Rio Grande do Sul, de 1908) até 1930 (o de São Paulo, o último dos chamados grandes Estados). De certa maneira, esses Códigos locais (como permitia a Constituição Federal de 1891, num excesso de federalismo) remontavam ao vestuto Regulamento n. 737, de 1850, que, por sua vez, ainda mantinha vínculos estreitos com as Ordenações Filipinas do século XVII. A cientificidade e a modernização do processo deixavam de refletir-se no âmbito regional, embora já introduzidas em Códigos europeus.²⁴

O detalhamento do artigo 294, do então CPC/39, corrobora sua importância. Vê-se, pois, que os cinco incisos deste artigo²⁵ contemplavam (ou mesmo tentavam!) todas as providências a serem adotadas pelo juízo no despacho saneador a fim de desobstruir o *iter processual* para o proferimento da decisão de mérito.

O despacho saneador, de então, voltava-se a verificar a regularidade e legitimidade da relação processual, compreendidas aqui, as condições da ação.²⁶

²³ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. III, p. 419.

²⁴ Do saneamento do processo. *Revista de Processo*. v. 60, p. 7-14, out/dez.1990.

²⁵ José Frederico Marques denomina os incisos I, II, IV e V de “atos preparatórios do despacho saneador”. (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense., 1959, v. III, p. 268.)

²⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 57.

DE PLÁCIDO E SILVA conceituava o despacho saneador do CPC/39 à luz de sua topologia, ao afirmar que:

O ato que lhe sucede [a contestação] é o do despacho saneador, por onde se determinam todas as medidas concernentes ao cumprimento do saneamento e regularização do processo, transmutado em ordinário: remoção de faltas sanáveis, preenchimento de omissões, evidência da legitimidade de partes e de interesses, e determinação das diligências processuais requisitadas ou indispensáveis à produção das provas.²⁷

J.M. DE CARVALHO SANTOS sistematizou o objeto e alcance do despacho saneador no CPC/39:

O despacho saneador apresenta, no desenvolvimento do processo ordinário, um papel preponderante. O seu elevado alcance torna-se evidente, sem dúvida, desde que certo que ele tem estas quatro finalidades principais: *a)* conhecer das nulidades; *b)* apreciar legitimidade das partes e a sua representação; *c)* julgar as questões prévias ou prejudiciais *d)* providenciar sobre diligências para completo esclarecimento da causa.²⁸

Não se nega, contudo, que o detalhamento buscado pelo CPC/39 resultou, em certa medida, em disposições repetitivas, pois, no inciso I, determinava-se que o juiz decidiria sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público”, enquanto no inciso III o juiz “examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral.

Os dois incisos visavam aferir ou mesmo retificar os pressupostos processuais e as condições da ação, os quais, para GALENO

²⁷ SILVA, De Plácido e. *Técnica Forense e Prática Processual*. 5. ed. Rio: Forense, 1972, p. 140.

²⁸ SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1964, p. 168.

LACERDA são os requisitos necessários para a legitimidade da relação processual.²⁹

No que consiste à verificação do requisito da legitimidade *ad causam* no despacho saneador, destaca-se a posição de LOPES DA COSTA para quem, entendendo que a legitimação é mérito, afirmava que “a questão da legitimação *ad causam* não pode ser resolvida no despacho saneador”.³⁰

Certo é que o CPC/39 concedia ao exercício do direito de ação conceito ético e moral, tanto que adotou, tal como no código vigente, o interesse processual como um dos requisitos da condição da ação. O interesse processual, no caso, justificar-se-ia como o interesse moral da parte na propositura da ação, sendo que este interesse contemplava o interesse econômico.³¹

O inciso III, portanto, abarcava o inciso I, o que confirma o excesso de zelo do legislador de CPC/39.

²⁹ “Deve manter-se a distinção entre requisitos da ação e do processo, porque uma coisa é o direito subjetivo: outra, as relações jurídicas que dêle brotam. Diferem como os conceitos de termo e nexa. O primeiro, parte integrante do segundo, pressupõe exigências singulares; o último as requer plurais. Conceitos relativos, embora distintos, compreendem-se, contudo, mutuamente. Por isto, afirmamos que, no exame da legitimidade da relação processual, objeto do despacho saneador, se incluiu também o das condições da ação”. (LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 58-59).

³⁰ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Rio: Forense, 1959, v. III, p. 55.

³¹ “Nosso Código, com sabedoria, supostas, evidentemente, as demais condições da ação, isto é, a fundamentação jurídica do interesse, não lhe dá apenas um conteúdo econômico; contempla-o também em sua feição moral. Dá-lhe uma paisagem ética que se ajusta aos fundamentos filosóficos do direito. Afirmamos mesmo que a presença desse conteúdo ético deve ser preponderante na avaliação do interesse de agir.

Se, de um lado, presentes as demais condições, a ação se legitima pela simples ocorrência de interesse moral, destituído de suporte econômico; de outro, não basta a existência do último, sem a qualificação ética, o que quer dizer que em ambas as hipóteses deve estar presente essa qualificação. O interesse moral é bastante em si, para o exercício da ação; o econômico não o é, necessita ainda do primeiro. Tudo isso se condensa na fórmula, feliz e expressiva “legítimo interesse, econômico ou moral”. (LACERDA, Galeno. op. cit. p. 92)

Deveras, se o intuito era o de produzir maior rendimento ao processo, as providências dispostas no inciso I, do então artigo 294, do CPC/39 se encaixariam melhor no despacho liminar, haja vista que a inclusão de litisconsortes necessário convergia na interrupção da marcha processual. Citar-se-iam os litisconsortes que poderiam apresentar contestações ou aumentar o objeto da demanda, no caso de inclusão de Autores, o que impediria o juiz de sanear o processo no mesmo ato.

Dessa forma, o despacho saneador, na hipótese do inciso I, identificava-se mais com o despacho liminar, tendo em vista que:

A realidade é que, compelindo-se o julgador a dar o despacho saneador integral, mesmo que tenha a ordenar medidas consignadas como preliminares, deixará de *purificar o processo* de todos os defeitos que surgirem depois do cumprimento das mesmas medidas, visto que o despacho saneador já é dado e não o pode repetir. Por esta justa razão, sem que com isso venha atentar à unidade do despacho saneador, o proferirá em duas etapas, cada uma delas dentro de sua oportunidade legal.³²

Não por outra razão ELIÉZER ROSA destacava a complexidade do despacho saneador, afirmando que se tratava de típica interlocutória, na verdade, um complexo de outras interlocutórias, que, no seu conjunto, formam o despacho saneador.³³

Deve-se destacar que na concepção de ELIÉZER ROSA, toda a decisão proferida pelo Juízo, inclusive a decisão que designava a audiência de instrução e julgamento era saneadora, haja vista que este doutrinador, seguindo a lição de LIEBMAN, parte do princípio do saneamento do processo:

³² SILVA, De Plácido e. op. cit. p. 141.

³³ ROSA, Eliézer. *Do Despacho Saneador como sentença interlocutória*. Rio: GB, 1967, p. 15.

É que, partindo de uma outra lição, e esta de MACHADO, ante e acima do despacho saneador, está o *princípio do saneamento*. Enquanto este princípio não estiver satisfeito, o processo não estará em condições de ser pôsto em audiência de instrução e julgamento. A função saneadora ainda não estando completa deve o juiz completa-la, com quantos despachos forem necessários, até poder pôr a causa em julgamento.³⁴

LOPES DA COSTA discorda de ELIÉZER ROSA, na medida em que afirmava que “o despacho que fixa dia e hora para audiência é um despacho de simples movimento. A lei quer que o juiz examine o processo. Ele tem assim que declarar que o fêz”.³⁵

Discussão à parte, a opção do legislador é compreensível, pois, antes da contestação, a verificação da legitimidade das partes fica prejudicada, o que confirma a necessidade de o despacho saneador ostentar também o caráter ordenatório. Confirmando-se, novamente, a complexidade desta decisão.

No inciso II, onde se lia que o juiz “mandará ouvir o autor, dentro de três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido” não havia características claras de saneamento, porquanto, a medida ainda se cingia a fase postulatória³⁶ e, antes de ouvir o autor e verificar as provas que produzirá para infirmar os fatos alegados pelo réu, o saneamento não teria todo o seu rendimento.

³⁴ ROSA, Eliézer. op. cit. p. 23.

³⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. op.cit. p. 56.

³⁶ José Frederico Marques discorda, pois, para o autor “em havendo reconvenção, não sobem os autos desde logo para o saneador, o que somente ocorrerá em seguida ao prazo de cinco dias que tem o autor e reconvinde para contestá-la. Só depois da defesa do autor contra o pedido reconvenicional é que se encerra, normalmente, a fase postulatória, pelo que, em surgindo a *reconvenção*, tem de ser aguardado o referido quinquídio para a remessa dos autos ao juiz. (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*.: Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 269 v. III).

J.M. DE CARVALHO SANTOS lembrava, sobre a aplicação do inciso II, que a prova protestada pelo autor, com exceção do exame pericial, seria produzida na audiência de instrução e julgamento, ou seja, em vista da unidade do despacho saneador, nesta hipótese, o juízo não saneava o feito, apenas franqueava o contraditório, através da manifestação do autor,³⁷ impedindo o juiz, portanto, de atuar de acordo com o inciso V, do artigo 294.

Nota-se que a divergência encontrada na doutrina não era relevante, na medida em que a análise conjunta das atividades praticadas por ocasião do despacho saneador atingia o mesmo resultado. Há de se destacar, nesse ponto, que o verdadeiro ato de sanear se dava na hipótese do inciso IV, do artigo 294.

Ao pronunciar nulidades insanáveis, ou mandar suprir as sanáveis bem como as irregularidades, o despacho realmente saneava³⁸ o feito e evitava o prosseguimento desnecessário de um processo fadado ao insucesso.

No caso das nulidades sanáveis e/ou irregularidades, o juiz, nos termos do artigo 295, assinalava o prazo não superior a 15 (quinze) ou 30 (trinta) dias para que providências tendentes a sanabilidade fossem adotadas.

De acordo com FREDERICO MARQUES, “momento mais oportuno que na ocasião do despacho saneador não se encontra no processo,

³⁷ CARVALHO SANTOS, J.M. *Código de Processo Civil Interpretado*. op.cit., p. 177-178.

³⁸ De acordo com De Plácido e Silva, Saneador vem de “*sanear*, saneador possui a significação de *purificar, regularizador, expurgador de falhas ou defeitos, aperfeiçoador*”. (Vocabulário Jurídico, 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1245.

(...), expungindo a instância não só de irregularidades formais e lacunas, como ainda de protelações ditadas pela *chicana*”.³⁹

Nesta hipótese, tal como nas hipóteses dos incisos I e II, o despacho saneador era proferido em duas fases distintas, haja vista que o saneamento apenas ocorria no mesmo ato quando proferido nos termos do artigo 296, situação em que o juízo designava audiência de instrução e julgamento e ordenava, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito.

Todas as providências adotadas pelo juízo no saneador de 39 não foram mais incisivas, contudo, ante a opção do legislador pelos incidentes para discussão das exceções. Isto porque, o CPC/39, a exemplo do CPC/73, previa a suscitação de exceções por meio de incidentes processuais,⁴⁰ o que limitou o alcance do despacho saneador.

Lembre-se que exceções, em sentido impróprio, são divididas sob a perspectiva do direito substantivo e do direito processual. No primeiro caso, significa a contraposição, pelo réu, de causa impeditiva ou extintiva do direito do autor; no último, é a contraposição, pelo réu, de causa impeditiva ou excludente da instância.

³⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro. 1959, p. 280. v. III

⁴⁰ Comparado ao atual CPC.

As exceções constituem causas impeditivas do direito do autor, caso em que a serão dilatórias e as extintivas ou excludentes, que se dizem peremptórias.⁴¹

Sob a perspectiva do direito português, ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA conceituam exceções *lato sensu* como espécie do gênero defesa, sendo que as exceções se contrapõem à defesa-impugnação. As exceções são defesas indiretas feitas pelo réu, em que não se contesta os fatos constitutivos do direito do autor, tampouco os efeitos jurídicos desses fatos, mas lhes opõem fatos novos que refutam a pretensão do autor.⁴²

Em sentido estrito, as exceções abrangem fatos capazes de obstar a apreciação do mérito da causa, extinguindo o feito sem resolução do mérito ou remetendo-se o processo para o juízo competente e fatos impeditivos, modificativo ou extintivo do direito do autor, que resultam na improcedência da demanda. As exceções que acarretam a extinção do feito, sem resolução do mérito, permitindo a repropositura da demanda, são exceções dilatórias. As exceções que acarretam a improcedência da demanda, são peremptórias.⁴³

O artigo 182, do CPC/39 elencava quatro exceções, sendo 1(uma) dilatória e outras 3(três) peremptórias. A prescrição era matéria deduzida no bojo da contestação, não dependendo de incidente para ser decidido. No caso de incompetência absoluta do juízo, litispendência e coisa

⁴¹ AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, vol. I, p. 353-354.

⁴² op. cit. p. 291.

⁴³ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. op. cit. 291-292.

julgada, o juiz não dependia da alegação do réu, pois também eram conhecidas de ofício, preferencialmente no despacho saneador.

O regime adotado pelo CPC/39 para conhecimento das exceções através de incidentes limitou o alcance do despacho saneador na medida em que as exceções relativas à suspeição e à incompetência, eram opostas nos mesmos autos e suspendiam o curso do processo, enquanto à coisa julgada e litispendência eram suscitadas em autos apartados e lá eram resolvidas. Algo que o atual CPC corrigiu.

Outra peculiaridade do despacho saneador no diploma de 39 consistia no fato de não ser neste ato, mas sim na audiência de instrução e julgamento, o momento em que o juízo delimitava os pontos controvertidos e fixava o objeto da demanda, nos termos do artigo 269, do CPC/39.

Trata-se de verdadeira incongruência do CPC/39. Isto porque, procedimento adotado pelo CPC/39 era pautado pela oralidade,⁴⁴ porém o despacho saneador era proferido pelo juiz em gabinete, na forma escrita e sem a participação das partes.

O despacho saneador não delimitava a controvérsia antes de seguir para audiência de instrução e julgamento, o que afetava o rendimento desta que era a única audiência prevista no CPC/39. Mesmo diante desta incongruência, ENRIQUE TULLIO LIEBMAN defendia a importância do despacho saneador:

⁴⁴ “Ora, o processo oral, ao contrário, resolve-se em poucos princípios interdependentes, cuja adoção importa na impossibilidade da eternização do litígio, sem prejuízo do coeficiente de certeza e segurança do julgamento”. Pedro Batista Martins, autor do Ante-Projeto do CPC/39, In *Código de Processo Civil com índice Alfabético e analítico*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1939, p. XXXI.

Estas considerações tornam-se ainda mais decisivas num processo oral, em que a instrução e a decisão de mérito devem ser feitas em audiência. A audiência, para permitir um atento e sereno conhecimento da causa, deve ser quanto mais possível contínua e destinar-se ao estudo de um objeto delimitado e homogêneo. A necessidade de examinar e decidir questões preliminares só pode causar confusão, demora e interrupções perigosas.⁴⁵

A oralidade que preponderava no CPC/39 era o fundamento utilizado por LIEBMAN para negar, ao despacho saneador, a possibilidade de nele o juiz decidir o mérito. Para LIEBMAN, à oralidade era imprescindível a realização de audiência de instrução e julgamento, porquanto era exclusivamente neste ato que o juiz conhecia a lide e as partes e tomava o depoimento das testemunhas, analisando pessoalmente todas as provas. Não poderia, portanto, um processo tido por oral, terminar sem que sua única audiência fosse realizada.

LIEBMAN não vislumbrava, neste ponto, qualquer situação que permitisse ao juízo estar apto a julgar o mérito no despacho saneador. Para ele, àquela altura, as partes tinham realizado duas ou três participações escritas no processo (petição inicial, contestação e, em alguns casos, a réplica), insuficientes para permitir ao juízo conhecer da causa. Além disso, LIEBMAN destacava que o CPC/39 não tinha nenhum dispositivo que autorizasse o juiz a julgar o mérito antes de realizada audiência de instrução e julgamento.⁴⁶ LIEBMAN, assim, era categórico ao afirmar que:

⁴⁵ *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 767, p.737-753, set. 1999.

⁴⁶ Para Liebman, “Suprimir a audiência é o mesmo que suprimir a oralidade, ainda mais no sistema construído pelo legislador brasileiro, em que a única audiência é a de instrução e julgamento, destinada ao conhecimento do mérito”. op.cit.p. 82.

A decisão que o juiz profere nos termos do arts. 293 e 294 será despacho saneador – com efeitos de uma decisão interlocutória – unicamente no caso de sanear o processo. Se o juiz, além de sanear o processo, julgar na mesma decisão sobre a procedência do pedido, haverá uma sentença definitiva; e se, ao contrário, houver decisão no sentido de não poder o processo ser saneado por motivo de uma nulidade insanável ou da falta de requisitos estabelecidos em lei, teremos uma decisão terminativa do processo sem resolução do mérito.⁴⁷

LOPES DA COSTA e ELIÉZER ROSA concordavam com LIEBMAN, tanto que para esses autores a impossibilidade de se decidir o mérito da causa na ocasião do saneador diferenciava o despacho saneador português do despacho saneador brasileiro.

LOPES DA COSTA destacava que o saneador brasileiro era “exclusivamente *saneador*, saneando, limpando o processo de todas as questões que possam obstar a que o juiz se manifeste sobre o pedido, ou, por outras palavras, pronuncie uma sentença de mérito”.⁴⁸

CELSO AGRÍCOLA BARBI discordava de LIEBMAN, pois entende ser possível ao juiz julgar o processo *por ocasião do despacho saneador*. Para AGRÍCOLA BARBI, a audiência de instrução e julgamento não era imprescindível à preservação da oralidade do procedimento, mas sim “a essência da oralidade está em que o julgador deve colher diretamente a prova, notadamente a testemunhal ‘*latu sensu*’, ter contato íntimo com esse material de convicção. Em resumo, o principal na oralidade é a *imedição*”.⁴⁹

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 80-81.

⁴⁸ *Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. III, p. 49.

⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Despacho saneador e julgamento do mérito*. Aula Inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1º de março de 1968. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/400/372>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

FRANCISCO CAMPOS, ao explicar as características do processo orientado pela oralidade, acabou por confirmar o acerto de AGRÍCOLA BARBI:

O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitue a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas.⁵⁰

GALENO LACERDA era outro importante doutrinador que refutou com entusiasmo as justificativas de LIEBMAN para proibir, ao juiz, decidir o mérito por ocasião do saneador.

De acordo com GALENO LACERDA, a audiência de instrução e julgamento não era ato essencial ao processo e, portanto, em situações específicas e justificáveis, poderia ser dispensada. Além disso, GALENO LACERDA não via na ausência de dispositivo legal impedimento para solução do mérito no saneador, haja vista que o direito processual civil é instrumental por excelência e sua interpretação deve ser teleológica. Através desta interpretação finalística, concluiu o jurista que, estando a causa apta a ser julgada, o juiz deverá fazê-lo.⁵¹

Entender que *por ocasião do saneador* se permitia ao juiz julgar o mérito é fundamental para a verificação dos recursos cabíveis contra

⁵⁰ MARTINS, Pedro Baptista e LEAL, Victor Nunes. *Código de Processo Civil com índice alfabético e analítico precedido de exposição de motivos do Ministro Francisco Campos*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1939, p. XX.

⁵¹ op. cit. p. 140-152.

esta decisão. Para a corrente que entendia possível, a depender do conteúdo da decisão, o recurso cabível seria apelação. Noutras hipóteses, o recurso cabível contra o despacho saneador dependia das matérias ali decididas. O despacho saneador desafiava o agravo de instrumento ou agravo de petição.

De acordo com o artigo 846, do CPC/39, salvo os casos em que havia previsão expressa de cabimento de agravo de instrumento, admitia-se o agravo de petição, que se processava nos próprios autos, contra as decisões terminativas do processo. Evidente que outra medida seria incabível, porquanto tendo o despacho saneador tomado contornos de sentença terminativa,⁵² a única solução seria o agravo de petição, haja vista que o agravo de instrumento não teria meios de ser processado e julgado.

Ressalvada a hipótese de o despacho saneador se tornar sentença terminativa, o agravo de instrumento era o recurso cabível, mesmo que este não houvesse saneado o processo. Era esta a disposição do artigo 851, IV, do CPC/39.

Não se pode deixar de mencionar o agravo nos autos do processo que, segundo ELIÉZER ROSA, possuía importância fundamental para o CPC/39. Segundo este doutrinador, esse recurso resolveu o problema (até então sem solução) da recorribilidade das interlocutórias nos procedimentos orais.

⁵² “O primeiro pressuposto do recurso [agravo de petição] é a existência de uma *decisão terminativa do processo*, isto é que põe termo ao processo sem lhe resolver o mérito”. Grifos originais (BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 132.

Dessa forma, a depender do conteúdo da matéria analisada no despacho saneador, o recurso cabível era o agravo no auto do processo, porquanto esse recurso “deu ao saneador maior dignidade, porque não deixou a decisão saneadora sem recurso, nem onerou as partes com despesas para a formação de instrumento de recurso apartado, nem paralisa o feito à espera da decisão do recurso”.⁵³

PEDRO BATISTA MARTINS, ao contrário, reputou a disposição do artigo 851, IV, do CPC/39 inócua, porquanto o despacho saneador neste caso teria natureza de interlocutória simples e, portanto, não seria atingida pela eficácia preclusiva (art. 288, do CPC/39)⁵⁴, podendo ser modificado pelo juiz.

1.1.3. O despacho saneador no CPC/73

O despacho saneador no CPC/73 modificou o regime do saneamento do processo até então adotado pelo CPC/39 e, nesta medida, aproximou-se da forma como o instituto é disciplinado na legislação portuguesa. Essas modificações justificam o alerta dado por PONTES DE MIRANDA:

Deve-se ter todo o cuidado em se falar, a partir da incidência do Código de 1973, de “despacho saneador”, como se fosse o mesmo conteúdo que tinha o direito anterior. Há o procedimento de saneamento, com um, dois ou muitos despachos; e somente depois que se verifica não existir ou não mais existir qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 (aliás, arts. 267 e 269, II-IV) ou do art. 330, é que se declara saneamento. No direito anterior, o

⁵³ ROSA, Eliézer. op.cit. p. 38.

⁵⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. III, p. 426.

despacho saneador era ato de saneamento. Passou a ser ato declarativo da sanação. Não mais é em despacho saneador que se determinam as providências preliminares. No Código de 1973, supõe-se que tudo já esteja saneado, para que então se faça tal ato judicial, com a sua explícita declaratividade.⁵⁵

O CPC/73 pulverizou os atos, até então praticados no despacho saneador do CPC/39, para fase denominada “providências preliminares”. Além disso, o CPC/73, à semelhança do direito português, instituiu a audiência preliminar, adaptando a decisão saneadora ao processo oral. Ressalte-se que legislador de 73 ainda autorizou o juiz a decidir o mérito, antes de proferir o despacho saneador, ou mesmo realizar qualquer audiência.

Nesse sentido, o legislador de 73 institui a fase denominada de “julgamento conforme o estado”, aglomerando três possíveis pronunciamentos judiciais.

Todas essas alterações realizadas pelo legislador de 73, confirmam a lição de CALMON DE PASSOS:

O exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da validade dos atos processuais, na fase postulatória, precede sempre o julgamento conforme o estado do processo. Somente quando vencida essa fase e mais nenhuma providência preliminar se faça necessária, nem tenha sido caso de extinção ou de julgamento antecipado da lide, é que o juiz profere despacho saneador.⁵⁶

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IV, p. 206.

⁵⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. III, p. 514.

Tanto é assim que o saneamento ocorre na fase das providências preliminares, sendo que o art. 331, do CPC/73, apenas declara o que já foi saneado.⁵⁷

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO alertava, inclusive, que:

Saneia-se o que não é são [...] o *saneamento do processo* consiste nas providências preliminares com que o juiz providencia ou manda que as partes providenciem a regularização de atos ou da representação processual, exibição de documento *etc.*⁵⁸

A postura adotada pelo juízo na fase de providências preliminares estava intimamente ligada à postura adotada pelo réu, sendo que o CPC/73 franqueava inúmeras situações em que o juiz poderia julgar o processo antecipadamente.

O ponto de partida das providências preliminares adotadas pelo juiz era a finalização do prazo de resposta do réu. Este era o termo *a quo* do prazo de 10 (dez) dias para se adotar as providências necessárias ao saneamento do processo. Primeira análise judicial, portanto, era a existência ou não de contestação. No caso de ausência de contestação, abria-se dois procedimentos diferentes, a depender na incidência ou não do efeito da revelia.

Não se incidia o efeito da revelia quando, em havendo pluralidade de réus, alguns deles contestasse a ação; se o litígio versasse sobre direitos indisponíveis; se a petição não estivesse acompanhada do

⁵⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. Do Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 60, p. 7-14, out./dez.1990.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, p. 561.

instrumento público, a que a lei considerasse indispensável à prova. Ressalvadas estas situações, aplicava-se o efeito da revelia, qual seja, reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Incidindo o efeito da revelia, o ônus de provar os fatos constitutivos continuava a ser do autor. E não seria diferente, pois, no caso de o autor não se desincumbir do ônus de provar os fatos narrados na inicial, a demanda seria improcedente. Por esta razão, o juiz determinava ao autor a especificação das provas que pretendia produzir.

Na prática forense, todavia, os juízes se habituaram a proferir esses despachos indiscriminadamente, mesmo em situações em que o réu havia contestado a demanda.⁵⁹

Na hipótese de apresentação da contestação, as providências se diversificavam em razão da natureza da defesa do réu. Em sendo defesa indireta, ou seja, aquela em que o réu reconhece o fato em que se fundou a ação, mas lhe opõe fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, o juiz concedia o prazo de 10 (dez) para o autor se manifestar em réplica, verdadeira contestação do autor às alegações do réu.

⁵⁹ Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino e Elias Marques de Medeiros Neto refutavam esta prática corriqueira dos juízes: “Nada obstante, sob a égide do CPC de 1973 o despacho “*especifiquem provas*” costumava ser proferido de forma indiscriminada em todos os procedimentos que adotavam o rito ordinário. Tratava-se de um desvirtuamento do procedimento, ao arrepio da forma correta e do princípio da economia processual, bem como ao princípio processual constitucional da razoável duração do processo, na medida em que ficava evidenciada a prática de ato desnecessário” (OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. II, p.157-158).

No caso de defesa direta, onde o réu se cingia a negar os fatos trazidos pelo autor, ou os efeitos jurídicos a eles atribuídos, não se oportunizava a réplica e o ônus de provar permanecia com o autor.

Os fatos impeditivos, modificativos e extintivos trazidos pelo réu tanto poderiam ser fatos relativos à relação substancial, quanto fatos relativos à relação processual. Tanto em um, quanto em outro caso, o autor deveria se manifestar em réplica, sendo que após esta manifestação o juiz adotava aquele que seria o verdadeiro ato de saneamento do CPC/73, qual seja, ao verificar a existência de irregularidades ou nulidades sanáveis, o juiz determinava as partes que as suprissem.

Na fase de providências preliminares estava inserida, ainda, a ação declaratória incidental, consistente na possibilidade de o autor⁶⁰ ampliar o objeto da demanda para que o juiz se manifestasse sobre a existência de relação jurídica que fosse subordinante à relação jurídica principal.

Se o pedido principal tivesse como pressuposto outro direito ou outra relação jurídica, diversos do direito ou da relação jurídica constitutivo da causa de pedir (fundamento do pedido) e se o réu impugnasse inclusive aquele direito pressuposto ou antecedente lógico necessário da existência do direito do autor, posto como objeto do pedido, nesta situação, poderia o autor ampliar o objeto da demanda.⁶¹

⁶⁰ João Batista Lopes critica a redação do artigo, pois faz supor que apenas o autor poderia propor ação declaratória incidental, *in verbis*: “O teor literal do dispositivo poderia fazer supor que somente ao autor a lei teria conferido legitimidade para propor a ação declaratória incidental. Nada, porém, menos exato, como adiante se verá”. (LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 140).

⁶¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. III, p. 469.

Após as providências preliminares, o processo seria julgado através de sentença terminativa ou sentença de mérito, neste caso, quando dispensáveis demais provas.

Incidindo-se as hipóteses de julgamento antecipado, afastava-se a audiência de conciliação, disciplinada pelo artigo 331, do CPC/73, como explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Mas, sempre a teor do disposto no art. 328, duas ordens de situações podem configurar-se, que impedem o procedimento de seguir sua trilha normal e portanto excluem a realização da audiência preliminar. A primeira, que ocasiona a pronta *extinção do processo sem julgamento do mérito*, é a falta de algum pressuposto para julgamento, não sendo possível a regularização ou não tendo o autor suprido o que faltasse: o juiz profere nesse caso uma sentença terminativa e o processo termina (*extinção do processo*, art. 392). A segunda razão que impede a designação de audiência preliminar é a eventual desnecessidade de provar, que ocorre nas hipóteses figuradas nos dois incisos do art. 330 do Código de Processo Civil; nesses casos e estando presentes todos os pressupostos, o juiz decide desde logo a causa, mediante o *julgamento antecipado do mérito*.⁶²

Não sendo hipótese de finalização antecipada do processo e versando o processo sobre direito passível de transação, designava-se a audiência preliminar. Destaca-se, neste ponto, que o intuito conciliador do legislador processual, muito sentido no atual Código de Processo Civil, foi primeiramente sentido por meio desta audiência preliminar que ocorria em processos que discutiam direitos passíveis de transação.

O dispositivo em questão foi modificado pela Lei n.º 8.952/94 que tornou a designação de audiência preliminar obrigatória. A

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, p. 550.

intenção, além de franquear às partes oportunidade para transacionar, foi a de impor ao juízo o dever de sanear o processo na presença das partes e não mais em cartório, como confirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

O novo art. 331 principia com aquelas mesmas palavras de antes, dando a (falsa) impressão de que o juiz só designaria a audiência ali instituída quando já se houvesse definido por não extinguir o processo nem julgar o mérito antecipadamente; ou pelo menos a (também falsa) impressão de que conjuntamente com o próprio ato de designar a audiência ele já se pronunciava expressamente no sentido de repudiar as outras duas possibilidades.

São falsas essas impressões diante do próprio conteúdo da audiência de “*de conciliação*” agora inserida no procedimento ordinário brasileiro. Já pela sua nítida inspiração na *audiência preliminar* do Código-tipo, já pelo modelo lusitano que nela se reflete, mas talvez principalmente pelos termos em que está posta a própria lei que a instituiu (art. 331, *caput*), essa *audiência preliminar* brasileira não é mera audiência de conciliação – mas também e de modo muito importante no sistema, autêntica *audiência saneadora*.⁶³

Obtida a conciliação, homologava-se o acordo por sentença. Não obtida a conciliação, ou mesmo esta sendo parcial, caberia ao juízo sanear o processo. A esta altura, todas as providências preliminares foram adotadas, superando-se a fase de se proferir sentença terminativa. Não era a hipótese, nesta fase processual, de se julgar o mérito, pois as questões fáticas demandavam a produção de provas. Neste momento, proferia-se o saneamento do processo oralmente na audiência preliminar.

De acordo com JACY DE ASSIS, a decisão de saneamento surgiu após essas etapas das providências preliminares “como marco de fronteira entre o processo válido e a audiência de julgamento do mérito, por entender o juiz que a prova documental não bastou à sua convicção; ou

⁶³ *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 118.

porque a ausência do réu, por si só, esbarrou de encontro a restrições legais”.⁶⁴

NELSON NERY JR. confirma a posição assumida pela decisão saneadora no CPC/73:

Restando infrutífera a tentativa de conciliação, ou porque o direito em causa era absolutamente indisponível, ou por qualquer outra razão, passa-se ao segundo ato processual, que deve ser realizado na audiência preliminar: a fixação dos pontos controvertidos sobre os quais deverá recair a prova.⁶⁵

Ressalta-se, nesta passagem, que a redação do CPC/73, quanto à obrigatoriedade de se designar audiência preliminar, impôs procedimento diferenciado para o ato de sanear o processo nas causas que versavam sobre direitos indisponíveis.

Como se observa da antiga redação, a audiência preliminar seria designada nas causas que permitiam a transação e não ocorrendo a transação, o juiz era obrigado a sanear o processo em audiência, na presença das partes. Ocorre que as causas que versavam sobre direitos indisponíveis,

⁶⁴ ASSIS, Jacy de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Forense, 1979, v. II. tomo II, p. 312.

⁶⁵ *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord). Saraiva: São Paulo, 1996, p. 342.

a audiência era dispensada e o saneador era proferido pelo juiz em gabinete, afastado das partes.⁶⁶⁻⁶⁷

Esta situação resultava na ausência de recurso contra a decisão saneadora, pois, tendo em vista que o despacho saneador era proferido em audiência preliminar, o recurso cabível era o agravo retido, nos termos do artigo 523, §3º, do CPC/73, enquanto contra a decisão saneadora proferida em gabinete não tinha nenhum recurso, na medida em que o agravo de instrumento apenas era cabível no caso de a decisão recorrida causar dano grave ou de difícil reparação.

No que consiste à antiga discussão doutrinária sobre a possibilidade ou não do juiz julgar o mérito da causa por ocasião do

⁶⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. DESNECESSIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS. AUSÊNCIA DE FASE DE SANEAMENTO. FUNDAMENTO INATACADO DO ACÓRDÃO COMBATIDO. SÚMULA 283/STF. ASSINATURA DE TODOS OS MAGISTRADOS NO ACÓRDÃO. PRESCINDIBILIDADE. ART. 164 DO CPC. ATO ILÍCITO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 538 DO CPC. MULTA. AFASTAMENTO.

1. Em ações que versam sobre a responsabilidade civil do Estado por ato ilícito, não há necessidade de realização de audiência preliminar, já que o direito discutido é indisponível e, portanto, não é passível de transação. Precedente.

(...)

Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(Recurso Especial n.º 819.734/RR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 13/08/2008)

⁶⁷ IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA HÁBIL A ENSEJAR O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR EM LIDE SOBRE DIREITO INDISPONÍVEIS. PRECLUSÃO DE IMPUGNAÇÃO DE LAUDO PERICIAL.

(...)

Conquanto o recorrente consigne a imperiosidade da realização de audiência de conciliação, atualmente denominada audiência preliminar, em verdade, ela evidencia-se desnecessária quando a controvérsia envolver direitos indisponíveis, tal como a condenação por atos de improbidade administrativa.

(...) (fl. 457).

Recurso especial conhecido em parte, e, nesta, improvido.

(Recurso Especial n.º 327.408/RO, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 14/03/2005, p. 244)

saneamento, no CPC/73, perdeu importância. Da mesma forma que no CPC/39, porém por razões diferentes, o juiz não poderia julgar o mérito da causa por ocasião da decisão saneadora, isto porque, tratando-se de hipótese de julgamento antecipado do mérito, à altura da decisão saneadora, o juiz já o teria feito.

Lembre-se, nesta situação, que a decisão saneadora somente era proferida quando o processo judicial não estava apto a ser encerrado e a fase instrutória mostrava-se imprescindível.

1.2. OBJETIVO

Independentemente da legislação analisada até o momento, não é difícil apontar que o objetivo da decisão saneadora é o de tornar o processo eficiente, algo que pressupõe o critério econômico, isto porque, o pronunciamento saneador é o ápice da fase preparatória do processo onde se filtram e se decidem as questões prévias, a fim de se evitar o exercício inócuo da jurisdição.⁶⁸

ENRICO TULLIO LIEBMAN, nesse sentido, atribuiu ao despacho saneador a importantíssima função “de separar tanto quanto possível a decisão das questões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa”.⁶⁹

⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 97.

⁶⁹ *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. *Revista dos Tribunais*, v. 767, p.737-753, set. 1999.

Segundo GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, “processo exige a solução rápida das dúvidas relativas à regularidade e validade do juízo antes que se possa examinar o mérito, a fim de evitar gasto de tempo e de trabalho”, motivo pelo qual, por meio da decisão saneadora “o juiz expurga o processo de vícios e irregularidades capazes de impedir o conhecimento do mérito da causa.”⁷⁰

LIEBMAN, novamente, destaca que a eficiência é o objetivo principal da decisão saneadora:

O legislador pôs à disposição do juiz um instrumento dos mais eficazes para separar o exame de todas as questões processuais do conhecimento do mérito e para colocar a fase principal do processo sobre bases sólidas e firmes. Não é exagero dizer que da boa utilização deste instrumento depende em grande parte o eficiente funcionamento do processo civil.⁷¹

A importância do despacho saneador pode ser medida pelo apelido dado por ELIÉZER ROSA. Segundo esse doutrinador, o despacho saneador seria uma epopeia processual, dada sua técnica e importância para o processo.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS, autor do projeto do Código de Processo Civil português de 1939 e criador do nome “despacho saneador”, detalhou o objetivo deste pronunciamento, de modo a destacar sua importante contribuição para a eficiência do processo:

Basta enunciar este pensamento para se reconhecer que o despacho exerce uma função da maior importância e utilidade. Até aqui sucedia, a cada passo, que depois de um processo se

⁷⁰ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1953, vol. II, p. 165.

⁷¹ *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 74.

arrastar anos e anos nos tribunais tendo-se inquirido dezenas de testemunhas, tendo-se procedido a exames ou vistorias complicadas, tendo-se interposto variados recursos, tudo isso era inutilizado por uma decisão final que não chegava a conhecer do objecto da causa, porque julgava as partes ilegítimas, ou anulava o processo, ou declarava incompetente o juízo. O autor despendera o melhor do seu tempo, da sua atividade e do seu dinheiro; e tinha de recomeçar tudo de novo, se queria fazer valer o seu direito!

O art. 24.º do decreto propôs-se evitar semelhante enormidade. Antes de se entrar no período da produção das provas, isto é, antes de se iniciar a fase do processo que obriga a maiores despesas e incómodos, impõe-se ao juiz o dever de se pronunciar sobre as questões que pode prejudicar o conhecimento do objeto da causa.⁷²

Na mesma linha de raciocínio, ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, sobre o despacho saneador, quando instituído na legislação portuguesa, asseveraram que:

A inovação legislativa importantíssima desse diploma destinava-se a evitar que, como sucedia constantemente na vigência do Código de 1876, as partes gastassem *meses e anos* com a produção de *prova* e a *discussão* do processo para, em seguida, o juiz se *abster* de *conhecer* do *mérito* da causa, por considerar *incompetente* o tribunal ou *ilegítima* alguma das partes ou por virtude de qualquer *vício relevante* de forma.⁷³

PEDRO BATISTA MARTINS, autor do projeto do CPC/39, defendia que o objetivo do saneador era o de preservar as características de um processo oral-concentrado. Tendo em vista que a oralidade tem como objetivo direto à celeridade, verifica-se a unanimidade em relação à decisão saneadora:

Nos processos de tipo oral-concentrado é, não só de vantagem, senão de imprescindível necessidade, que se isole o tratamento

⁷² Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial. 2. ed. atual. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 150.

⁷³ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 381.

das questões relativas ao mérito, mediante a instituição de um estado preliminar em que se resolvam as questões não atinentes ao mérito. Não só os pressupostos processuais, mas as próprias condições da ação podem e devem ser submetidas ao exame do juiz em fase distinta e destacada da que se destina ao exame do mérito.⁷⁴

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA avança quando o assunto é o objetivo do despacho saneador e explica que antes do despacho saneador:

O interessado guardava o vício no *bolso do colete* para retirá-lo no momento que lhe fosse conveniente e útil, ou seja no recurso próprio contra a sentença que lhe fosse desfavorável, para pôr tudo por águas abaixo, ao ser reconhecida e declarada a nulidade, absoluta ou relativa.⁷⁵

A evolução da decisão saneadora manteve o seu objetivo, no entanto, não se restringindo apenas aos atos tendentes apenas a sanear o processo. As providências preliminares assumiram a posição exclusivamente desempenhada pelo antigo despacho saneador, no CPC/39. Com o CPC/73, a decisão saneadora, quando proferida, declarava que o processo teria seu mérito julgado, o que, em grande medida, corrobora para a eficiência processual.

A eficiência processual, escopo primeiro do saneador, “pode ser analisada a partir de quatro vertentes, que mesmo não sendo absolutamente autônomas entre si, viabilizam: a) a economia de custos; b) economia de tempo; c) economia de atos; d) eficiência da administração judiciária”.⁷⁶

⁷⁴ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. III, p. 420.

⁷⁵ Do Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 7-14, out./ dez.1990.

⁷⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25.

No caso do saneador, todas essas vertentes se relacionam com seu objetivo, como ensinam OLAVO DE OLIVEIRA NETO, PATRÍCIA ELIAS COZZOLINO DE OLIVEIRA e ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO:

O postulado matemático que aduz ser a reta o menor caminho entre dois pontos demonstra, à evidência, qual é a melhor e mais rápida forma para alcançar um determinado objetivo. Tal ideia representa a reunião dos ideais da eficiência, da objetividade e da simplicidade, que deve valer para todo tipo de fenômeno, inclusive para o veículo utilizado em juízo com a finalidade de acertar ou efetivar direitos, que é o processo.⁷⁷

Importante acrescentar que o processo, como instrumento à concessão da tutela jurisdicional, tem como efeito colateral o desgaste de tempo e recursos financeiros das partes. Além disso, por decorrer de atividade humana, o processo contém em si mesmo um passivo moral, consistente em desgastes psicológicos impostos aos litigantes⁷⁸, tanto que GALENO LACERDA aponta como finalidade do princípio da economia processual a diminuição deste passivo, sem prejudicar a qualidade da decisão final, o que tenderia, certamente, para o ideal de justiça.⁷⁹

É necessário, portanto, que o processo atinja seu objetivo, qual seja, de conceder a tutela jurisdicional a quem possua o direito material, em tempo razoável, sob pena desta tutela se tornar inútil⁸⁰ ou mesmo de os efeitos colaterais do processo superarem seus benefícios. Lembra-se aqui a célebre conceituação de processo efetivo formulada por BARBOSA MOREIRA:

⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, V.I, p. 128.

⁷⁸ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953, p. 5;

⁷⁹ op. cit. p.5.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.⁸¹

A decisão saneadora, portanto, não tem outro objetivo senão o de permitir que o processo seja um instrumento eficiente à serviço da concessão da tutela jurisdicional.

1.3. NATUREZA JURÍDICA - O PROBLEMA DO *NOMEN IURIS* À LUZ DA CARGA DECISÓRIA DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL.

O CPC/15 andou bem ao inserir na Seção IV, do Capítulo I, do Livro IV, o título “Dos pronunciamentos judiciais” e não repetir o mesmo equívoco terminológico do CPC/73. Explica-se.

O CPC/73 denominava de atos do juiz, aquilo que na verdade se tratava de pronunciamentos judiciais. Isto porque, os atos do juiz⁸² em primeiro grau de jurisdição se dividem em *atos materiais* e *provimentos*

⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 105, p. 181 – 190, jan - mar 2002.

⁸² “Ato judicial é categoria mais ampla que abrange, por exemplo, a oitiva de testemunhas e a realização de inspeção judicial. Portanto, não é tecnicamente correto dizer-se que os *atos* do juiz se subdividem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, pois há outros atos judiciais, que não se encartam, como se viu, em nenhuma das três categorias”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. RT: São Paulo, 2000, p. 77).

(pronunciamentos). Os pronunciamentos são espécies de atos do juiz e “são declarações de vontade do Estado-juiz, às vezes acompanhadas de alguma determinação no sentido de realizar ou omitir uma conduta”.⁸³

As sentenças, decisões interlocutórias e despachos são pronunciamentos do juiz em sentido estrito e estão inseridas no gênero atos judiciais (artigo 203).

Dentre os pronunciamentos, sabe-se que o de maior envergadura é a sentença,⁸⁴ haja vista que é o pronunciamento por meio pelo qual o Estado-juiz efetivamente exerce a jurisdição.

LIEBMAN defendia que “somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito.”⁸⁵

O CPC/15, novamente acertando na técnica, conceituou sentença com base em seu conteúdo, que estão dispostos nos artigos 485 e 487. Além disso, posicionou-a corretamente no que consiste ao procedimento.

Diferentemente do conceito dado pelo CPC/73, antes da reforma,⁸⁶ a sentença não necessariamente colocava fim ao processo, tanto

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. II, p. 493-494.

⁸⁴ Mais propriamente a sentença cujo conteúdo se encontra no art. 487. I, do CPC/15.

⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. José Bushatsky. São Paulo: Beestbook, 1976, p. 128.

⁸⁶ Lei n.º 11.232/2005.

que o recurso de apelação era (é!) processado e julgado no mesmo processo em que se proferiu a sentença.

TERESA ARRUDA ALVIM, mesmo antes da reforma do CPC/73 impingida pela Lei n.º 11.232/2005, defendia que a sentença deveria ser identificada também pelo seu conteúdo e não apenas por sua posição no processo, qual seja, a de por fim ao procedimento. O CPC/15 acatou essa orientação e definiu a sentença com base em seu conteúdo e em sua posição no processo.

A verdadeira dificuldade encontrada no tema dos pronunciamentos judiciais é diferenciar os *despachos* das *decisões interlocutórias*, muito em razão de sua importância para a teoria geral dos recursos.

Despachos são irrecorríveis, mas esta irrecurribilidade é efeito da natureza do pronunciamento e não sua causa, ou seja, não são despachos por que são irrecorríveis, mas são irrecorríveis porque são despachos. Pretender conceituar o despacho com base na sua irrecurribilidade resultará em zonas cinzentas, local em que se tornará inviável encontrar a natureza do pronunciamento, com muito mais razão diante do rol taxativo adotado pelo artigo 1.015, do CPC/15.⁸⁷

A problemática em torno da diferenciação entre despachos e decisões interlocutórias decorre de dois fatores: a delegação dos despachos de mero expediente para os serventuários da justiça, através da inclusão do

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 86.

§ 4º, no artigo 162, do CPC/73 e a tradição do CPC/39, onde os pronunciamentos do juiz se resumiam a despachos e sentenças.

Tendo em vista que os despachos no CPC/39 eram divididos entre despachos de mero expediente, que eram aqueles que dispunham sobre o andamento do feito⁸⁸ e despachos interlocutórios, ou mesmo, sentenças interlocutórias, a prática reiterou a nomenclatura de alguns institutos, a exemplo do despacho saneador, sem readequá-lo a mudança da nomenclatura sobre os pronunciamentos judiciais, como destaca ELIÉZER ROSA:

Chamar-lhe *despacho* parece, ao primeiro súbito de vista, comprometer-lhe um tanto o sentido da importância, na economia do processo. Mas, quando se acerta de pensar que o Código chama indiferentemente despachos a tôdas as interlocutórias, desaparece a impressão de pequenez ligada à mais significativa de tôdas as interlocutórias que possam ser pronunciadas dentro de um dado processo.⁸⁹

O conceito puro de despacho sempre teve como premissa seu automatismo. Os juízes não precisavam despender nenhum esforço intelectual para proferir despachos. No entanto, com reforma do CPC/73, esses atos meramente ordinatórios praticados pelo juiz sob a forma de despachos foram delegados aos serventuários da Justiça para desburocratizar os procedimentos e desafogar o juiz. Permaneceu com o juiz, apenas, a revisão dos atos praticados pelos serventuários, de ofício ou a requerimento da parte.⁹⁰

⁸⁸ AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, vol. I, p. 56.

⁸⁹ op. cit. p. 5.

⁹⁰ Cândido Rangel Dinamarco aplaudiu, com ressalvas, a delegação desses atos aos serventuários da justiça: “A juntada de documentos e a vista obrigatória são meros exemplos, que se encaixam na categoria *atos meramente ordinatórios*. Todos os demais atos meramente ordinatórios que se possam imaginar estão

A mudança legislativa resultou num sofisma: transferindo-se os atos meramente ordinatórios para os Serventuários, quais seriam os pronunciamentos do juiz, sem caráter decisório, que poderiam ser definidos como despachos? A resposta do legislador partiu de interpretação por exclusão: despacho é o pronunciamento judicial que não é decisão interlocutória. A estratégia, como visto, não foi eficiente, haja vista as dificuldades de se encontrar a linha divisória entre decisão interlocutória e o despacho.

TERESA ARRUDA ALVIM novamente contribuiu para a resolução do problema, propondo que a solução para se diferenciar atos meramente ordinatórios, despachos e decisão interlocutória seja encontrada no grau de raciocínio exigido pelo agente, uma vez que despachos:

São atos – num certo sentido e em certa medida, como já dissemos –*vinculados*, cuja função precípua é a de promover o desenrolar do procedimento, isto é, o *andamento do feito*, como se costuma dizer. São atos para cuja prática se emprega uma *parcela mínima de liberdade de opção*, visto serem praticamente desprovidos, como já observamos, de conteúdo decisório.⁹¹

De acordo com a definição do artigo 203, § 2º, do CPC/15, decisão interlocutória é pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não se enquadra no conceito de sentença.

contidos nessa categoria e regem-se por essa disposição, como p. ex.: remessa dos autos ao contador ou entrega ao perito, cobrança de autos retidos por este ou pela parte, remessa de cópia de despachos à imprensa *etc.* O importante é que se trate efetivamente de *atos sem qualquer conteúdo decisório*, pois a atribuição de atos decisórios ao auxiliar da Justiça resolver-se-ia em insuportável delegação de poder, que ao juiz é vedada do modo mais absoluto”. (*A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 80)

⁹¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 42.

A nomenclatura *decisão interlocutória*, como se conhece hoje, surgiu no CPC/73, na medida em que o CPC/39, por definir o pronunciamento do juiz de acordo com sua posição dentro do processo, bifurcava o conceito de interlocutória, em simples, quando resolvia um incidente no curso do processo⁹² e não afetava à solução da causa,⁹³ que equivalem ao nosso atual despacho e mistas, quando resolviam um incidente e afetavam a solução da causa. Neste último caso, denominavam-nas de sentenças interlocutórias.

No CPC/39, apenas os despachos interlocutórios mistos eram atingidos pela preclusão, enquanto os despachos interlocutórios simples apenas precluíam em casos taxativamente previstos em lei.⁹⁴

Com base nesta sistemática, o CPC/39 adotou o *nomen iuris* “despacho saneador”.⁹⁵ Nota-se que a diferença entre os pronunciamentos judiciais no CPC/39, no que consiste à carga decisória do juiz, cingia-se a interlocutória, simples ou mista, e não ao fato de ser despacho ou decisão.

⁹² AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1943, vol. IV, p. 70.

⁹³ op. cit., p. 70 – 71.

⁹⁴ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. III, p. 350.

⁹⁵ Alfredo Buzaid propunha outro sistema para se definir os pronunciamentos judiciais no CPC/39, aproximando-se consideravelmente do sistema adotado no CPC/73: “Tendo-se em consideração a forma e o conteúdo do ato, o prazo para seu proferimento, sua eficácia e seus recursos, podem-se fazer as seguintes distinções:

a) *despachos de expediente*, ou *ordinatórios* são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo; são numerosíssimos e pode-se dizer que cada passo para frente do processo é efeito de um deles. Distingue-se o direito brasileiro, sob esse aspecto, do direito italiano (e da maior parte dos direitos europeus), em que é muito reduzido o número de provisões de tal natureza;

b) *despachos interlocutórios* são os que decidem as questões controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim; (...)” (*Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 128).

Confirmando essa afirmação, GALENO LACERDA ensinava que:

Quando o juiz ordenar diligência saneadoras, o despacho, interlocutório simples, terá também feição constitutiva, pois modificará o curso do processo (...) Se porém, julgar saneado o processo, proferirá decisão puramente declaratória – interlocutória simples, se as questões resolvidas forem somente instrumentais; mixta, se também decidir algo concernente ao mérito.⁹⁶

No que consiste ao pronunciamento saneador, o *nomen iuris* adotado pelo CPC/39 não se mostrou plenamente compatível com o sistema do CPC/73 e, notadamente, com o atual sistema instituído pelo CPC/15. Atualmente, a natureza do pronunciamento tomado pelo juiz na fase de saneamento e organização será sempre decisão interlocutória, como confirma o sistema criado por TERESA ARRUDA ALVIM para se definir as interlocutórias.

De acordo com TERESA ARRUDA ALVIM, as interlocutórias se dividem em quatro grandes grupos: a) que dizem respeito às provas; b) que concedem ou não liminares (ou que, de ofício, determinam providências de índole cautelar; c) que são relativas a recursos; d) que são relativas a nulidades, esta bifurcando-se em duas subdivisões (i) que repelem nulidades absolutas e (ii) que repelem ou decretam nulidades relativas.⁹⁷

Aplicando-se o sistema ao artigo 357, do CPC/15, verifica-se que houve a adoção de nomenclatura correta, haja vista que todas as decisões possíveis de serem proferidas se enquadram em alguns dos itens acima

⁹⁶ *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953, p. 105-106.

⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, 93.

mencionados e serão interlocutórias. Com isso, através de uma interpretação lógica-sistemática será sempre uma decisão e nunca um despacho.

2. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE

2.1. QUESTÕES PRÉVIAS

A definição de “questões prévias” parte, inicialmente, de um critério meramente cronológico, ou seja, questões que antecedem outras questões. Até aqui, não há nenhuma dúvida conceitual. A problemática está em se conceituar as “questões prévias” pautando-se no critério lógico, ou seja, no *iter* cognitivo do juízo e seu impacto para na resolução do processo.

THEREZA ALVIM, portanto, sugere a seguinte lógica para definir às questões prévias:

se o magistrado puder resolver qualquer questão de mérito, ou não, sem examinar e solucionar outra, esta não poderá nem ser considerada questão prévia, quanto mais prejudicial, dado que não integrará o raciocínio lógico do juiz⁹⁸

Mesmo entendimento adotado por OLAVO DE OLIVEIRA NETO, *in verbis*:

O que caracteriza uma questão como sendo prévia é o seu aparecimento na pendência de um determinado processo e a necessidade de sua decisão antes da decisão de mérito. Existe uma relação de dependência entre o mérito e a questão prévia, porque essa deve ser apreciada e decidida necessariamente antes daquela.⁹⁹

⁹⁸ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 13.

⁹⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 77.

Vê-se, todavia, que é imprescindível à definição de questões prévias, o conceito de mérito, como comprova ENRICO TULLIO LIEBMAN, ao ensinar que:

La cognizione del giudice è diretta allo scopo di decidere se la domanda proposta nel processo è fondata o infondata e se, conseguentemente, deve essere accolta o rigettata. Tutte le questioni, la cui risoluzione può essere direttamente o indirettamente influente per tale decisione, formano complessivamente *il mérito della causa* (...) ¹⁰⁰

O conceito de mérito, para ARRUDA ALVIM, “é congruente ao de *lide*, como ao de *objeto litigioso*”. ARRUDA ALVIM alerta para a diferença entre objeto litigioso, ou seja, o mérito e o objeto do processo, haja vista que apenas sobre o mérito recairá a autoridade da coisa julgada. ¹⁰¹

Novamente, OLAVO DE OLIVEIRA NETO colabora para a conceituação de mérito quando afirma que “o autor não traz para a apreciação do juiz toda controvérsia que tem com o réu. Do conflito de interesses entre ambos só é objeto da ação aquilo que vem delimitado pelo pedido formulado”. E complementa dizendo que o “que não constou do pedido não pode ser conhecido e decidido, sob pena de nulidade da decisão proferida”. ¹⁰²

Sobre o tema, ENRICO TULLIO LIEBMAN concorda com a posição de Calamandrei sobre o conceito sociológico da lide formulado por

¹⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Procesuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I, p. 135. “A cognição do juiz é direta para o fim de decidir se a demanda proposta no processo tem fundamento ou não e se, consequentemente, deve ser aceita ou rejeitada. Todas as questões, das quais a resolução pode ser diretamente ou indiretamente influente para tal decisão, formam totalmente o mérito da causa”.

¹⁰¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 177.

¹⁰² op. cit., p. 31.

Carnelluti, haja vista a liberdade de o autor em definir o objeto da lide e sobre ele requerer a tutela jurisdicional:

Podemos, pois, concluir que estava com razão *Calamandrei*, quando afirmava que a lide, tal como a entende *Carnelutti*, é conceito sociológico e não jurídico. O conflito de interesse **existente entre** as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a **causa remota**, não o objeto do processo.¹⁰³

A demanda e a defesa *stricto sensu* são dois pedidos contrários um ao outro, sobre o quais o juiz tem o dever de decidir qual dos dois está de acordo com o direito material, concedendo ou negando a medida pleiteada pelo autor.

O conflito entre os pedidos é a matéria lógica e o elemento formal do processo, enquanto conflito de interesses, qualificado por esses pedidos, representa a *lide*, ou seja, o mérito da causa. A lide, portanto, é o conflito, depois dos pedidos formulados pelas partes ao juiz.¹⁰⁴

A respeito da lide, LIEBMAN afirma que:

Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o Juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida.¹⁰⁵

¹⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 88.

¹⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Jugamento do Mérito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.767, p.737-753, set. 1999.

¹⁰⁵ *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 767, p.737-753, set. 1999.

GALENO LACERDA, ao seu turno, afasta-se do comparativo conflito-lide e afirma que “todo juízo de valor sobre o pedido será sentença de mérito”.¹⁰⁶

À conceituação de mérito, faz-se necessário ainda compreender o conceito de processo, ação, demanda, pretensão, interesse e lide.

Ação para CHIOVENDA é “um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”.¹⁰⁷

Demanda para LUCON é “o ato postulatório por meio do qual se pede uma tutela jurisdicional”¹⁰⁸ e adverte a impropriedade em se confundir os conceitos de ação e demanda.

O processo é o instrumento através do qual se obtém a realização da vontade da lei por outra via que não a prestação do devedor. Ação, demanda e processo não se confundem, porém, nos mais das vezes, estão interligados.

O conceito de interesse fica a cargo de ALFREDO BUZAID, que alerta que:

¹⁰⁶ op. cit., p. 83;

¹⁰⁷ op. cit. vol. I, p. 49.

¹⁰⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas de acordo com o Novo CPC e a Lei nº 13.256/2016*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 41.

Não é um *juízo*, mas uma *posição do homem*; precisamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Os meios para a satisfação das necessidades do homem são os *bens*. *Homem* e *bens* são os dois termos da relação. Sujeito de interesse é o homem. Objeto é o bem. Se o interesse é uma atitude favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades dos homens são ilimitadas; se, ao contrário, são limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-lo, correlativa à noção de interesse e bem é a noção de *conflito de interesses*.¹⁰⁹

Ainda de acordo com ALFREDO BUZAID, a pretensão é a subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio¹¹⁰ e a lide, por sua vez, é a pretensão *versus* a resistência, duas forças contrárias que convergem para um mesmo ponto.

Lembre-se que a lide nem sempre representa todo o conflito de interesses que envolve as partes, na medida em que o autor tem a liberdade de delimitar parcela do conflito a ser resolvida pelo Poder Judiciário, o que justifica a acertada recusa de THEREZA ALVIM em aceitar o conceito sociológico de lide.¹¹¹

Interligando todos esses conceitos, tem-se que o processo é instaurado através do exercício do direito de ação, por meio da demanda, que vincula uma pretensão.

¹⁰⁹ *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p.91.

¹¹⁰ op. cit. p. 92.

¹¹¹ “Acreditamos, assim, que o conflito de interesses é solucionado, na medida em que foi trazido a juízo, incumbindo ao juiz concretizar a vontade da lei nos casos controvertidos, operando por meio da aplicação desta, efetivamente os seus efeitos – que poderiam ter ocorrido sem a intervenção do Judiciário – precisamente a mercê dos efeitos da sentença” (*In Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 4)

Objetiva-se, por meio do processo, a obtenção de decisão judicial que solucione a lide,¹¹² através da concessão da tutela jurisdicional. Isto não significa, todavia, que o juízo terá que resolver questões ao longo do procedimento apenas relacionadas ao mérito. Tanto é assim que o art. 503, do CPC/15 indica a existência de questões que não são apenas principais ao afirmar que *“a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”*.

As questões prévias são controvérsias não-principais que devem ser solucionadas pelo juízo logicamente antes da solução das controvérsias principais.¹¹³ Nas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS “Ao proferir a sentença de mérito terá o juiz, inúmeras vezes, de apreciar e resolver sobre pontos controvertidos (*questões*), que constituam antecedentes lógicos da decisão final”.¹¹⁴

Essas questões são denominadas de questões prévias.

¹¹² “O julgamento dêse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo, ou rejeitando o pedido, dá razões a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. (*Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*”. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 1956, p. 103-104)

¹¹³ Olavo de Oliveira Neto traz pertinente exemplo para ilustrar a questão prévia no *iter* procedimental: “Tomando um exemplo do cotidiano, é o caso do indivíduo que todos os dias percorre o mesmo caminho para chegar em seu emprego. Ele sai de casa com o mesmo caminho para chegar em seu emprego. Ele sai de casa com o mesmo veículo, atravessa os mesmos cruzamentos e obedece aos mesmos faróis até chegar ao seu destino. Adota uma conduta e um comportamento costumeiros, que se transformam num procedimento usual. Certo dia, porém, depara com uma das ruas interrompida para recapeamento, tendo de se desviar de seu caminho para, superado o trecho pelo qual não pôde trafegar, voltar a retomá-lo até chegar ao emprego”. (In *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 72)

¹¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3, p. 69.

2.2. QUESTÃO CONDICIONANTE – QUESTÃO CONDICIONADA

Posicionada a questão prévia no *iter procedimental*, deve-se à BARBOSA MOREIRA a reconstrução do conceito pautado em enfoque diverso. Isto decorreu da percepção de que este enfoque topológico se mostrava insuficiente e pouco seguro à disciplina da questão prévia, na medida em que não possibilitava a correta diferenciação entre as espécies do gênero questões prévias.

Dessa forma, BARBOSA MOREIRA asseverou que:

[À melhor doutrina] faltou-lhe, porém, de modo geral, aprofundar a pesquisa para diferenciar dois tipos absolutamente irreduzíveis de influência e, portanto, duas espécies perfeitamente distintas de relação. Com efeito, a solução de certa questão pode influenciar a de outra: (a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; (b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida.¹¹⁵

Daí se extrai o substrato do sistema criado por BARBOSA MOREIRA que foi pautado no *modo de influência* das questões prévias sobre as questões principais, numa relação de questão condicionante e questão condicionada.

É certo que muito do equívoco da doutrina anterior à BARBOSA MOREIRA decorreu da opção de se classificar a questão prévia com base nos seus efeitos, notadamente na suspensão do processo quando a

¹¹⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967, p. 22.

sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da verificação de determinado fato a ser provado em juízo diverso.

No entanto, a suspensão do processo se relaciona mais à comodidade procedimental do juízo do que ao efeito propriamente dito da questão prejudicial,¹¹⁶ ou seja, uma questão “não será prejudicial porque impeça ou suspenda o curso de certo feito, senão que, ao contrário, poderá impedi-lo ou suspendê-lo por ser prejudicial”.¹¹⁷

BARBOSA MOREIRA lembra que “há impedimentos à marcha do processo totalmente estranhos à questão da prejudicialidade, e pode haver prejudicialidade sem que dela resulte obstáculo ao desenvolvimento do *iter processual*”¹¹⁸.

Além disso, as causas de suspensão do processo disciplinadas pelo art. 313, V, do CPC/15, abrangem tanto a questão prejudicial quanto à causa prejudicial, o que permitiria a incorreta conclusão de que esses institutos se confundiriam, algo inverídico, como alerta THEREZA ALVIM:

A causa prejudicial surge, efetivamente como *causa* (lide) *no mesmo* (através da declaratória incidental) ou *em outro processo*,

¹¹⁶ “A circunstância de impor ou permitir a lei, em certos casos, que se impeça ou suspenda um processo para aguardar o julgamento de outro pode estar intimamente ligada, é claro, ao reconhecimento da existência de um vínculo de subordinação lógica entre as questões debatidas naquele e nesta; mas surge por via de consequência, e ainda assim de modo não necessário, pois noutras hipóteses, substancialmente iguais, pode e costuma o legislador entender, à luz de razões de conveniência e oportunidade, que mais vale facultar a apreciação da questão subordinada com plena independência em relação à da subordinante. O problema é de política processual, e a variedade das soluções que se têm dado através do tempo e do despacho mostra de maneira eloquente, o caráter *acidental* do fenômeno”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967, p. 21)

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967, p. 22.

¹¹⁸ op.cit. pág. 22.

desde que sejam processos pendentes contemporaneamente. Assim, a prejudicial, se controversa, é *questão prejudicial*, a qual poderá tornar-se uma lide, transformando-se em *causa prejudicial*.¹¹⁹

Nas palavras de MENESTRINA, causa prejudicial é assim explicada:

Questa forma di ricerca della pregiudiziale, se da un canto è più imponente e la più accurata, rappresenta d'altra parte um alleggerimento del processo, come la nascita del figlio alleggerisce il corpo della madre. Chiusa la causa in cui s'effettua *principaliter* la ricerca del precedente logico, anche qui s'immette nel ragionamento dell'altra causa um semplice punto pregiudiziale, sicchè in questa nos resta traccia alcuna di ciò che costò il guadagnarlo. Com altre parole, la discussione e la decisione della pregiudizialità non succede entro all'orbita del processo che da essa dever trarre alimento; considerando questo processo, uno vede soltanto un punto pregiudiziale che in via ordinária ha in primo luogo la forza di interromper e la causa e quella poi di imporsi senz'altro al giudice decidente.¹²⁰

Adotando-se o modo de influência como forma de conceituar a questão prévia, simples é concluir que em relação ao sentido que a questão condicionante predetermina a resolução da questão condicionada, estas questões poderão ser tanto de mérito quanto processual. No exemplo de BARBOSA MOREIRA:

A solução da questão relativa à competência tipicamente processual, pode ficar condicionada *no seu teor* à solução de outra questão logicamente antecedente, qual a da validade da cláusula

¹¹⁹ *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 27-28.

¹²⁰ *La Pregiudiziale Nel Processo Civile*. Vienna: Ditta Editrice di corte e d'università MANZ, 1904, p. 134. Esta forma de pesquisa sobre a prejudicialidade, se por um lado é mais imponente e mais acurada, representa de outra parte um alívio do processo, como o nascimento do filho alivia o corpo da mãe. Fechada a causa na qual se efetua *principaliter* a pesquisa do precedente lógico, a que também se insere no raciocínio da outra causa um simples ponto prejudicial, assim que nesta não fica nenhum traço do que custou ganha-lo. Em outras palavras, o debate e a decisão da prejudicialidade não acontece entre a órbita do processo que por essa deve trazer alimento; considerando este processo, alguém vê somente um ponto prejudicial que em via ordinária tem um primeiro lugar a força de interromper e a causa e aquela pois de se impor com certeza ao juiz que decide”.

em que as partes hajam escolhido fôro especial para as demandas oriundas do contrato; a solução da questão concernente à *legitimatío ad processum* (pressuposto processual) dependerá da que se der à questão da validade do ato constitutivo da pessoa jurídica que ingressa em juízo. Por outro lado, no plano das “condições da ação”, a *legitimatío ad causam* ativa, para a ação popular, exige o *status* de cidadão brasileiro (Constituição Federal, art. 141, § 38; Lei número 4.717, de 29-6-1965, art. 1.º), de modo que a solução da questão a ela referente se condicionará à da questão suscitada acerca da validade do ato de valorização do autor.¹²¹

Conclui-se, assim, que o importante para a distinção das espécies do gênero questão prévia “não é, assim, a natureza da questão vinculada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)”,¹²² o que confirma o acerto da teoria de BARBOSA MOREIRA.

2.3. QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS

A denominação de questões prévias como gênero, tendo como espécies, as questões preliminares e questões prejudiciais propriamente tidas é atribuída à PONTES DE MIRANDA.¹²³ Apesar disso, a correta conceituação desses institutos se deve à BARBOSA MOREIRA que, ao reconstruir o conceito de questões prévias, afastou qualquer dúvida sobre o fato de questão prejudicial e questão preliminar não serem sinônimas:

¹²¹ op. cit. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, p. 24-25.

¹²² Thereza Alvim. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 15.

¹²³ “Melhor é que se uso o termo *questões prévias* para abranger as preliminares e as prejudiciais. (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. Forense: Rio de Janeiro, 1947, p. 336).

Cabendo a qualificação de ‘prejudiciais’ às questões de cuja solução dependa o *teor* ou o *conteúdo* da solução de outras, reservar-se-á a expressão ‘questões preliminares’ para aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*.¹²⁴

O CPC/39 é em grande parte o responsável pelo uso indiscriminado das expressões “questões preliminares” e “questões prejudiciais” como se tratassem de um mesmo instituto. O artigo 282 disciplinava que “Na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente do mérito da causa, salvo se esta decisão fôr incompatível com a proferida na questão prejudicial”.

Não por outra razão, a doutrina tratava da questão prejudicial como sinônimo de questão preliminar, pautado na única característica em comum existente entre elas, qual seja, o fato de se tratar de questões a serem decididas antes de outras questões.¹²⁵

JOSÉ FREDERICO MARQUES, por exemplo, afirmava que:

Cuida o Código da prejudicial como questão prévia cuja resolução deve ser anterior ao julgamento *de meritis*, ou seja, preliminares do processo (*retro*, nº. 719). Mas as questões e dúvidas que as *prejudiciais* suscitam decorrem dos casos em que o julgamento do pedido dependa de apreciação de fatos ou relações jurídicas ligadas à pretensão a ser decidida por *conexão genética* (*retro*, nº. 237).¹²⁶

¹²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967, p. 29-30.

¹²⁵ Thereza Alvim alertava para esse equívoco até então recorrente de que “qualquer critério simplesmente cronológico para classificar questões prévias obedeceria a uma ordem lógica do raciocínio não servindo, de forma alguma, para diferenciar questões prejudiciais de preliminares”. (In *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 14).

¹²⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, vol. I, p. 368.

ENRICO TULLIO LIEBMAN destacou a diferença entre as espécies de questões prévias:

Per decidere intorno alla domanda, il giudice debba conoscere delle questioni che riguardano l'esistenza o l'inesistenza di uno stato o di un rapporto giuridico che, senza formare oggetto della domanda, rappresenti un antecedente logico di questa. Tali questioni si chiamano *pregiudiziali*".¹²⁷

Exemplos de questões prejudiciais fornecidos por LIEBMAN em demandas que pressuponham o estado do indivíduo eram “lo stato di cittadinanza, lo stato di famiglia (lo stato di figlio, di coniuge ecc).¹²⁸

Quanto às questões preliminares, LIEBMAN as definia em relação aos efeitos dessas decisões para o processo, de modo que o juiz deveria aferir a existência de questões que impedissem o julgamento do mérito, a fim de evitar o prosseguimento de demandas que não tinham nenhuma vocação para terem seus méritos julgados.¹²⁹

Ao seu turno, CHIOVENDA definia as questões prejudiciais de modo abrangente, sem diferencia-las das questões preliminares. Denota-se

¹²⁷ *Manuale Di Diritto Processuale Civile*. 3 ed. -Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1973, p. 136. v. I “Para decidir sobre a demanda, o juiz tenha que conhecer as questões que se referem a existência ou inexistência de um estado ou de uma relação jurídica que, sem formar objeto da demanda, representa um antecedente lógico desta. Tais questões chamam-se prejudiciais”.

¹²⁸ op. cit. P. 136. “o estado de cidadania, o estado de família (o estado de filho, de cônjuge, etc.)”.

¹²⁹ “Senonchè l'esame del merito presuppone la validità del processo e l'esistenza dei requisiti dell'azione. Perciò il processo, prima di potersi dedicare alle attività che costituiscono il suo vero compito, deve piegarsi su se stesso e controllare la sua propria idoneità ad adempiere alla sua funzione: vi è così in ogni singolo processo una fase logicamente preliminare, più o meno laboriosa, destinata a tale controllo e possibilmente all'eliminazione dei difetti che invalidano il processo, in modo che questo possa proseguire più franco e sicuro ed affrontare con i minori impatti possibili la sua fatica principale. (op. cit. p. 137). “Todavia, o exame do mérito pressupõe a validade do processo e a existência dos requisitos da ação. Por isso o processo, antes de se poder dedicar as atividades que constituem o seu verdadeiro dever, deve se dobrar sobre o mesmo e verificar a sua própria idoneidade e adimplir a sua função: assim há em cada processo uma fase logicamente preliminar, mais ou menos trabalhosa, destinada a tal controle e possivelmente a eliminação dos defeitos que invalidam o processo, de modo que este possa prosseguir mais franco e seguro e encarar com menores impactos possíveis a sua fadiga principal”.

de sua doutrina uma característica fundamental às questões prejudiciais, que para ele se tratava de um princípio fundamental: a decisão da questão prejudicial não transita em julgado. Afora isto, CHIOVENDA definiu-as como sendo

Questões relativas a vontade concreta da lei, as quais poderiam constituir objeto dum processo autônomo e ensejar, nele, a coisa julgada; por quanto só em respeito a essas questões tem importância afirmar que são decididas sem efeito de coisa julgada no caso de se apresentarem como prejudiciais num processo que tenha outro objeto.¹³⁰

A característica comum entre as questões preliminares e prejudiciais é a anterioridade da cognição judicial em relação a elas se comparada à cognição judicial sobre a questão de mérito, tanto que são genericamente denominadas de *questões prévias*. Entretanto, isto não as tornam idênticas, na medida em que a decisão de cada qual impacta de modo diferente no processo.

OLAVO DE OLIVEIRA NETO confirma os diferentes efeitos dessas questões no processo:

As questões prévias são um gênero que apresenta duas espécies: as questões preliminares e as questões prejudiciais. Se a solução da questão antecedente pode tornar dispensável ou impossível a solução de outra questão, estaremos diante de uma questão preliminar. Se a sua solução apenas influenciar na solução da subsequente, estaremos diante de questão prejudicial.¹³¹

O CPC/15 aponta especificamente a questão preliminar em seu artigo 64, onde determina que a incompetência absoluta ou relativa será

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, vol. I, p. 533.

¹³¹ *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 78.

alegada como preliminar em contestação. Da mesma forma, o artigo 337, ainda que não utilize o termo preliminar, aponta uma série de questões que, acaso suscitadas na contestação, terão esta natureza. E não poderia ser diferente, porquanto LIEBMAN inclui na categoria de questão preliminar os pressupostos processuais e as condições da ação.¹³²

Ressalvas há quanto à convenção de arbitragem, mais especificamente, à controvérsia em torno de sua validade que pode ser suscitada concomitantemente no Juízo Arbitral e no Poder Judiciário. Neste caso, não se está diante de questão preliminar, mas sim causa preliminar. Essa conclusão está pautada no princípio da Competência-Competência¹³³ que rege a jurisdição arbitral.

De acordo com esse princípio, “atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato”.¹³⁴

A aplicação desse princípio no Juízo Arbitral não impede que a parte adversa à instauração do procedimento arbitral recorra ao Judiciário em busca da invalidade da convenção arbitral. Ocorre que o próprio legislador processual privilegiou o princípio da Competência-Competência ao estabelecer a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos casos em que o Juízo Arbitral reconheça sua competência.

¹³² *Manuale Di Diritto Processuale Civile*. 3 ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I, p. 138.

¹³³ *Kompetenz-kompetenz*.

¹³⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 143.

A instauração de procedimento arbitral, portanto, onde se discute a validade da convenção arbitral enquanto pendente processo judicial instaurado com base na mesma relação jurídica, é causa preliminar deste, na medida em que o julgamento pelo árbitro acarretará a imposição ou a retirada de obstáculo ao julgamento do processo judicial.

A despeito disto, o CPC/15 adotou a correta conceituação de questões prévias e suas espécies, questões preliminares e questões prejudiciais, pois acolheu a proposta de BARBOSA MOREIRA e, assim, adotou o enfoque da *natureza da relação* entre as questões condicionadas e condicionantes e não na *índole da cada questão*.

A justificativa para adoção deste enfoque decorre do fato de os conceitos serem relativos, pois:

Da questão x não se dirá que seja, *em si mesma*, “prejudicial” ou “preliminar”, mas que é prejudicial da questão y, ou preliminar da questão z. Nada impede até, em princípio, que seja *simultaneamente* prejudicial de y e de preliminar de z; com efeito, pode a lei condicionar à solução de uma única questão, ao mesmo tempo, o *sentido* em que se resolverá outra e a própria *possibilidade* de resolver-se uma terceira.¹³⁵

Da mesma forma, o artigo 938, do CPC/15 nomeou corretamente a questão a ser decidida antes do julgamento do mérito do recurso, sem contar que o preciosismo do legislador na elaboração do dispositivo tornou o artigo redundante, pois, como visto, a essência da questão preliminar consiste na imposição ou não de obstáculo ao julgamento do mérito. A questão preliminar tratada por este artigo pode “ser tanto

¹³⁵ *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967, p. 32.

aquelas relacionadas à admissibilidade, como outras questões consideradas fundamentais para o adequado seguimento do processo em direção ao julgamento do mérito”¹³⁶.

Deflui-se, portanto, que a adoção do critério de proposto por BARBOSA MOREIRA, qual seja, o da influência da questão prévia sobre a questão principal se encontrará, sem margens para dúvidas, a natureza desta questão.

¹³⁶ DANTAS, Bruno. Art. 938. In *Comentários ao Código de Processo Civil*. Saraiva: São Paulo, 2017, Cassio Scarpinella Bueno (Coord), V. 4, p. 77.

3. PERFIL DA DECISÃO DE SANEAMENTO

3.1. FINALIDADE - O OBJETIVO DA ATIVIDADE SANEADORA JUDICIAL PERMANECE O MESMO?

A atividade saneadora tem estreita relação com a cognição judicial *lato sensu*, por ser esta um “ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes”.¹³⁷ A fase saneadora tem o objetivo de sistematizar o processo de forma que o juiz realize, com maior rendimento, o exercício da cognição e, assim, decida o mérito.

Ainda sobre o conceito de cognição judicial, Chiovenda assevera que:

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita. Estas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a *cognição* do juiz. E, naturalmente, uma vez que a cognição é tão necessária para receber como para rejeitar a demanda, a análise dessas atividades pertence à doutrina da relação processual.

Com base nesta premissa e com notável acerto, o CPC/15 reorganizou a fase de saneamento em função do melhor rendimento da cognição judicial, isto porque, a cognição, como ato de inteligência, terá maior rendimento se realizada de maneira organizada e a fase de

¹³⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição do processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

saneamento, como bem percebido pelo legislador, é o momento ideal para se realizar esta organização.

A bem da verdade, a decisão do artigo 357, do CPC/15 normatizou uma série de procedimentos que podem ser inseridos dentre as medidas adotadas pelo juiz com a finalidade de gerenciar o processo, algo que CLÁUDIA ELISABETE SCHWERZ CAHALI define como “O conjunto de medidas destinadas a gerar a solução mais adequada da demanda, buscando obter o máximo de rendimento do processo, com menor dispêndio de custo e duração”.¹³⁸

Muito embora a Autora se ressinta que as modificações impostas ao projeto de lei, que antecedeu o CPC/15, reduziram o espaço do gerenciamento do processo, além de a Autora creditar ao atual art. 190, do CPC/15 o dispositivo que trata deste tema, tem-se, para fins do presente trabalho, que a decisão saneadora, disciplinada pelo art. 357, realiza melhor esta função.

Neste ponto, o objetivo da decisão saneadora restou bem evidenciado na Exposição de Motivos do CPC/15, onde se destacou que “A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”.¹³⁹

¹³⁸ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento do processo*. São Paulo, 2012. 201 f. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 69.

¹³⁹ Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 14 out 2018, às 12:hs33min, p. 26.

A organização do procedimento, atingida por meio da atual decisão saneadora, tem por finalidade facilitar o caminho em direção ao mérito da causa.

Sabe-se que o processo ordinário se desenvolve através de atos processuais coordenados e destinados a determinado fim, qual seja, a resolução do mérito. Sabe-se, ainda, que procedimento ordinário é composto de quatro fases distintas, sendo a primeira a fase postulatória, onde o pedido é formulado. A segunda fase é a de saneamento¹⁴⁰ que prepara o processo para a terceira fase: a fase da instrução. A quarta e última fase é a decisória, momento em que o juiz profere a sentença de mérito.¹⁴¹

Imbuído do objetivo de gerenciar o processo para prepará-lo para fase de instrução, o CPC/15 ampliou o alcance da fase de saneamento que, diante de sua atual função, não pode apenas ser denominado de fase de saneamento, mas sim de saneamento e organização do processo, o que justifica, portanto, o título da Seção IV, do Capítulo X, do Título I, do CPC/15.

À semelhança do CPC/73, a fase ordinatória do procedimento depende intrinsecamente da postura adotada pelo réu, que tanto poderá

¹⁴⁰ Cassio Scarpinella Bueno chama a segunda fase de fase ordinatória, porém concorda que o procedimento é dividido em 4 (quatro) fases diversas: “O Estudo da etapa de conhecimento do processo pode ser feita de variadíssimas maneiras. A que me parece a mais didática e que adoto neste *Manual* é a que toma como base a distinção de *quatro fases* naquela etapa, cada qual com uma atividade ou finalidade *preponderante*, que a caracteriza. Assim é que a fase *postulatória* caracteriza-se pela preponderância de autor e réu exporem suas alegações e formularem seus pedidos; a fase ordinatória caracteriza-se pelo reconhecimento de que o processo tem plena condições de começar a fase instrutória, sendo organizado para tanto; a fase *instrutória* é aquela marcada pela produção de provas e, por fim, a fase *decisória* é o momento em que o magistrado proferirá sua decisão, que é a sentença”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, V. Único, p. 258.)

¹⁴¹ OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. II, p.155.

contestar a demanda, de maneira direta, ou mesmo suscitar exceções, quanto poderá deixar de contestá-la, tornando-se revel. No caso de revelia, a primeira decisão do juiz, nesta fase, será a de avaliar se, no caso concreto, incidir-se-á seu efeito,¹⁴² que é o de considerar verdadeiro os fatos alegados pelo autor.

Novamente à semelhança do CPC/73, a revelia não produz seu efeito quando (i) havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; (ii) o litígio versar sobre direitos indisponíveis; (iii) a petição inicial estiver desacompanhada de instrumento que a lei considere indispensável ao ato; (iv) as alegações de fato do autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos.

No caso de não ser aplicado o efeito da revelia, o juiz determinará que o autor especifique as provas que pretende produzir, pois permanecerá com o autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. Ao réu revel, no caso de não se aplicar o efeito da revelia, ser-lhe-á franqueado a produção de prova, na verdade, a contraprova às provas produzidas pelo autor.

O réu poderá, ao invés de ser revel, contestar a demanda, apresentando defesa indireta, momento em que, em face dos fatos constitutivos do direito autor, apresente fatos impeditivos, modificativos e extintivos a esse direito. Nesta hipótese, o juiz concederá ao autor, o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar em réplica, produzindo, nesta

¹⁴² Olavo de Oliveira Neto em suas aulas ministradas para os alunos da graduação da PUC/SP destaca o erro gramatical do CPC/15, herdado do CPC/73, quando intitula a Seção I, do Capítulo IX, do Título I, do Livro II, “Da Não Incidência dos Efeitos da Revelia”, isto porque o efeito é um só, o de considerar verdadeiro os fatos alegados pelo Autor, não justificando, portanto, o uso do plural.

oportunidade, a prova que, por óbvio, dada a fase procedimental, será apenas prova documental.

No que consiste à apresentação de réplica, o CPC/15 definiu o prazo de 15 (quinze) dias, tornando a vida dos advogados menos complicada, haja vista que, no CPC/73, era tormentosa as dúvidas sobre o prazo a ser adotado para a apresentação da réplica.

O réu também poderá apresentar exceções processuais, as quais, em razão da opção do CPC/15, dispensam incidentes e são proposta diretamente no processo principal. Nos termos do artigo 337, do CPC/15, o réu tem a sua disposição um extenso rol de preliminares a serem suscitadas no bojo da contestação.

Trata-se de questões atinentes à relação processual e à relação substancial, que se dividem entre pressupostos processuais e condições da ação. Também nesta hipótese, o autor terá oportunidade de se manifestar em réplica e produzir prova documental.

O artigo 352, do CPC/15 normatiza a providência processual verdadeiramente voltada para o saneamento do processo. Através desta decisão, o juiz determinará que os vícios sejam sanados e sejam corrigidas as irregularidades capazes de prejudicar o andamento do processo. Após esta fase, não sendo hipótese de extinção do processo ou julgamento antecipado do mérito, o juiz proferirá a decisão do artigo 357, do CPC/15.

Da mesma forma que o CPC/73, a decisão saneadora do artigo 357, do CPC/15 é declaratória, ou seja, declara que o processo se

encontra saneado.¹⁴³ Com exceção do artigo 357, I, do CPC/15, no qual o juiz poderá determinar medidas para sanar vícios eventualmente existentes no processo, a necessidade de se proferir a decisão de saneamento pressupõe a fase instrutória, ou seja, que o mérito ou parte dele não está apto a ser julgado.

O CPC/15 se diferencia da legislação anterior quando acrescenta à decisão saneadora a função de organizar a fase de instrução. Consciente do insucesso da decisão saneadora no CPC/73, que em razão da pouca utilização da audiência preliminar era muitas vezes proferida sem a necessária atenção à organização da fase instrutória, o CPC/15 inseriu nos incisos I a IV o objeto da decisão, além de haver ampliado a participação das partes na sua formulação.

Com esteio no direito português,¹⁴⁴ o procedimento adotado para a decisão saneadora conta com a participação das partes, seja presencialmente, na audiência de saneamento, seja mediante negócio jurídico, ou mesmo através do pedido de esclarecimento.

A decisão saneadora, agora, representa todo o ideal de processo participativo delineado pelo CPC/15, através de seu artigo 6.º

¹⁴³ A despeito da função declaratória da decisão saneadora, o juiz poderá determinar a correção de vícios no processo, por meio do inciso I, do artigo 357, do CPC/15.

¹⁴⁴ art. 591.º, do Código de Processo Civil português

3.2. ATIVIDADES COGNITIVAS NO SANEAMENTO

3.2.1. Pressupostos processuais e condições da ação.

Os pressupostos genéricos de admissibilidade, de exame e de julgamento de mérito, consistem nos pressupostos processuais, positivos e negativos, e nas condições da ação.¹⁴⁵ Para ALFREDO BUZAID, pressupostos processuais e as condições da ação compõem as *condições de admissibilidade do julgamento da lide*, definição cuja virtude, para o Autor, é a de “abranger *todas as condições positivas, ou negativas*, indispensáveis para que o juiz possa prover no mérito”.¹⁴⁶

De acordo com CHIOVENDA, a diferença entre estes dois institutos se resumiria ao fato de que “as condições da ação são as condições de uma decisão favorável ao autor; os pressupostos processuais são as condições de uma decisão qualquer sobre a demanda”.¹⁴⁷

Por certo, a diferença apontada por CHIOVENDA se deve à adoção da corrente concretista do direito de ação, que atrela o direito de ação à sentença favorável. Tanto é assim que CHIOVENDA conceitua as condições da ação como “condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter pronunciamento *favorável*”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 44.

¹⁴⁶ *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, p. 126.

¹⁴⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, vol. I, p. 112-113.

¹⁴⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, vol. I, p. 109.

Ainda que a diferença apontada por CHIOVENDA não se sustente diante da Teoria Abstrata da ação, deve-se ser mantida a distinção entre condições da ação e pressupostos processuais, modificando-se evidentemente o critério diferenciador e a respectiva construção doutrinária.¹⁴⁹ Nesse ponto, é o próprio CHIOVENDA que nos fornece o critério diferenciador:

Uma coisa é, pois, ação, outra é a relação processual; aquela compete à parte *que tem razão*, essa é fonte de direito para *todas* as partes. Por conseguinte, não constituem uma e a mesma coisa a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial deduzida em juízo.¹⁵⁰

Os pressupostos processuais, portanto, relacionam-se à existência e validade da relação jurídica processual,¹⁵¹ assim como as condições da ação se referem à relação jurídica substancial deduzida em juízo.

¹⁴⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953, p. 58.

¹⁵⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva: São Paulo, 1942, vol. I, p. 97.

¹⁵¹ Alexandre Freitas Câmara critica a concepção de processo como relação jurídica. “É importante observar que esta concepção sobre o conceito de processo é incompatível com a teoria, majoritariamente aceita na doutrina brasileira, acerca da existência de uma *relação jurídico processual*. É que a relação processual (entendida como relação de direito público, composta minimamente por três sujeitos – Estado-Juiz, demandante e demandado – e distinta da relação jurídica de direito material deduzida no processo) revela uma ultrapassada concepção acerca do processo como mecanismo de construção de decisões (e outros atos de poder) a ser conduzido pelo Estado, através de seus agentes políticos (como, por exemplo, o juiz), em busca de um resultado que por este seja construído na realização dos seus próprios escopos, o que põe a participação das partes, titulares dos interesses a serem alcançados pelo provimento, em uma posição menor, de inferioridade. A teoria da relação processual pressupõe uma superioridade estatal na condução do processo que é incompatível com a mais moderna concepção de Estado Constitucional. O processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como seu sujeito mais importante. É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual juiz e partes constroem, juntos, seu resultado final. Não existe, pois uma relação processual entre Estado-Juiz e partes, com Estado em posição de superioridade. O que existe é um *procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais*, em que todos os sujeitos interessados participam, em igualdade de condições, na produção do resultado. Este procedimento participativo, policêntrico, que se desenvolve em contraditório é, precisamente, o *processo*”. (*O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 26-27).

Tendo em vista que os pressupostos processuais são os pressupostos relativos à relação processual, o objeto de análise será os sujeitos da relação processual, quais sejam “órgão jurisdicional de um lado, e de outro as partes (autor e réu)”¹⁵² e o “dever fundamental, que de forma como que a ossatura de toda relação processual, é, como se viu, o dever do juiz ou outro órgão jurisdicional de pronunciar-se sobre pedidos das partes”.¹⁵³

De acordo com o artigo 312, do CPC/2015, a relação processual surge com a propositura da ação e se completa com a citação do réu, como ensina ARRUDA ALVIM:

Quer dizer, antes da citação, pelos próprios termos do art. 312 do CPC/2015, não há coisa litigiosa e se, esta não existe, não há processo em relação ao réu. É a citação, ou o comparecimento espontâneo do réu ao processo (art. 239, parágrafo 1º, do CPC/2015) que faz completa a relação jurídica processual. Na verdade, portanto, o momento do art. 312 do CPC/2015 é o início da relação processual, que só se completará no momento a que alude o art. 240 do CPC/2015, isto é, o da citação, ou de circunstância que lhe faça as vezes (= comparecimento espontâneo do réu). Depois da propositura e antes da citação, no entanto, formado o processo entre o autor e o juiz, poderá aquele solicitar, v.g. tutela provisória, *inaudita altera pars*, a qual, se concedida, atingirá o réu, enquanto não modificada. É momento, pois, que pode apresentar alta relevância.¹⁵⁴

A citação complementa a relação processual que teve início com a propositura da demanda. Após a citação do réu, portanto, o juiz estará apto a aferir a existência dos pressupostos processuais, tanto que TERESA ARRUDA ALVIM afirma que:

¹⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva: São Paulo, 1942, vol. I, p. 99.

¹⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit., p. 98.

¹⁵⁴ *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

Os pressupostos processuais consistem no primeiro momento lógico merecedor da atenção do juiz. São elementos cuja presença é imprescindível para existência e validade da relação processual e, de outra parte, cuja inexistência é imperativa para que a relação processual exista validamente, no caso dos pressupostos processuais negativos.¹⁵⁵

Os pressupostos processuais dividem-se em pressupostos de existência e de validade.¹⁵⁶ Lembrando-se, neste ponto, que validade pressupõe a existência, ou seja, apenas é nulo aquilo que existe. Pautado nesta lógica, tem-se que os pressupostos de existência da relação processual são: petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória do autor.¹⁵⁷

O primeiro requisito de existência do processo (leia-se relação processual) é a petição inicial (apta ou inapta). O artigo 2.º, do CPC/2015 concedeu ao autor, através do princípio dispositivo, a prerrogativa de dar início ao processo.¹⁵⁸ O início do processo é, portanto, ato exclusivo do autor, cujo prosseguimento se dará por impulso oficial.

A petição inicial deve ser dirigida a órgão investido de jurisdição, sem o que não existirá a relação processual. O processo jurisdicional¹⁵⁹ não existe sem a jurisdição estatal, haja vista que “O processo

¹⁵⁵ *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: RT, 8. ed. 2017, p. 45.

¹⁵⁶ Pode-se encontrar na doutrina a nomenclatura pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 144).

¹⁵⁷ De acordo com Arruda Alvim, o pressuposto de existência é a capacidade postulatória. O Professor, neste sentido, alerta que “a capacidade postulatória, tratada nos arts. 103 *et seq.* do CPC/2015, não deve ser confundida com a capacidade das partes ou a capacidade do próprio mandatário”. (*Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194).

¹⁵⁸ Humberto Theodoro Júnior divide os pressupostos processuais em duas classes: subjetivos e objetivos. Para ele, a demanda do autor e a citação do réu são portanto pressupostos de existência válida ou desenvolvimento regular objetivo. (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 144).

¹⁵⁹ Jurisdicional significa exercício da jurisdição. Judicial, do latim *judex, judicis*, que é juiz. O ato é judicial pelo simples fato de ser realizado pelo juiz. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. II, p. 492).

civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei [...], por parte dos órgãos de jurisdição ordinária”.¹⁶⁰

A citação é o pressuposto processual mais controvertido na doutrina. Trata-se de pressuposto processual, isto é certo, todavia, controverte-se quanto a sua natureza: existência ou validade. O artigo 239, do CPC/2015 e, anteriormente, o artigo 214, do CPC/73, é o responsável pela controvérsia, na medida em que sua redação induz a percepção que citação seria pressuposto de validade. Embora a redação do dispositivo não favoreça a uniformidade do entendimento, certo é que a citação é pressuposto processual de existência.¹⁶¹⁻¹⁶²

Ressalta-se, todavia, que se trata de existência jurídica e não fática, porquanto há casos concretos em que o juiz, pautado em situações extremas e para preservar direitos, profere decisões antes da citação do réu,

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, vol. I, p. 71.

¹⁶¹ Admitindo a citação como pressuposto processual de existência: “Não basta, porém, a existência de petição inicial se não há jurisdição. O pedido veiculado pela petição inicial deve ser formulado perante um órgão investido de jurisdição, mesmo que incompetente, para que possa nascer a relação jurídica processual. Se a petição inicial for despachada por juiz aposentado, que não possui jurisdição, o processo não existe, a não ser aparentemente, já que o Estado, salvo nas exceções previstas pela própria lei (v.g. arbitragem), detém o monopólio da prestação da tutela jurisdicional, como decorrência de sua soberania. É necessário, ainda, para aqueles que adotam a teoria angular ou triangular acerca da relação jurídica processual, que a outra parte seja chamada a juízo para responder a ação, exercitando seu direito de defesa. Assim, sem que ocorra citação, não se pode falar em constituição da relação”. (OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2015, vol. I, p. 235). Ainda, entendendo pela citação como pressuposto de existência: “É correto entender que a citação é pressuposto de *existência* do processo, embora o *caput* do art. 239 limite-se a se referir a ela como pressuposto de *validade* (...)” (Scarpinella Bueno, Cassio. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202). Arruda Alvim entende, como estes, que a citação é pressuposto processual de existência.

¹⁶² Cintra-Grinover-Dinamarco são contrários a divisão dos pressupostos processuais de existência e validade: “A doutrina falava inicialmente em requisitos sem os quais não chega sequer a constituir-se a própria relação processual (sem cogitar de sua validade). Depois evoluiu para a ideia de que não se trata de constatação da pura existência da relação processual, mas da regularidade desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer, mas será inválida (é válida, porém a manifestação do juiz que, neste processo viciado, declara a inexistência dos pressupostos”. (*Teoria Geral do Processo*, 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 289).

a exemplo da tutela provisória *inaudita altera pars*, o que não infirma que citação é pressuposto de existência do processo como explica TERESA ARRUDA ALVIM:

Ademais, conforme sublinharemos em espaço próprio adiante, a *inexistência jurídica não se confunde* com inexistência fática. A inexistência jurídica consiste em um problema de tipificação. A sentença inexistente é o ato que não pode como tal ser chamado. Mas é ato, existe, no plano dos fatos. Padece, todavia, de defeito de tal monta e gravidade, que não pode ostentar o *nomen iuris* de sentença como, v.g., a sentença proferida por um não juiz (ausente pressuposto processual de existência: jurisdição). Portanto, o fato de se *praticarem atos* não significa que o *contexto* em que tenham sido praticados seja *juridicamente qualificável* como sendo um processo! – relação jurídica trilateral, que se desenvolve no tempo, cuja vocação é a de gera sentença de mérito.¹⁶³

Ainda sobre a diferença entre existência fática e jurídica, que corrobora para o fato de a citação ser pressuposto de existência do processo, Calmon de Passos ensina que:

O que afirmamos, e isso o fazemos com firme convicção, é que na ordem natural é impossível identificar-se algo como jurídico, bem como na ordem social só uma particular forma de compreensão da conduta é que dá ao fato sua qualificação jurídica. Destarte, o jurídico não está no ser, no fato, na conduta, na coisa, sim na forma pela qual o homem tenta compreender o seu agir, em sua dimensão social, com vistas a atender ao imperativo de dar consciência à ordem social, à ordem da convivência humana, não submetida a leis necessitantes, como acontece com a das abelhas e das formigas.¹⁶⁴

¹⁶³ *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 52.

¹⁶⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades*. Revista de Processo. v. 56, p. 7-20, out/dez.1989

O último pressuposto processual de existência, que se relaciona inteiramente às partes, é a capacidade postulatória, ou, segundo TERESA ARRUDA ALVIM, legitimidade postulatória,¹⁶⁵ haja vista a diferença, nem sempre visível, entre os conceitos de legitimidade e capacidade.

Capacidade é conceito geral e amplo que engloba o da legitimidade.¹⁶⁶ Legitimidade diz respeito ao indivíduo em relação a determinado objeto, enquanto a capacidade se relaciona unicamente ao indivíduo. Com isso, há situações em que o indivíduo possui capacidade, mas não legitimidade, donde se deflui que “a legitimidade processual, a despeito de ser aferida em relação à lide, ao mérito, diz respeito exclusivamente ao agir, ao atuar no processo como parte, autora e ré”.¹⁶⁷

Com a finalidade de se compreender o tema, pede-se licença para exemplo lúdico: o processo é palco de atividades, onde atuam o Estado (juiz), autor e réu.¹⁶⁸ Para atuarem neste palco, não basta que as partes sejam atores (leia-se, possuam capacidade). Há de haver relação entre os atores (partes) e o palco específico em que atuarão (processo). A atuação dos atores, todavia, não se dará por si mesmos, mas sim por meio de representantes que, no caso, serão os advogados devidamente habilitados. Esses representantes, todavia, apenas estarão autorizados a exercer a função que lhes fora concedida, naquele palco, mediante a procuração judicial, que é o

¹⁶⁵ “As considerações aqui feitas a respeito das diferenças entre capacidade e legitimidade, por necessidade de coerência, obrigam a que se aluda à *legitimidade* postulatória e não capacidade postulatória, como fenômeno ligado à necessidade de que as partes sejam representadas em juízo por advogado”. (*Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 49)

¹⁶⁶ “A noção de legitimidade é, pois, *relacional*, e *supõe* a de capacidade”. (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 45.)

¹⁶⁷ ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 81.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

instrumento do mandato (artigo 653, do Código Civil e artigo 5, *caput* e §2º, do Estatuto da OAB).

Transpondo-se o exemplo, temos que o autor apenas poderá dar início ao processo através de advogado habilitado, com poderes específicos para tanto¹⁶⁹ e para o autor nomear este advogado seu representante terá que ter capacidade. Ausente o mandato judicial, representado pela procuração judicial, não há que se falar em início do processo, pois a parte não propõe demanda sem advogado.¹⁷⁰

Dos pressupostos processuais de existência, por mero raciocínio lógico, defluem-se os pressupostos processuais de validade, porquanto a validade pressupõe a existência, assim, é “de toda conveniência serem examinados, depois da análise dos requisitos de *existência* do processo, os de sua validade, [...], cuja presença enseja na terminologia da lei, o “desenvolvimento válido e regular do processo” (art. 485, IV, do CPC/2015)”.¹⁷¹

¹⁶⁹ “Não basta haver um advogado, *genericamente* habilitado para o exercício da advocacia, atuando no processo. É necessário que seja procurador do *autor*, portanto, *legitimado* em face da *situação concreta*”. (*Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 52)

¹⁷⁰ Destaca-se, pela pertinência ao tema, posição de Heitor Vitor Mendonça Sica, que nega a diferenciação entre pressupostos processuais de existência e validade. Para o Autor, não existem pressupostos processuais de existência, nem mesmo citação, “porque é um contra-senso afirmar que algo possa existir para uns e inexistir para outros. Segundo, porque os atos realizados pelo autor e pelo juiz antes do momento em que o réu deveria ser citado (e não foi) são perfeitamente válidos e aproveitáveis, justamente porque se materializaram em um processo que existe juridicamente. Apenas todos os demais atos que se seguiram à indevida omissão quanto à citação do réu haverão de ser invalidados, a qualquer tempo, inclusive da execução da referida sentença (arts. 475-L, e 741, I, do CPC)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 141).

¹⁷¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

Temos, assim, como pressupostos processuais de validade: petição inicial apta, juízo competente e juiz imparcial e capacidade processual.

Nesta esteira, de acordo com artigo 330, § 1º, do CPC/15, a petição será considerada inepta quando **(i)** lhe faltar pedido ou causa de pedir; **(ii)** o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses em que é permitido pedido genérico; **(iii)** da narração dos fatos não decorrer a conclusão e **(v)** contiver pedidos incompatíveis entre si. A interpretação *a contrario sensu* aponta o conceito de petição apta.

Destaca-se, todavia, que a petição apenas será declarada inapta e o processo extinto sem resolução do mérito após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias concedidos pelo juiz ao autor para consertar os defeitos da petição inicial. Este procedimento está de acordo com a preferência do CPC/15 pelo julgamento do mérito.

A competência do juízo e a imparcialidade do juiz são requisitos de validade do processo, sem os quais o processo não terá seu curso regularmente desenvolvido. A invalidade residirá somente em caso de competência absoluta, ou seja, aquela que não se prorroga e, no caso de impedimento do juiz. Não há, pois, que se falar em ausência de pressuposto de validade nas hipóteses de competência relativa e suspeição.

Em relação às partes, o pressuposto processual de validade é a capacidade processual que não se identifica com a capacidade civil do

Código Civil, porém “o processo civil encaminhou o conceito e a disciplina da capacidade, em grande parte, tal como regulados pelo direito material”.¹⁷²

Desse modo, todo indivíduo “que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”,¹⁷³ com exceção dos absolutamente e relativamente incapazes, cujo pressuposto de validade somente estará presente no caso de representação e assistência. Além disso, no caso de ação que verse sobre direito real imobiliário, a capacidade processual do cônjuge, casado sob regime de bens que não seja o da separação total, dependerá da anuência do outro cônjuge.¹⁷⁴

Ainda em relação aos pressupostos processuais, temos os chamados pressupostos negativos, ou seja, aquele cuja presença impede o prosseguimento regular do processo. TERESA ARRUDA ALVIM os denomina de “pressupostos processuais extrínsecos, ou seja, exteriores ao processo, que não impedem que exista a relação processual. Impediriam, isso sim, sua *validade*, (...). São, a nosso ver, duas: litispendência e a coisa julgada”.¹⁷⁵ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR agrega aos pressupostos tidos por negativos, a existência de convenção arbitral.¹⁷⁶

Outro pressuposto negativo, cujo existência enseja a inadmissão do processo é a perempção, disciplinada pelo CPC/15, no artigo 485, V, ao lado da litispendência e coisa julgada.

¹⁷² ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 15.

¹⁷³ Art. 70, do CPC/15.

¹⁷⁴ Art. 73, do CPC/15.

¹⁷⁵ *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 53.

¹⁷⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. I, p. 145.

O julgamento do mérito do processo não depende apenas dos pressupostos processuais. As partes podem ter legitimidade postulatória, capacidade processual, a petição pode ser apta e o juízo competente, mas o mérito não ser julgado, pois “além dos requisitos concernentes à validade do processo e à inexistência de impedimentos, deve o juiz verificar se concorrem as *condições de admissibilidade da ação*”.¹⁷⁷

As condições da ação foram conceituadas a partir da Teoria da Ação proposta por LIEBMAN. A teoria de LIEBMAN, também chamada de teoria eclética, foi o meio-termo encontrado entre teoria concretista e a teoria abstrata da ação. Todas as teorias da ação possuem um ponto em comum: a autonomia do direito de ação.¹⁷⁸

A teoria de LIEBMAN, nas palavras de seu criador, é assim explicada:

A possibilidade de requerer dos órgãos jurisdicionais uma decisão, seja qual for, mesmo uma decisão que recuse a julgar o pedido, não é um direito subjetivo, porque compete a todos, em qualquer circunstância, e constitui, por assim dizer, o ar em que vive uma ordem jurídica constituída. É um direito subjetivo, e propriamente o direito de ação, aquele que, nas condições indicadas, compete a uma pessoa, que pretende obter do poder judiciário a aplicação do direito a um conflito de interesses. Mas entre essas condições não se inclui a procedência da pretensão do autor, porque a ação não é direito de ver acolhido e sim, mas simplesmente, de ver julgado o pedido formulado.¹⁷⁹

¹⁷⁷ BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p.91

¹⁷⁸ “I requisiti per l’esistenza dell’azione sono stabiliti dal diritto processuale; quelli per la sua fondatezza dipendono dal diritto sostanziale, o, più in generale, dal diritto che regola il rapporto o lo stato che forma l’oggetto della domanda”. “Os requisitos para existência da ação são estabelecidos pelo direito processual; aquele para os seus fundamentos dependem do direito substancial, ou, mais em geral, pelo direito que regra a relação ou o estado que forma o objeto da demanda.”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Procesuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I, p. 120.).

¹⁷⁹ *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 97-98.

LIEBMAN conceituou as condições da ação “come le condizioni di ammissibilità del provvimento sulla domanda, ossia come condizioni essenziali per l’esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una concreta fattispecie dedotta in giudizio”.¹⁸⁰

As condições da ação se relacionam tanto aos aspectos processuais quanto aos materiais do direito de ação.¹⁸¹ São condições da ação a legitimidade *ad causam* e o interesse processual. O CPC/15 confirmou uma tendência sentida no processo civil após a edição lei do divórcio¹⁸² e excluiu, dentre as condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido.¹⁸³

Entende-se por legitimidade para causa “a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.¹⁸⁴

Deflui-se, portanto, que as “partes são sujeitos do contraditório que se estabelece perante o juiz e do qual ele também é sujeito”.¹⁸⁵

¹⁸⁰ *Manuale di Diritto Procesuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I, p. 120. “Como as condições de admissibilidade do provimento da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional referente a uma concreta *fattispecie* deduzida no juízo”.

¹⁸¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 103.

¹⁸² Lei n.º 6.515/77.

¹⁸³ Liebman dava como exemplo de impossibilidade jurídica o pedido de divórcio no Brasil. (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 93).

¹⁸⁴ *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 95.

¹⁸⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre as Demandas de acordo com o Novo CPC e a Lei n.º 13.256/2016*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 45.

A legitimidade *ad causam* está estritamente relacionada com o direito substancial deduzido em juízo. Não por outra razão que há autores, como GALENO LACERDA, que afirmam que no caso de o juiz “julgar inexistentes as condições da ação, referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide.”¹⁸⁶

O interesse processual tem caráter secundário e surge em razão de um interesse substancial, não satisfeito em razão da resistência de outra pessoa.¹⁸⁷ PEDRO BATISTA MARTINS sustentava que nas ações constitutivas “o interesse se confunde com a própria existência do direito”.¹⁸⁸

Cândido Rangel Dinamarco emprega a locução *interesse de agir* ou *interesse processual* ou *legítimo interesse*, sem prejuízo de informar que a locução completa é *legítimo interesse processual de agir*. O doutrinador ainda destaca que o objeto do interesse processual é a tutela jurisdicional e não o bem da vida, o que justifica sua crítica à redação do artigo 2º, do CPC/39, quando denominava essa condição da ação como *interesse econômico ou moral*.¹⁸⁹

¹⁸⁶ op. cit. p. 82.

¹⁸⁷ L’interesse ad agire è perciò un interesse processuale, secondario e strumentale rispetto all’interesse sostanziale primario, ed ha per oggetto il provvedimento che si domanda al magistrato, come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell’interesse primario, rimasto leso dal comportamento della controparte, o più genericamente dalla situazione di fatto oggettivamente esistente. Ad es. l’interesse primario di chi si afferma creditore di 100 è di ottenere il pagamento di questa somma; l’interesse ad agire sorgerà se il debitore e successivamente l’esecuzione forzata a carico del suo patrimonio”. “O interesse para agir [e por isso um interesse processual, secundário e instrumental em relação a interesse substancial primário e tem por objeto o provimento que demanda-se ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, permanecido leso pelo comportamento da controparte, o mais genericamente pela situação de fato objetivamente existente. Por exemplo o interesse primário de quem se afirma credor de 100 tem que obter o pagamento desta soma, o interesse para agir surgirá se o devedor é sucessivamente a execução forçada a cargo de seu patrimônio”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Procesuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I, p. 120.

¹⁸⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 419.

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, p. 300.

O interesse processual é composto do binômio necessidade-adequação, ou seja, necessidade da jurisdição para obter o bem da vida e adequação da tutela jurisdicional pleiteada para esse fim. TERESA ARRUDA ALVIM pondera que o interesse é composto da necessidade e utilidade, resumindo a noção de interesse à seguinte formulação hipotética: “*se houve lesão*, a única forma, útil e necessária, de repará-la é o lançar mão da atuação do Poder Judiciário”.¹⁹⁰

Destaca-se, por fim, que os pressupostos processuais e as condições da ação, são questões de ordem pública que podem ser decididas de ofício pelo juiz.

3.2.2. Questões de fato e questões de direito

A atividade do juiz dirige-se, pois, necessariamente, a dois distintos objetos: exame da *norma* como vontade *abstrata* da lei (questão de *direito*), exame dos *fatos* que transformam em *concreta* a vontade da lei (questão de *fato*).¹⁹¹ Nesse sentido, Kazuo Watanabe afirmou que “O direito e os fatos podem aparecer na causa como *pontos* conhecidos e incontroversos, ou a respeito deles surgir dúvidas e controvérsias, quando então receberão o nome *questões*”.¹⁹²

¹⁹⁰ *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 57.

¹⁹¹ Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva: São Paulo, 1942, vol. I, p. 75.

¹⁹² WATANABE, Kazuo. *Da cognição do processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 74.

Sobre o conceito de fato e de direito, que os inserem no mesmo conceito amplo denominado conceito jurídico, ensinou Castanheira Neves:

E isto pode tanto significar que o conceito de facto e o conceito de direito enunciados nesses institutos são ambos *conceitos jurídicos*, em tudo equiparáveis, intencional e metodologicamente, a todos os outros conceitos jurídicos definidores dos elementos integrantes das ‘hipóteses’ legais, dos tipos objectivados pelas normas positivas – tão jurídicos, portanto como os conceitos de ‘promessa’, de ‘subtração’, de ‘coisa’, de ‘prestação’, de ‘dolo’, etc., os quais, qualquer que seja o substrato metajurídico assimilado, possuem como elementos que são de um positivo pensamento normativo, um sentido e um conteúdo especificamente jurídicos.¹⁹³

A tormentosa tarefa de se diferenciar as questões de fato e de direito é conhecida por todos os operadores do direito e a dificuldade enfrentada neste ofício justifica a lição de TERESA ARRUDA ALVIM, para quem “o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito”.¹⁹⁴

Na esteira dos ensinamentos sempre precisos de TERESA ARRUDA ALVIM, a questão a ser enfrentada pelo juiz não é puramente de fato, ou puramente de direito, o que torna a decisão jurídica fruto do conhecimento, pelo juiz, de ambas questões, *in verbis*:

¹⁹³ NEVES, Antonio Castanheira. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal Justiça como tribunal de revista*. Digesta v. 1: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 498.

¹⁹⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 350.

As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento ‘pendular’, que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a *subsunção*, qualificando os fatos e determinando-lhes as consequências no plano normativo.¹⁹⁵

Tendo em vista, portanto, a dinâmica do fenômeno jurídico e as dificuldades em se estabelecer claramente a diferenciação entre a questão de fato e questão de direito, TERESA ARRUDA ALVIM propôs classificação das questões, levando-se em consideração dois critérios, quais sejam, o critério ontológico ou substancial e o critério técnico processual.

O primeiro critério avalia a natureza da questão, com a finalidade de lhe classificar como sendo predominantemente fática ou predominantemente de direito. O segundo critério é o técnico-processual que avalia a possibilidade de a questão ser objeto de recurso de estrito direito.¹⁹⁶

TÂNIA AOKI CARNEIRO confirma o acerto da doutrina de TERESA ARRUDA ALVIM, demonstrando sua pertinência para se solucionar a difícil tarefa de se qualificar a questão:

Pode-se dizer que as questões predominantemente de fato, do ponto de vista ontológico, consistem em pontos controvertidos acerca dos acontecimentos no universo empírico e, do ponto de vista técnico-processual em questões que demandam o reexame de provas, ou seja, nova análise dos elementos dos autos para a confirmação de como se deram os fatos.

As questões predominantemente de direito, por sua vez, tanto no plano ontológico quanto no plano técnico-processual, são aquelas que giram, precipuamente, em torno da interpretação de determinada regra jurídica, quando já estão definidos todos os aspectos fáticos do caso concreto submetido a julgamento, bem

¹⁹⁵ Ibidem p. 349.

¹⁹⁶ Ibidem p. 349.

como individualizada qual a norma jurídica aplicável a estes mesmos fatos.¹⁹⁷

Com base no sistema proposto, não raras as vezes uma questão de direito, sob o ponto de vista do critério ontológico, não seja de tal modo classificada sob o critério técnico-processual, em razão da impossibilidade desta mesma questão ser objeto de recurso de sentido estrito.

Essas questões, contudo, não deixam de ser ontologicamente de direito, porém, técnico-processualmente serão consideradas questões fáticas como explica TERESA ARRUDA ALVIM:

Em todos os casos acima mencionados está-se a nosso ver diante de uma *quaestio juris*, pois a incidência da norma no mundo real é o que necessária e inexoravelmente está na base de todo o raciocínio jurídico. É um erro de base que compromete evidente e inexoravelmente todo o raciocínio subsequente, gerando seguidas ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Apesar disto, todavia, casos haverá em que não terá cabimento a reavaliação do processo subsuntivo, embora se trate de questão de direito se considerada em sua natureza (= critério ontológico), porque, de acordo com o outro critério, a que antes se aludiu, de natureza técnico-processual, se estará diante de questão de fato.¹⁹⁸

Ainda tendo como norte o sistema proposto por TERESA ARRUDA ALVIM, tem-se que o legislador, no artigo 357, II e IV, do CPC/15 impôs ao juiz, no bojo da decisão de saneamento e organização do processo, delimitar as questões fáticas e as questões de direito sob o ponto de vista estritamente ontológico, não levando em consideração, portanto, o critério técnico-processual.

¹⁹⁷ CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso Especial e Ação Rescisória: Controle da Ofensa à Norma Jurídica (com comentários ao PL 8046/2010)*. Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 160.

¹⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de processo*. v. 92, p. 52-70, out/dez.1998.

E não poderia ser diferente, porquanto a intenção da decisão saneadora, neste ponto, é a de organizar a fase de instrução delimitando a natureza de cada questão a ser enfrentada pelo juiz ao decidir o mérito.

Inicialmente, o juiz delimitará o espectro de cognição sobre os fatos, delimitando-os. Nesse momento, a decisão deverá apontar quais os fatos serão objeto de prova, para se definir sua dinâmica e, para tanto, determinar-se-á os meios de provas que serão produzidas com a finalidade de responder todas as indagações que envolvem os fatos e sejam necessárias à subsunção.

Nesta toada, tomando como existentes os fatos delimitados nos moldes do inciso II, o juiz e/ou as partes deverão antecipar, com base no inciso IV, do artigo 357, do CPC/15, as consequências jurídicas desses fatos, antecipando-se as consequências jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto, v.g., em uma ação de cobrança, os fatos a serem provados giram em torno da existência da dívida, enquanto a questão de direito se relaciona à norma jurídica insculpida no artigo 389, do Código Civil (“CC”).

TERESA ARRUDA ALVIM fornece outro importante exemplo, qual seja, ação de alimentos pautados na relação de paternidade. A questão fática é o laço de consanguinidade entre o Alimentando e o Alimentado, enquanto a questão de direito é a obrigação imposta em lei de o genitor pagar alimentos ao seu filho, a partir da citação realizada no processo de alimentos.¹⁹⁹

¹⁹⁹ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. Ob. cit. p. 351.

As delimitações das questões fáticas e de direito na decisão saneadora são salutares, porquanto estão coerentes com o processo cooperativo. Todas essas questões vincularão o juiz, valendo-se como uma espécie de controle sobre a fundamentação da decisão, tal como exigida pelo artigo 489, § 1.º, IV, do CPC/15, pois, segundo JOÃO BATISTA LOPES, há uma única forma de se entender como motivada a sentença de mérito, *in verbis*:

Assinale-se, mais uma vez, que o termo *questão* deve ser tomado em seu sentido técnico, ou seja, *ponto duvidoso* de fato ou de direito. Não há confundir, pois, *questão* com *argumento* (operação mental que conduz à indução ou à dedução). Ao decidir, o magistrado poderá valer-se de lições doutrinárias ou de máximas de experiência para embasar a solução do caso ou dispensá-las, limitando-se a enfrentar as *questões* suscitadas no processo.²⁰⁰

A decisão de saneamento e organização ganhou evidente importância em relação às questões de fato e de direito que serão objeto da decisão de mérito, de modo que essas questões serão delimitadas anteriormente à fase instrutória e deverão ser enfrentadas pelo juiz na sentença, sob pena de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

A importância, todavia, não ficará restrita à sentença, mas também ao juízo de admissibilidade de eventual recurso de estrito direito ou mesmo admissibilidade de ação rescisória, sendo que JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM e TERESA ARRUDA ALVIM tiveram oportunidade de destacar, inclusive, que a incorreta qualificação jurídica dos fatos justifica a ação rescisória por violação de norma jurídica:

Não se discute, na rescisória, a lei em tese, senão que a lei,

²⁰⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro: de acordo com o novo CPC*. 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016, p. 59-60.

aplicada aos fatos concretos dos autos. A correta aplicação da lei não pode ser avaliada desconhecendo-se ou ignorando-se os fatos dos autos.

No caso dos autos, está-se diante de uma ilegalidade que ocorre justamente na raiz do raciocínio do juiz, ou seja, de uma ilegalidade que ocorreu no momento em que, de certo modo, nasceu o direito, momento esse a que se pode chamar de incidência da lei sobre os fatos. A partir do momento em que essa relação de incidência da lei sobre os fatos se dá de maneira defeituosa, tudo o que logicamente se segue será ilegal, necessária e inexoravelmente.

Casos há em que a ilegalidade ocorre num segundo momento lógico, posterior àquele em que aparece a raiz do direito, que é aquele a que aludem os Embargantes, depois do momento da incidência da norma. Seria a hipótese de se considerar a cláusula como moratória e de se dizer que não se admite a cumulação desse pedido com o de indenização.

Mas isso não significa que essa infração à Lei seja mais grave do que aquela que ocorre no momento da incidência do Direito, da qualificação dos fatos. Pelo contrário, se se pudesse falar de uma "gradação" de ilegalidades, certamente este tipo seria mais grave ou pelo menos mais abrangente!

Não se pretende, na presente ação rescisória, senão discutir a qualificação jurídica dos fatos, que, por ter sido feita erradamente pela r. sentença rescindenda, gerou uma ilegalidade.²⁰¹

Evidente, portanto, que a decisão de saneamento e organização não poderá mais ser proferida à moda do CPC/73, cingindo-se a se destacar, pontualmente, as questões controvertidas, isto porque, o legislador de CPC/15 estabeleceu o momento único e ideal para que estas questões sejam separadas e delimitadas, ditando-se, a partir deste ponto, a possível violação de norma jurídica.

²⁰¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Qualificação jurídica do fato feita equivocadamente dá azo a rescisória – art. 485, V.* Revista de Processo. V. 76, p. 164-175, out/dez.1994.

3.2.3. Nulidades Processuais

Antes de se iniciar o tema das nulidades processuais, mostra-se necessário diferenciá-la do plano da ineficácia, para que não se caia na tentação de se dizer que o ato processual nulo é aquele ato que não produz efeitos. Isto porque, há “atos perfeitos e, portanto válidos, que não são eficazes, como há atos imperfeitos (não necessariamente inválidos) que produzem efeitos”.²⁰² Ato nulo não é, necessariamente, ato ineficaz.

A ineficácia é a ausência de efeito jurídico do ato e, embora o vício atribuído ao ato impeça a produção de seus efeitos jurídicos, há situações em o ato nulo produz efeitos até que se declare sua nulidade. “O sistema de nulidade existe, no direito, para evitar que o ato inválido produza efeitos programados ou para fazer cessar os efeitos que eventualmente já estejam sendo produzidos”.²⁰³

Ainda no âmbito dos conceitos, não se pode confundir a invalidade com os vícios que a provocam, isto porque, os vícios ocasionam a nulidade, numa relação de causa e efeito, motivo pelo qual “a invalidade não se identifica com o vício”.²⁰⁴ “A nulidade é uma sanção”.²⁰⁵ Pode-se, ao revés, utilizar como sinônimo as palavras invalidade e nulidade, seguindo a conceituação proposta por TERESA ARRUDA ALVIM.²⁰⁶

²⁰² KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206.

²⁰³ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 111

²⁰⁴ KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. RT: São Paulo, 1991, p. 206.

²⁰⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1989, vol. III, p. 477.

²⁰⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 117.

Antes de sistematizar as nulidades processuais se deve ter em mente que a nulidade é tema da Teoria Geral de Direito. No Brasil, as nulidades dos atos jurídicos, no âmbito do direito privado estão positivadas no Código Civil.²⁰⁷⁻²⁰⁸ Quanto ao direito público, esse tema foi tratado na Lei da Ação Popular, que é “a única lei, pelo menos a lei fundamental, que define os vícios dos atos jurídicos no Direito Administrativo”.²⁰⁹ Da Lei de Ação Popular, pode-se extrair os elementos de uma teoria geral de nulidades no direito público.²¹⁰

CALMON DE PASSOS aponta a linha mestra do sistema das nulidades no âmbito do direito público:

Disso se conclui que, no campo do direito público, bem como no âmbito das normas cogentes, dos atos jurídicos em sentido estrito, a invalidade é correlacionada à consequência antes que ao suposto normativo, falando-se, na espécie, em fungibilidade das formas ou dos tipos. A ordem jurídica valida o comportamento atípico, tendo em vista a sua adequada instrumentalidade prática para lograr o fim perseguido.

Campo fecundo dessa construção é o processo. Não só ele, como o direito administrativo. Excluídos, em verdade, apenas, no âmbito do direito público, aqueles setores ou aquelas situações em que a tipicidade se reveste do caráter de garantia individual, a exemplo do que ocorre com o direito penal e com boa parte do direito tributário. Nessas circunstâncias, o indivíduo liberta-se da sua posição de subordinação e quem é posto sob limitações é o

²⁰⁷ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

²⁰⁸ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

²⁰⁹ ARRUDA ALVIM. *Ação Popular*. Revista de processo v. 32 p. 163-177, out./dez. 1983, p. 7.

²¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. op. cit. p. 125.

Poder, operando a rigidez formal como o mais seguro e excelente instrumento de sua limitação. E isso ocorre com tal relevo que, inclusive, se projeta do campo do direito material para o campo do direito processual respectivo. As nulidades no processo penal, p. ex., sofrem acentuada influência do princípio da tipicidade do direito penal material e do entendimento do valor liberdade como sendo indisponível.²¹¹

A despeito do tronco comum, não se pode simplesmente transplantar o regime jurídico das nulidades do direito civil, ou mesmo do direito administrativo, para o processo civil, haja vista os diferentes princípios que regem essas áreas de direito. Deve-se encontrar a nota diferencial das nulidades processuais, que as diferenciam das nulidades nas demais áreas do direito.

A Lei de Ação Popular, neste sentido, diferencia em seus artigos as nulidades das anulabilidades, como aponta ARRUDA ALVIM:

Nestes arts. 2.º e 3.º se discrimina nitidamente entre nulidade, definindo-se-a, e, no art. 3.º, se reporta o legislador a anulabilidade, naquilo que for aplicável. A anulabilidade, no caso, a nosso ver, será daqueles casos do art. 86 e ss. do CC [1916], na medida em que sejam compatíveis com o sistema dos atos administrativos, e, nesse particular devemos dizer que a nossa literatura é extremamente escassa na exegese e análise deste aspecto da Lei 4.717.²¹²

O direito civil é mais claro ao diferenciar a nulidade da anulabilidade, na medida que os artigos 166 e 171, do Código Civil apontam, claramente, esta diferenciação. Ao contrário disso, a nota diferencial das nulidades processuais foi fruto do trabalho da doutrina e não da legislação e,

²¹¹ *Esboço de uma Teoria das Nulidades*. Revista de Processo. v. 56, p. 7-20, out/dez.1989

²¹² ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 7.

para GALENO LACERDA, a nota diferencial, portanto, está na natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico.²¹³

Na sistematização proposta por GALENO LACERDA, as nulidades do processo civil são divididas de acordo com a norma violada. No caso de violação de norma que visa proteger o interesse público, a nulidade será absoluta. Tratando-se de norma que proteja o interesse da parte, a nulidade será relativa ou se tratará de anulabilidade. No primeiro caso, a norma violada é cogente e no segundo caso é dispositiva.²¹⁴

ROQUE KOMATSU concorda com GALENO LACERDA e complementa ensinando que:

As nulidades absoluta e relativa se assemelham por originarem-se da infração à norma cogente e distinguem-se pelo aspecto teleológico. E a nulidade relativa e a anulabilidade se assemelham, no tocante às normas, onde tutelado, em caráter principal, interesse de parte e distinguem-se por dizerem respectivamente com normas cogentes e normas dispositivas. [...] “há nulidade, em princípio quando inobservada norma cogente e de anulabilidade se há de cuidar apenas na hipótese de incidência de regra dispositiva.”²¹⁵

TERESA ARRUDA ALVIM divide as nulidades processuais em nulidades de forma e nulidades de fundo. Segundo a doutrinadora, em relação às nulidades de forma, elas serão relativas, salvo se a lei disser o contrário. As nulidades de fundo serão absolutas quando se tratar de pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito (condições da ação

²¹³ *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953, p. 72

²¹⁴ *Ibidem* p. 72.

²¹⁵ KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206.

e pressupostos processuais) ou quando a lei determinar, mesmo não se tratando dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.²¹⁶

TERESA ARRUDA ALVIM ainda propõe outro critério distintivo entre as nulidades: o da exclusão. Os defeitos do processo que não forem tidos por nulidades absolutas serão, portanto, nulidades relativas, abrangendo-se aí as irregularidades.²¹⁷

CALMON DE PASSOS propõe sistematização diversa para as nulidades processuais. A nota diferencial para este doutrinador está na relevância do vício do ato processual para sua finalidade. O processo é instrumento a serviço da pacificação social, desse modo, o ato, tendo atingido a sua finalidade, mesmo defeituoso, não deve ser sancionado com a nulidade.

Recorda-se que para CALMON DE PASSOS a nulidade é sanção imposta ao ato, que converge na sua ineficácia. Diante de vício irrelevante para a finalidade do ato, CALMON DE PASSOS propõe que não se sancione o ato decretando-se a nulidade.

A importância da sistematização das nulidades processuais se dá em razão dos regimes jurídicos a elas submetidos, porquanto é necessário identificar o vício para saber se serão sanáveis ou insanáveis, bem como se este vício poderá ser decretado de ofício ou se ele se submete ao regime das preclusões.²¹⁸

²¹⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 166.

²¹⁷ op.cit. p. 168.

²¹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 185.

É certo, porém, que o regime jurídico das nulidades processuais se submete a máxima segundo a qual “a possibilidade de sanção do vício, no sentido de que se dê à parte chance de *consertar* o defeito, *independentemente de sua gravidade*”.²¹⁹

Não se pode, dessa forma, cravar que a nulidade absoluta é insanável e a nulidade relativa sanável. O que se pode afirmar, com TERESA ARRUDA ALVIM, é que os atos nulos são inconvalidáveis e os anuláveis são convalidáveis, o que não significa que o ato nulo necessariamente convergirá para a extinção do processo.

CALMON DE PASSOS faz a seguinte ponderação acerca da diferença entre sanabilidade e insanabilidade da nulidade:

A sanabilidade ou insanabilidade da nulidade é uma apreciação posterior ao pronunciamento judicial que a constitui. Nulidade sanável, portanto, não é mais do que aquela cujas consequências sobre o processo podem ser obviadas, mediante a repetição de atos ou realização de atos que faltaram na série dos atos do procedimento. Insanável, por conseguinte, é a nulidade que repercute sobre o processo como um todo e importa em sua extinção. Suas consequências são extensas e definitivas. A repetição de um ato não pode ser vista como sanção de defeito desse mesmo ato, sim das repercussões que sua invalidade determina no processo. O ato é nulo. O juiz pronuncia sua nulidade e manda repeti-lo, impedindo, com isso, a extensão dos efeitos da nulidade do ato, extensão que normalmente ocorreria, não fosse o ato repetível.²²⁰

Quanto ao momento em que as nulidades processuais devem ser sanadas, o CPC/15 seguiu o procedimento adotado pelo CPC/73.

²¹⁹ op. cit., p. 117.

²²⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. III, p. 479.

Ambos diplomas, diferentemente do CPC/39 e da legislação portuguesa, adotam como momento processual para o juiz analisar os vícios processuais a fase das providências preliminares. No CPC/15, esse momento se encontra disciplinado no Livro I, Título I, Capítulo IV, Seção III. O juiz, portanto, após a apresentação de defesa indireta do réu e réplica pelo autor, verificará a existência de vícios e mandará supri-los.

Muito em razão da opção do legislador de 2015 por manter a verificação das nulidades nesta fase, incluiu-se na denominação da seção, além das providências preliminares, o saneamento do processo, algo que o CPC/73 não havia vislumbrado.

Pode-se afirmar, assim, que a decisão saneadora do artigo 357, do CPC/15 não possui, propriamente, a função de sanear o feito, mas sim a de decretar que o feito foi saneado, ou seja, a decisão se volta para uma fase anterior, porquanto os atos tendentes à sanação²²¹ dos vícios foram praticados na fase de providências preliminares.

²²¹ Roque Komatsu divide as providências a serem adotadas na sanação do vício: “O primeiro diz respeito à invalidade decorrente da ausência, que não comporta sanação, mas suprimimento, realizando o ato que não o fora. Em contrapartida, tem-se o caso de excesso, ou seja, ato indevidamente praticado, que deverá ser extirpado. Tome-se o exemplo da nulidade da citação, cuja consequência é a devolução dos prazos e oportunidades vencidos, com a realização dos atos decorrentes. Ao inverso, se a parte, por exemplo, não ratifica atos praticados na forma do art. 37 do CPC, o juiz declara-os inexistentes, fazendo extirpar, mediante o desentranhamento das peças que os contêm. O segundo diz respeito à correção dos atos existentes, mas viciados. Neste caso, dependendo da extensão do vício, a sanação pode consistir em ratificação, retificação ou repetição”. *Da Invalidade no Processo Civil*. RT: São Paulo, 1991, p. 266.

3.2.4. Distribuição do ônus da prova

O artigo 357, III, do CPC/15 incluiu como atividade judicial adotada por ocasião do saneamento do processo, a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373, do CPC/15. Trata-se de inovação do CPC/15, na medida em que as legislações anteriores não incluíam expressamente esta atividade no objeto da decisão saneadora. Essa inovação se deve à adoção **(i)** da distribuição dinâmica do ônus da prova²²² e **(ii)** da distribuição do ônus da prova como regra de procedimento.

Sabe-se que “Sem a prova do fato previsto como pressuposto do preceito de direito material, a situação da parte que o invoca remanesce envolvida de incerteza, impedindo que sua pretensão ou defesa seja acolhida em juízo”.²²³

A produção da prova é um ônus²²⁴ porque a parte que não se desincumbir não sofre sanção, apenas o prejuízo de um julgamento desfavorável. Diferentemente disto, seria tratar-se de dever, pois “o dever jurídico estritamente considerado supõe uma sanção, pois é própria da *norma jurídica* a tendência a atuar-se praticamente, quanto seja possível”.²²⁵

²²² Art. 373, §1º, do CPC/15.

²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 894. v. I.

²²⁴ Jayme W. Peyrano ressalta que alguns códigos preferem o *nomen* carga para definir a o ônus da prova. In Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, São Paulo, v. 217, p. 205 – 224, mar. 2013.

²²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 489.

CHIOVENDA identifica o ônus com a necessidade de a parte de agir de certo modo. Caso ela opte por não assumir determinada conduta, suportará as consequências de seu inadimplemento.²²⁶

Ocorre que, no campo probatório, não se admite a perpetuação da incerteza sobre os fatos controvertidos pelas partes, o que justifica o alerta dado por JAIME PEYRANO:

No tener razones para decir que la hipótesis es verdadera no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es falsa: la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa.²²⁷

Os fatos controvertidos pelas partes deverão ser provados, pois o juiz tem, obrigatoriamente, que julgar o caso, tendo em vista a proibição do *non liquet*.

Com base nesta premissa, a regra da distribuição estática do ônus da prova, que ainda vigora no CPC/15, pode ser resumida na ideia de que o ônus de provar incumbe, em regra, a quem formulou a alegação.²²⁸

Esse sistema decorre da doutrina de CHIOVENDA, que atribuía a iniciativa probatória, não a parte que melhor poderia se desincumbir deste encargo, mas aquela que teria interesse em comprovar os fatos. Por óbvio que as partes atuam no processo em seus próprios interesses e a parte apenas

²²⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II . ob. cit. p. 489.

²²⁷ PEYRANO, Jorge W. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*. Revista de Processo, São Paulo, v. 185 p. 107 – 116, jul. 2010.

²²⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. 2, p. 229.

tem interesse em comprovar os fatos que alega e não os fatos alegados pela parte adversa.

CHIOVENDA projetou a regra estática do ônus da prova, pautado no princípio da igualdade das partes:

dai resulta que o encargo de afirmar e provar se distribúe entre as partes, no sentido de deixar-se á iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que *tem interesse* em que sejam por ele considerados como verdadeiros.²²⁹

Os fatos alegados pelas partes se dividem em (i) constitutivos, ou seja, “que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”;²³⁰ (ii) extintivos, pois “fazem cessar uma vontade concreta da lei e a consequente expectativa de um bem”²³¹ ou (iii) impeditivos, que se opõem aos fatos constitutivos, pois a falta de algumas circunstâncias impede o efeito desses fatos constitutivos.²³²

No primeiro caso, o ônus da prova recai sobre o autor e nos dois últimos sobre o réu.

A distribuição estática do ônus da prova tem como norte o sujeito da relação processual e a natureza do fato a ser provado. No CPC/73, esta era a única regra que vigorava sobre a distribuição da carga probatória. As partes tinham conhecimento, no curso do procedimento, sobre seu

²²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1943, vol. II, p. 508.

²³⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva: São Paulo, 1942, vol. I, p. 31.

²³¹ *Ibidem* p. 32.

²³² *Ibidem* p. 32.

encargo probatório e, portanto, fácil era concluir que a distribuição do ônus da prova era regra de julgamento, porquanto “destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados”.²³³

As partes não poderiam alegar surpresa no momento de o juiz julgar com base na distribuição do ônus da prova, na medida em que tinham consciência do prejuízo do não atendimento de seu ônus probatório.

Antes da introdução do CPC/15, a exceção à carga estática do ônus da prova decorria apenas de lei, p.ex. o Código de Defesa do Consumidor.

A regra geral, entretanto, não se mostrou condizente com o modelo constitucional do processo civil e com o ideal do *processo justo*.²³⁴ Muitas vezes, a prova não era produzida por completa impossibilidade do sujeito encarregado e isto ocasionava o julgamento do mérito em seu desfavor, sem ter a certeza de que o direito material era da parte adversa.

A jurisprudência e doutrina brasileira, há muito tempo, sentiu a necessidade de se adotar outra regra relativa à distribuição da carga probatória.

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p.127-128

²³⁴ Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

A distribuição dinâmica do ônus da prova foi positivada pelo parágrafo 1º, do art. 373, do CPC/15. Essa teoria tem grande influência da doutrina de Jayme W. Peyrano. Este doutrinador, adaptando a doutrina de Bentham, propôs que a carga probatória deverá ser imputada a parte que tem melhores condições de produzi-la, pois “tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre em mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”.²³⁵

A diferença entre a teoria de BENTHAM e PEYRANO reside no fato de PEYRANO não aceitar que a carga não seja atribuída à parte que tem melhores condições de provar o fato, quando esta prova resultar em inconvenientes para as partes.²³⁶

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR atribui à distribuição dinâmica do ônus da prova ao princípio da paridade de armas, positivado no artigo 7.º, do CPC/15, pois:

a observância da distribuição estática do art. 373 praticamente inviabilizaria a entrada nos autos de meios probatórios relevantes, por deficiência da parte que ordinariamente caberia produzi-los, o deslocamento se impõe, como medida de justiça e equidade.²³⁷

JOÃO BATISTA LOPES aplaudiu a adoção dessa regra excepcional pelo CPC/15.²³⁸

²³⁵ Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205 – 224, mar.2013.

²³⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. II, p. 229.

²³⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, p. 907.

²³⁸ LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 204, 2012.

A regra da distribuição dinâmica do ônus da prova não é aplicada de maneira irrestrita, mas sim pautada em requisitos prévios. Assim, o parágrafo 1.º, do art. 373, do CPC/15 impõe, alternativamente, como requisitos (i) a previsão em lei; (ii) peculiaridade da causa que aponta impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo; (iii) a facilidade de obtenção da contraprova. O parágrafo 2.º, do mesmo artigo, ainda aponta para um fato impeditivo à adoção da carga dinâmica, qual seja, não gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Destaca-se que o CPC/15 não acolheu, expressamente, a orientação de Peyrano quanto à parcialidade da modificação do ônus *probandi*. De acordo com a doutrina de PEYRANO, mesmo diante da inversão do ônus da prova, em sendo fato constitutivo, ainda permanece com o autor o dever de prova-lo, porquanto a inversão é parcial.²³⁹

Os requisitos legais para a aplicação da carga dinâmica corroboram a ausência de discricionariedade do juiz nesta decisão, porque “a alteração da distribuição da carga da prova é um direito das partes e um dever do juiz”.²⁴⁰

A alteração da regra geral de distribuição do ônus da prova poderá decorrer, ainda, da convenção das partes, desde que não recaia sobre direito indisponível das partes e não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²³⁹ Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, v. 217, p. 205 – 224, mar.2013.

²⁴⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. 2, p. 232.

Independentemente dos motivos que corroboram o afastamento da regra geral de distribuição do ônus da prova, a decisão do juiz deverá ser fundamentada, dando-se a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído. Essa decisão ocorre por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, momento em que o juiz, com o auxílio das partes, delineará os fatos que cada parte deverá provar.

De forma obrigatória, portanto, o CPC/15 determinou que o juiz profira decisão em que declare a distribuição do ônus da prova. A inclusão desse objeto na decisão de saneamento e organização confirmou a distribuição do ônus da prova como regra de processamento.

Nesta medida, o juiz deverá, fundamentadamente, decidir a quem incumbirá o encargo da prova, mesmo nas situações em que se mantiver a regra geral, segundo o qual a prova recairá a quem alega os fatos. Diante da coexistência de duas regras de distribuição do ônus da prova, o CPC/15 instrumentalizou, através da decisão de saneamento e organização, o afastamento de qualquer incerteza quanto aos ônus da prova no caso concreto.

Caso o juiz não (re)distribua o ônus da prova na decisão de saneamento e organização, não poderá proferir sentença desfavorável a parte pautada no fato de não haver se desincumbido do seu ônus de provar. Esta sentença será nula, porquanto se tratará de decisão surpresa, vedada pelo CPC/15 (artigo 10, do CPC/15).

3.3. A IMPORTÂNCIA DO SANEAMENTO À LUZ DO ART. 503, DO CPC.

O artigo 503, do CPC/15 trouxe importante inovação processual sobre tema muito caro à doutrina: a coisa julgada. Noticiado artigo ampliou os limites objetivos da coisa julgada, estendendo-a às questões prejudiciais, desde que respeitados requisitos previamente determinados.

Por certo que antes de se entender quais as hipóteses de extensão objetiva da coisa julgada, faz-se necessário tecer breves comentários acerca da própria coisa julgada, para que, ao fim, possa-se avaliar a importância da decisão de saneamento para o artigo 503, do CPC/15.

O CPC/15 disciplina a coisa julgada no artigo 502, ao definir que coisa julgada “é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. As palavras chaves para se conceituar a coisa julgada material são: (i) autoridade; (ii) imutabilidade; (iii) indiscutibilidade e (iv) decisão de mérito.

Autoridade é a “qualidade soberana que se agrega à decisão de mérito, consistente na sua ulterior imutabilidade e indiscutibilidade”.²⁴¹ O CPC/15, acatando a orientação da doutrina, substituiu a palavra eficácia, adotada pelo artigo 467, do CPC/73, por autoridade, na medida em que

²⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Da coisa julgada: arts. 502 a 508. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. II, p. 485.

acolheu a orientação de LIEBMAN, que sempre recusou à coisa julgada o status de efeito autônomo da sentença:

Não parece, na verdade, que se possa duvidar de que a declaração e a formulação da vontade concreta da lei é objetivamente, e por sua natureza, sempre a mesma coisa, seja ou não contestável, tenha por destinatário um ou outro sujeito; não há uma declaração que se dirija a uma pessoa, de preferência a outra determinada, e nem mesmo tantas declarações quantas são as pessoas obrigadas a sujeitar-se a elas, mas um só ato que, emanado do órgão ao qual confiou a lei o poder de dizer soberanamente e com valor normativo qual seja, em caso, a sua vontade concreta, tem eficácia igual e não diferenciável para todos no âmbito do ordenamento jurídico. Também os juízes lhe estão sujeitos; não, porém, de modo diverso de qualquer outro, e de todo em todo independentemente da coisa julgada; acontece apenas que, estando sempre e sem limitação investidos do poder jurisdicional dentro da esfera da própria competência, poderiam – malgrado a obrigatoriedade da precedente declaração – pronunciar em processo novo uma segunda sentença eventualmente contraditória. Para evita-lo serve a coisa julgada, pela qual dispõe a lei que o efeito produzido por uma sentença permanece irrevogavelmente adquirido.

Mas isso não é – o que se deve pôr bem claro desde já – um efeito diverso e distinto, porém tão-só uma qualidade do próprio efeito.²⁴²

Inevitável, concluir que a “eficácia da sentença, portanto, não se vincula à coisa julgada”.²⁴³

A imutabilidade e a indiscutibilidade são qualidades da coisa julgada, isto porque, esta “destina-se a tornar definitiva a solução dada pelo Poder Judiciário a uma determinada controvérsia que tenha sido a ele submetida, imprimindo as qualidades de *imutabilidade* e, conseqüentemente, *indiscutibilidade* àquilo que tenha sido objeto da respectiva decisão”.²⁴⁴

²⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 41-42.

²⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit. p.481.

²⁴⁴ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. op. cit. p. 1030.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI delimita a diferença entre imutabilidade e indiscutibilidade, nos seguintes termos:

A consequência prospectiva da imutabilidade da sentença caracterizada pelo trânsito em julgado consiste exatamente, como acima frisado, no óbice de uma nova ação idêntica àquela já definida por sentença imunizada pela autoridade da coisa julgada. De modo diferente, a indiscutibilidade repercute em quaisquer processos, nos quais o julgamento do pedido deduzido pelo autor depender do julgamento da questão prévia, que tenha sido decidida *principaliter* em precedente processo, pendente entre as mesmas partes.²⁴⁵

A decisão de mérito é o objeto da coisa julgada. É sobre ela que recai a sua autoridade, tornando-a imutável e indiscutível. Novamente, corrigindo o CPC/73, o artigo 502, do CPC/15, fala em decisões de mérito e não sentenças. A escolha pelo *gênero* ao invés da *espécie* se justifica em razão das decisões que julgam antecipada e parcialmente o mérito (art. 356, § 3.º, do CPC/15).²⁴⁶

CASSIO SCARPINELLA BUENO entende que apenas decisões de mérito proferidas em cognição *exauriente* seriam aptas a transitarem em julgado, o que justificaria a redação do artigo 304, § 6.º, do CPC/15. Além disso, o Professor interliga o conceito de mérito ao de pedido, porquanto para ele, o julgamento total do mérito é aquele que enfrenta de uma só vez os pedidos.²⁴⁷

Nas palavras de ARRUDA ALVIM, decisões de mérito estão expressamente elencadas no artigo 487, do CPC/15:

²⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit. p.483-484.

²⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual...*, op. cit., p. 361.

²⁴⁷ Ibidem p. 363.

Complementarmente, prevê o CPC/2015 que a decisão de mérito é aquela que acolhe ou rejeita o pedido (art. 487, I do CPC/2015), reconhece a prescrição ou decadência (art. 487, II do CPC/2015), bem como homologa: a) o reconhecimento de procedência do pedido formulado na ação ou reconvenção; b) a transação; e, c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.²⁴⁸

O momento em que a decisão é atingida pela autoridade da coisa julgada é definido pela ausência de recurso contra esta decisão, ou mesmo o decurso de prazo para sua interposição e é, neste exato momento, que a coisa julgada material, que se está tratando no presente momento, identifica-se com a coisa julgada formal, porquanto está se qualifica pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão endoprocessualmente, enquanto a coisa julgada (leia-se material) tem efeitos extraprocessuais.

Essa identidade levou CASSIO SCARPINELLA BUENO a formular interessante reflexão:

Por assim dizer, denomina-se coisa julgada *formal* a decisão não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação quando analisada na perspectiva endoprocessual. A coisa julgada *material* é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada extraprocessualmente, isto é, como característica da imutabilidade da decisão de mérito do ponto de vista exterior.

Dúvida pertinente a cuja reflexão convida o CPC de 2015 é a de saber se o nome “coisa julgada formal” pode ser dado para descrever realidades diversas daquela que acabei de acentuar. Assim, por exemplo, para se referir à hipótese da decisão *terminativa* que, não obstante, impede idêntica postulação, o que traz à tona o § 1.º do art. 486.

Com base naquele dispositivo, o que ocorre naqueles casos, em que a idêntica postulação é vedada, a despeito de não se tratar de decisão de mérito? Trata-se de coisa julgada, ainda que *formal*? A doutrina em geral entre nós, nega que o seja.

O que pode haver – e é este o convite a reflexão a que me referi acima – é que passemos a entender o contrário. Até como forma

²⁴⁸ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. op. cit., p. 1034.

a dar àquela expressão – e à sua diferenciação com a coisa julgada *material* – maior rendimento.²⁴⁹

A coisa julgada é definida por limites objetivos e subjetivos e aqueles estão delimitados pelo artigo 503, *caput*, do CPC/15, que devem ser entendidos como “o que fica imunizado de ulteriores discussões, tornando-se imutável”.²⁵⁰

A regra geral é a de que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. A novidade foi trazida pelo § 1.º, do artigo 503, o qual, de uma só vez estendeu a coisa julgada às questões prejudiciais, dispensando a propositura da ação declaratória incidental.²⁵¹

Os requisitos para que essa extensão ocorra estão dispostos nos incisos do § 1.º, do artigo 503, do CPC/15. Assim, a questão, para ser atingida pela coisa julgada, tem que ter relação de prejudicialidade com o mérito da demanda, ou seja, se a questão condicionante não for relacionada ao objeto litigioso, não será alcançada pela coisa julgada.

Além disso, a questão prejudicial deverá se submeter a contraditório prévio e efetivo, excetuando-se, portanto, hipótese de revelia. O juízo deverá, ainda, ser competente em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão prejudicial como principal.²⁵² Trata-se de competência absoluta.

²⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual...*, op. cit. p. 362.

²⁵⁰ Ibidem p. 362.

²⁵¹ Artigos 5.º e 325, do CPC/73.

²⁵² Arruda Alvim fornece interessante exemplo de incompetência absoluta do juízo ao decidir a questão prejudicial: Exemplo disso é o que ocorre nas situações em que a inconstitucionalidade de lei é invocada como causa de pedir em determinada ação, caso em que poderá, o juiz, realizar o chamado

O § 2.º, do artigo 503, do CPC/15 ainda impõe outra restrição para extensão objetiva da coisa julgada às questões prejudiciais: os processos que tenham restrições probatórias ou limitações à cognição. O dispositivo, todavia, não indica se a limitação à cognição seria no plano horizontal ou vertical, como sugere divisão doutrinária proposta por KAZUO WATANABE:

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Neste plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).²⁵³

Deve-se entender, no entanto, que a cognição mencionada pelo artigo ora analisado se dá no plano vertical, ou seja, não há a extensão objetiva da coisa julgada às questões prejudiciais em processo de cognição sumária.

A disposição do § 2.º, do artigo 503, do CPC/15 ainda permite concluir que o juiz não poderá decidir as questões prejudiciais nas causas que haja restrição a produção de provas. No exemplo dado por JOSÉ

controle difuso (e incidental) de constitucionalidade, apreciando a validade daquela norma, enquanto simples motivo para chegar a esta ou àquela conclusão, no que tange ao julgamento do pedido. O que não pode ocorrer, de forma alguma, é que o juiz declare a inconstitucionalidade da lei, retirando-a do ordenamento jurídico, já que, na ordem constitucional brasileira, apenas o STF (quanto à Constituição Federal – art. 102, I, *a*, da CF/1988) e os tribunais de justiça (quanto às Constituições Estaduais – art. 125, § 2º, *a*, da CF/1988) tem competência para realizar o controle abstrato de constitucionalidade. In ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. op. cit. p. 1037.

²⁵³ op. cit., p. 111-112.

ROGÉRIO CRUZ E TUCCI não haveria este fenômeno na ação de mandado de segurança, dado a opção exclusiva pela prova documental pré-constituída.²⁵⁴

A despeito da não existência de limitação expressa, entende-se que não há como estender a coisa julgada às questões prejudiciais, nas hipóteses de julgamento antecipado do mérito, porquanto, nestes casos, haveria restrições probatória por decisão judicial. Além do que, como se observará ao final deste tópico, a decisão interlocutória de saneamento e organização do processo é indispensável a extensão dos limites objetivos da coisa julgada.

Como anteriormente observado, o artigo 503, do CPC/15, foi o responsável pela retirada do ordenamento da ação declaratória incidental,²⁵⁵ sendo que as questões prejudiciais, para que sejam atingidas pela autoridade da coisa julgada, dispensam pedido das partes, bastando para tanto, o cumprimento dos requisitos legais. Essa posição é a de CRUZ E TUCCI, assim explicitada:

A opção legislativa aqui regrada autoriza, portanto, que se decida também com força de coisa julgada determinada questão jurídica logicamente subordinante daquela que constitui a questão principal, como v.g., o reconhecimento da união estável, numa demanda em que visa a partilha de bens comuns.

A expansão da coisa julgada, ditada pelo art. 503, § 1.º, independe de pedido das partes. Isto significa que tanto o autor quanto o réu, na fase postulatória, podem suscitar a questão prejudicial.²⁵⁶

²⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit. p.492.

²⁵⁵ Há doutrinadores que defendem a manutenção desta ação em hipóteses restritas. Nesse sentido, Cruz e Tucci salienta a posição de Fredie Didier, para quem esta demanda remanesce pertinente para a declaração de falsidade documental ou reconvenção de natureza declaratória proposta pelo Réu. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit. p.493).

²⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. op. cit. p.491.

Trata-se da flexibilização legal do princípio da demanda em relação às questões prejudiciais, sejam elas questões de ordem pública ou não, fazendo com que, de certo modo, o artigo 141, do CPC/15 tenha retirado do conceito de questões que demandam a iniciativa das partes, as questões prejudiciais.

A nova sistemática da extensão da coisa julgada à questão prejudicial impôs ao juiz o dever de informar as partes quais questões serão julgadas e alcançadas por esta autoridade. Essa medida atende ao princípio da vedação à decisão surpresa (artigo 10, do CPC/15).

A decisão de saneamento e organização do processo é o momento oportuno delineado pelo legislador para o juiz delimitar as questões de fato e de direito relevantes para a decisão de mérito. Nada mais relevante para o mérito do que a resolução de questão que lhe seja condicionante.

A decisão de saneamento, portanto, deve ser explícita nesse sentido, para que as partes entendam a importância de se desincumbirem do ônus de demonstrar os fatos controvertidos, que compõem as questões prejudiciais que transitarão em julgado.

Salienta-se, pela pertinência, que não se está considerando aqui a impossibilidade de novas questões prejudiciais surgirem após a decisão saneadora. Tratar-se-á, contudo, de novas questões, passíveis de novas decisões, o que não infirma a posição ora defendida quando ao fato de o saneador ser o momento devido para que as partes sejam informadas sobre as questões prejudiciais que transitarão em julgado.

3.4. A LITISPENDÊNCIA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS.

A litispendência, como visto, é pressuposto processual negativo, “isto é, extrínseco ao processo em que seja objetada”.²⁵⁷ Verifica-se a litispendência quando há “coincidência total dos elementos concretos [da demanda]”.²⁵⁸ O próprio CPC/15, informa quais são os elementos concretos da demanda: partes, causa de pedir e pedido.²⁵⁹⁻²⁶⁰

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, sobre a relação entre demandas, destaca que apenas elementos concretos devem ser analisados para fins de identidade e não os elementos abstratos:

Aprioristicamente, somente com a coincidência ou o concurso total ou parcial de elementos concretos de constituição das demandas é que poderá haver relação entre elas, relação esta relevante para o direito, de modo a influir na outra. Por isso, para que haja identidade, parcial identidade e diversidade é preciso analisar os elementos concretos das demandas. Afinal de contas, em toda e qualquer causa, existem elementos concretos e abstratos.

Os elementos abstratos da demanda são: I) a fundamentação de direito; II) a natureza do provimento jurisdicional a ser emitido pelo juiz; III) a natureza jurídico-material do bem da vida pretendido.²⁶¹

²⁵⁷ ARRUDA ALVIM. *Ensaio sobre a litispendência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, vol. I, p. 277.

²⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre as Demandas de acordo com o Novo CPC e a Lei n.º 13.256/2016*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 39.

²⁵⁹ Art. 337, § 2.º, do CPC/15

²⁶⁰ O CPC/15, em seu art. 337, § 2.º, do CPC/15, fala em elementos da ação, todavia, a expressão é incorreta, como sustenta Paulo Henrique dos Santos Lucon, pois, ação é o direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional do Estado e a demanda é o ato de vir a juízo e pedir a tutela. Dessa forma, Lucon alerta que “o correto é falar-se de *relação entre demandas*, não *relação entre ações*; *identidade de demandas*, não *identidade de ações*; *conexidade entre demandas*, não *conexidade entre ações*; *cúmulo de demanda*, não *cúmulo* ou *cumulação de ações*; *propositura de demandas*, não *propositura de ação*; *princípio da demanda*; não *princípio da ação*; *demanda temerária*, não *lide temerária*”. (op. cit. p. 45-46).

²⁶¹ Ibidem p. 38-39.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO destaca que a litispendência é o estado do processo que pende, não seu efeito. Entre os efeitos da litispendência “está o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para o julgamento de demanda idêntica”.²⁶²

Com a opção do legislador por estender às questões prejudiciais a coisa julgada, sem a necessidade de ação declaratória, bastando, para tanto, atentar-se aos requisitos do artigo 503, § 1.º, do CPC/15, verificou-se a necessidade de se estabelecer critérios que impeçam a coexistência de processos judiciais, nos quais uma determinada questão surja como principal e prejudicial, concomitantemente.

Tendo em vista que a ação declaratória incidental instaurava uma verdadeira relação processual, havia a citação da parte contrária, sendo que esta, tanto no CPC/73, quanto no CPC atual, induz a litispendência.

Não há citação da parte contrária no que consiste ao surgimento de questão prejudicial, o que faz surgir a indagação: qual é o momento processual em que se identifica a litispendência relativa a esta questão?

Evidentemente, o momento em que surge a litispendência da questão prejudicial é a decisão de saneamento e organização do processo, porquanto foi este pronunciamento escolhido pelo legislador para definir profundamente os rumos do processo, influenciando, certamente, no julgamento do seu mérito.

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, p. 49.

Ao delimitar as questões, momento em que contará com a colaboração das partes, o juiz identificará quais fatos controversos atinam-se ao mérito e quais serão resolvidos em relação subordinante a este. Nesse momento, o juiz, na esteira do quanto argumentado no item anterior, delimita a questão prejudicial, tornando-a pendente e fazendo sobre ela recair o efeito da litispendência.

DELOSMAR DOMINGO DE MENDONÇA NETO coaduna com este entendimento e destaca as razões da opção do legislador:

Ocorre que há, dentro do correto fluxo procedimental do processo civil brasileiro, um momento crucial para o esclarecimento das questões que devem ser fruto da resistência qualificada (os pontos controvertidos): a decisão de saneamento. É por meio da retromencionada decisão em que o juiz “clareia” o processo, fixa os pontos controvertidos (tanto os relacionados aos fatos, quanto às questões de direito que deverão ser analisadas para se chegar a uma conclusão consubstanciada na sentença). A partir deste ponto é que, por força do art. 357 do NCPC, o juiz fixa os pontos controvertidos (aqui também incluída a questão prejudicial levantada) tornando-a assim, efetivamente controvertida.²⁶³

A proximidade entre os efeitos da coisa julgada e da litispendência somente poderia convergir na semelhança dos procedimentos para sua verificação no processo em relação às questões prejudiciais. Certamente, a decisão saneadora ganhou contornos de evidente importância, haja vista que o legislador fez recair sobre esta decisão o termo inicial desses dois importantes fenômenos jurídicos.

²⁶³ MENDONÇA NETO, Deslosmar. *Litispendência, Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa Julgada à Luz do Novo CPC/15*. Revista Forense: Rio de Janeiro. Vol. 426, p. 333, julho/dezembro, 2017.

3.5. O JULGAMENTO ANTECIPADO E O SANEAMENTO DO PROCESSO

A fase de julgamento antecipado do processo e do saneamento e organização do processo são dois institutos diversos que, no entanto, encontram-se unidos no mesmo capítulo denominado “Do Julgamento conforme o Estado do Processo”. Interessante notar, nesse ponto, que esses institutos se interligam ao capítulo imediatamente anterior, qual seja, o capítulo das providências preliminares.

O julgamento conforme o estado do processo contém três possíveis pronunciamentos judiciais que determinam o futuro do procedimento e do próprio processo. Nesta fase, o juiz poderá *(i)* extinguir o processo, com base nos artigos 485 e 487, I e II, do CPC/15; *(ii)* julgar antecipadamente o mérito ou *(iii)* proferir decisão de saneamento.

Destaca-se, em relação à decisão de saneamento disciplinada pelo artigo 357, do CPC/15, que o ato de sanear, propriamente dito, foi produzido na fase das providências preliminares, motivo pelo qual, em sendo o caso de o juiz proferir a decisão de saneamento, esta terá, apenas, cunho declaratório, ou seja, o juiz afirmará que o processo se encontra apto ao prosseguimento.

O julgamento conforme o estado do processo, portanto, abrange pronunciamentos judiciais diversos que dependem do resultado da fase de providências preliminares, como ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Julgar conforme o estado do processo significa dar a este uma solução ou encaminhamento segundo a situação que se apresentar concretamente diante do juiz ao cabo das providências preliminares. Esse julgamento varia entre o *ótimo*, consistente em conceder desde logo a tutela jurisdicional mediante sentença de mérito, e o *péssimo*, que é a extinção do processo sem julgar a causa. Em *posição intermediária* está o saneamento do processo, que é a solução ordinária cabível sempre que não seja admissível nenhuma daquelas outras, havidas por extraordinárias no sistema. Julgar *conforme* o estado do processo é, portanto, decidir conforme seja adequado às concretas circunstâncias do caso – extinguindo-o sem julgamento do mérito, julgando o mérito desde logo ou saneando-o²⁶⁴.

O CPC/15 seguiu a tendência iniciada pelo CPC/73, no que consiste à possibilidade de se antecipar a solução final do processo, com a supressão da fase probatória. O julgamento conforme o estado do processo permite ao juiz proferir sentença terminativa ou de mérito, esta antecipadamente, considerando-se o momento ordinário de julgamento do mérito.

O julgamento conforme o estado do processo, como técnica de julgamento, tem influência direta do direito português, que não foi reproduzida pelo CPC/39, muito em razão da obrigatoriedade da realização da audiência de instrução e julgamento naquele diploma. Felizmente, o legislador de 73 observou que há situações em que a fase instrutória se mostrava desnecessária, permitindo ao juiz, neste caso, antecipar o fim do processo.

O CPC/15, portanto, manteve o acerto do legislador de 73, de modo que, sob a égide da atual legislação, o processo será antecipadamente

²⁶⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III, p. 639.

extinto, com ou sem resolução do mérito, dispensando-se a realização da fase probatória.

O juiz proferirá sentença terminativa, nos termos dos artigos 354 e 485, do CPC/15²⁶⁵, quando verificar a ausência dos pressupostos processuais e/ou das condições da ação.

O artigo 354, do CPC/15 inseriu, dentre as sentenças terminativas, sentenças que resolvem o mérito, disciplinadas pelo artigo 487, II e III, do CPC/15. Trata-se da sentença que decreta a prescrição ou decadência ou que homologue (i) reconhecimento da procedência do pedido; (ii) transação ou (iii) renúncia da pretensão.

A justificativa para a opção do artigo 354, do CPC/15 é extraída da lição de TERESA ARRUDA ALVIM, para quem, as sentenças proferidas com base no artigo 487, II e III, do CPC/15 são denominadas de sentenças de mérito atípicas.²⁶⁶ De todo modo, o legislador optou por incluir dentre as hipóteses de extinção do processo, as situações em que o juiz resolve o mérito.

²⁶⁵ “As questões relativas aos dois primeiros planos, de natureza eminentemente processual, compõem um conjunto que a doutrina convencionou chamar de juízo de admissibilidade, cujo exame deve ocorrer lógica e necessariamente antes do exame do mérito. Embora em relação não taxativa, questões que são objeto desse juízo de admissibilidade estão previstas em inúmeros preceitos do CPC, em especial no art. 485, que reúne hipóteses nas quais o magistrado deve prolatar sentença sem adentrar ao mérito. Na redação original do art. 267, do CPC de 1973, posteriormente também alterada, tratava-se da sentença que *extinguiu o processo sem apreciação do mérito*. Toda essa matéria, por força do disposto no art. 354, do CPC, será objeto de apreciação pelo magistrado e dará ensejo à extinção do processo nesse momento do processo, logo após a fase de providências preliminares e antes do julgamento antecipado do mérito” (OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. op. cit. p.164).

²⁶⁶ *Nulidades do Processo e da Sentença*. op. cit. p. 92.

Quando o juiz ultrapassar o juízo de admissibilidade da ação e do processo e verificar que a produção de outras provas é desnecessária, ou, aplicar o efeito da revelia -- presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor e, o réu revel, não apresentar contraprova, julgará todos ou alguns dos pedidos do autor. Essas possibilidades encontram-se disciplinadas pelos artigos 355 e 356, do CPC/15. Nesta situação, o juiz proferirá sentença de mérito típica.

Não sendo hipótese de o juiz reduzir o *iter procedimental*, ainda assim julgará o processo no estado em que se encontra, mas o fará com base na decisão do artigo 357, do CPC/15, onde declarará o processo saneado e o organizará para a fase subsequente, qual seja, a fase probatória.

Inegável, assim, que julgamento conforme o estado do processo concede ao juiz três decisões de conteúdos diversos que se expõem entre si, mas que, por opção legislativa, estão concentradas numa mesma fase, como descreve EDUARDO TALAMINI:

A rigor, trata-se de definições que, isoladamente consideradas, também podem ocorrer em diversos outros momentos processuais. O juiz extingue a fase cognitiva sem resolução de mérito quando indefere liminarmente a petição inicial. Ele julga diretamente o mérito, sem produzir provas, quando liminarmente rejeita o pedido do autor. A negativa de resolução do mérito pode também ocorrer, ainda que não seja o recomendável, depois da fase probatória – e assim por diante. Então, o que confere identidade ao “julgamento conforme o estado do processo” é a concentração dessas deliberações em determinado momento do procedimento – deliberações essas que não ocorrem apenas em tal momento, mas que, se puderem então ser tomadas, contribuirão para a organização, celeridade e segurança do processo.²⁶⁷

²⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2, p. 144.

Na fase ordinatória do procedimento, encontramos o julgamento conforme o estado do processo, que é uma peculiaridade do processo de conhecimento pelo rito comum, haja vista que neste momento o juiz tomará as decisões que mais fortemente impactará no futuro do processo.

4. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO DE SANEAMENTO

4.1. PROCEDIMENTO

O CPC/15 estabeleceu três procedimentos diversos para que se opere a decisão saneadora, todos pautados no princípio da cooperação entre os sujeitos do processo.²⁶⁸

A decisão saneadora poderá ser (i) proferida pelo juiz, sem a participação das partes, sendo que estas poderão formular pedido de esclarecimentos ou solicitar ajustes; (ii) delineada pelas partes e homologada pelo juiz²⁶⁹ e (iii) em colaboração entre as partes e juiz, em audiência designada para essa finalidade.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA explica esses procedimentos diferenciados no surgimento da decisão saneadora:

De três modos pode operar-se o saneamento, nos termos do art. 357 do CPC/15: *a)* ordinariamente, por iniciativa do juiz, em decisão de saneamento e organização do processo, podendo as partes pedir esclarecimentos ou ajustes (art. 357, *caput*, e § 1.º do CPC/2015); *b)* por negócio jurídico processual derivado de iniciativa das partes, ao qual venha o juiz aderir (há, pois, dois negócios processuais sucessivos, ou, se preferir, declarações sucessivas concordantes, cf. comentário ao art. 200, do CPC/2015), compondo, então, negócio que vincula a todos os sujeitos, no que pertine ao objeto litigioso (isso é, as questões sobre as quais haverá provas e, depois, sobre as quais se haverá

²⁶⁸ Artigo 6.º, do CPC/15.

²⁶⁹ Apenas para não deixar dúvidas, a decisão saneadora somente é proferida pelo juiz, por ser pronunciamento judicial. As partes colaboram na sua criação, notadamente na delimitação das questões de fato e direito que deverão ser objeto da futura sentença de mérito.

de decidir; cf. art. 357, § 2.º do CPC/2015); *c)* em audiência designada para esse fim, na qual juiz e partes, em colaboração, realizarão o saneamento do processo (art. 357, § 3.º, do CPC/2015; semelhantemente, cf. art. 183 do CPC italiano, sobre a “trattazione della causa”). Cada um dos três modelos de processo referidos *supra* manifestam-se, de modo preponderante, nas opções que podem ser seguidas no saneamento do processo.²⁷⁰

Cada um dos três procedimentos tem sua peculiaridade e, cada qual admite o surgimento de dúvidas que serão respondidas pela doutrina e jurisprudência em razão das novidades trazidas pelos dispositivos. Como exemplos: pedido de esclarecimentos e ajustes, estabilização da decisão saneadora, audiência de saneamento e a calendarização da prova pericial.

Na decisão saneadora proferida com base no § 1.º, do artigo 357, do CPC/15, o juiz apresenta às partes o saneamento pronto e definido, cabendo a estas, em caso de dúvidas, formular pedido de esclarecimento ou ajustes, sendo que o destino desta decisão é se estabilizar. O saneamento é feito de forma escrita e realizado em gabinete pelo juiz.

Em relação ao procedimento do § 2.º, do artigo 357, do CPC/15, as partes submetem ao juiz o destino que terá a fase de instrução, na forma de negócio jurídico que, após sua homologação, vinculará todos os sujeitos do processo. A transação realizada pelas partes deverá se sujeitar aos mesmos requisitos e vedações dispostos no artigo 190, do CPC/2015. A decisão saneadora, nos moldes do § 2.º, é pautada pelo método escrito.

²⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 643.

Sobre o negócio jurídico e as restrições impostas pelo CPC/15, destaca-se a posição de PAULO HOFFMAN, trazida na obra intitulada “Saneamento Compartilhado”,²⁷¹ em que defende a liberdade irrestrita das partes para transacionarem processualmente, inclusive sobre a modificações de prazos processuais peremptórios. Além disso, PAULO HOFFMAN defende a possibilidade de transação em processos que versem sobre direitos indisponíveis.

Seguindo a corrente defendida por PAULO HOFFMAN, portanto, não haveria nenhuma restrição à transação processual entre as partes.

O artigo 357, § 3.º, do CPC/15 refere-se a mais pura hipótese de saneamento compartilhado, que é cabível, apenas, nas causas ditas complexas. A complexidade da causa mencionada pelo dispositivo é conceito vago, a ser preenchido pelo próprio juiz.

Ainda que o legislador imponha o dever de o magistrado designar a audiência de saneamento, caberá exclusivamente a ele a análise sobre a complexidade da causa e, muito embora a motivação das decisões judiciais seja um preceito constitucional, neste caso, o juiz simplesmente designará a audiência, momento em que as partes tomarão conhecimento de estarem diante de uma causa que, na opinião do julgador, é complexa.

²⁷¹ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, *passim*.

O saneamento compartilhado em audiência específica para este fim é, portanto, integralmente oral e se vale da imediação do juiz com as partes na elaboração da decisão saneadora.

Na audiência de saneamento, o juiz convida as partes a esclarecer ou integrar suas alegações, mas sem que isto represente afronta à estabilização da demanda.²⁷² Tanto é assim que EDUARDO TALAMINI alerta que “o esclarecimento ou integração será sempre admissível – e o juiz terá o dever de convidar o autor a fazê-lo – sempre que se atenha aos limites objetivos da demanda.”²⁷³

Todos os procedimentos abrangidos pelos parágrafos do artigo 357, do CPC/15 comprovam que a decisão saneadora, sob a égide do CPC/15, dá-se pelo método concentrado do procedimento-padrão, cuja explicação é extraída da lição, sempre precisa, de BARBOSA MOREIRA:

Insere-se o ato ou a série de atos na parte inicial do procedimento-padrão, seja depois de praticados pelas partes os atos postulatórios básicos, em que elas expõem suas pretensões, seja até em momento não posterior àquele em que se abre ao réu o ensejo de defender-se. Há em geral a possibilidade de que o processo venha desde logo a extinguir-se, com abreviação mais ou menos sensível do itinerário previsto.

A realização do ato (ou da série de atos) não se subordina à iniciativa das partes, mas compete ex officio ao juiz. Ademais, também ex officio cumpre o órgão judicial a generalidade das funções que aí lhe tocam; e tendem a ser menos numerosas as matérias cujo exame depende da provocação dos litigantes.

²⁷² Artigo 329, do CPC/15.

²⁷³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2, p. 193.

BARBOSA MOREIRA complementa sua explicação pontuando os objetivos visados pelo legislador na realização de atos de saneamento através do modelo concentrado:

a) pôr o processo nas melhores condições possíveis de prosseguir, em direção ao julgamento final, por meio:

a.1) da respectiva regularização formal - correção de defeitos capazes de acarretar nulidade ou perturbar, de qualquer maneira, o andamento (função saneadora em sentido estrito, na qual se pode incluir a solução em separado de quaisquer questões suscetíveis de distrair a atenção do juiz da matéria referente ao *meritum causae*);

a.2) da elucidação de dúvidas, relativas ao objeto do litígio, aos pedidos das partes, à identificação dos pontos controvertidos etc. (função esclarecedora);

a.3) da determinação dos fatos que devem constituir objeto da restante atividade de instrução e dos meios de prova a serem ainda utilizados; eventualmente, na medida do possível, da colheita imediata de provas, ou da adoção de providências que a preparem (função instrutória);

b) conduzir o processo à extinção, em momento anterior ao ordinariamente previsto (função abreviadora):

b.1) em razão da inutilidade do prosseguimento, pela existência de obstáculo irremovível à apreciação ao mérito (nulidade insanável, falta de condição necessária ao legítimo exercício da ação);

b.2) em razão da desnecessidade do prosseguimento:

b.2.1) pela autocomposição do litígio, mediante ato unilateral (renúncia, reconhecimento do pedido) ou bilateral (transação) das partes, praticado espontaneamente ou em consequência de tentativa de conciliação feita pelo juiz;

b.2.2) pela cessação do litígio, decorrente de outra causa (ex.: confusão, perecimento do objeto);

b.2.3) pela possibilidade de ser imediatamente julgado o mérito da causa, graças à presença de todos os elementos para a fundamentação da sentença: "causa madura" (controvérsia limitada a questões de direito, ou suficiência das provas já produzidas para a solução da controvérsia atinente a questões de fato); ou à ocorrência de hipótese legalmente equiparada a essa (v.g., revelia).²⁷⁴

²⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Do Saneamento do Processo e Audiência Preliminar. *Revista de Processo*. v. 40, p. 109-135, out/dez.1985.

Não se deve perder de vista que o CPC/15 apresentou alguns avanços em relação ao CPC/73, no que consiste à decisão saneadora. A audiência de saneamento é a reedição da audiência preliminar prevista pelo artigo 331, do CPC/73. O CPC/15 inovou apenas ao estabelecer essa audiência para todas as causas, sejam aquelas que versem sobre direitos que admitam ou não transação, elegendo apenas um requisito, a complexidade.

Em outras palavras, o CPC/15 deixou de eleger a conciliação como fator preponderante à realização da audiência que, no CPC/73, era chamada de preliminar. No entanto, tal como acontecia com a audiência preliminar, o critério para sua realização é exclusivo do magistrado que, em muitos casos, ficará impossibilitado de designar o ato, em razão de sua já extensa pauta de audiências.

Apesar dos avanços, o CPC/15 foi tímido na operacionalização dos procedimentos passíveis de serem adotados na fase de saneamento, algo que poderá repercutir no desuso de algumas medidas. A preocupação por permitir um sistema que permita a colaboração das partes poderá resultar em esforço inócuo.

Ao negócio jurídico disciplinado artigo 357, § 2.º, do CPC/15, por exemplo, restou definir uma linha temporal para que o juiz não se antecipe às partes na produção da decisão saneadora. Na rotina forense, portanto, as partes em conjunto deverão requerer a suspensão do processo, pautado no artigo 313, II, do CPC/15. Com o processo suspenso, as partes poderão deliberar sobre a definição da fase instrutória, evitando que o dispositivo se torne letra morta.

O saneamento verdadeiramente compartilhado realizado em audiência de saneamento também tende a cair em desuso, em razão da aversão dos operadores do direito ao procedimento oral.

Sob esta perspectiva, o pedido de esclarecimento vislumbrado pelo legislador no § 1.º, do artigo 357, do CPC/15, que será tema de capítulo próprio, torna-se-á o único instrumento à disposição das partes para fazerem valer o princípio da cooperação na decisão de saneamento.

O pedido de esclarecimento conciliou a manutenção da decisão saneadora nas mãos do juiz pelo procedimento escrito, porém, com a perspectiva de as partes colaborarem com seu aperfeiçoamento.

Interessante notar que o CPC/15 se limitou a dispor que apenas no procedimento do § 1.º, do artigo 357, após o pedido de esclarecimento, a decisão se tornará estável, fazendo surgir dúvidas se as decisões proferidas nos demais procedimentos não se estabilizarão.

A despeito desta omissão, não há nenhuma justificativa para afastar a mesma estabilização da decisão proferida na forma dos demais parágrafos do artigo 357, do CPC/15, apenas a preocupação do legislador em demonstrar para as partes a importância de se valerem do pedido de esclarecimentos para efetivamente colaborarem com a decisão de saneamento e organização do processo.

4.2. OS EFEITOS DE UMA DECISÃO ESTABILIZADA

A decisão estabilizada é uma inovação do CPC/2015. Inovação esta relativa ao termo utilizado, porquanto esse instituto já é há muito conhecido da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, o CPC/15 utilizou o conceito *estabilidade* em duas oportunidades diferentes, ambas voltadas para um determinado *status* atingidos por uma determinada decisão em um determinado procedimento. São elas, a decisão que concede tutela provisória, nos moldes do artigo 304, do CPC/15 e a decisão saneadora proferida nos termos do artigo 357, § 1.º, do CPC/15.

A opção do legislador por introduzir esse conceito, até então inovador, causou certo alvoroço na comunidade acadêmica, afinal, quais seriam os efeitos desta decisão estabilizada? Esses efeitos se diferem da preclusão?²⁷⁵

Evidentemente que a decisão estabilizada tem estreita relação com a preclusão, o que justifica, primeiramente, o enfrentamento deste instituto processual, antes de se ingressar no tema do capítulo.

²⁷⁵ Teresa Arruda Alvim destaca que a impossibilidade de praticar um ato processual pelo decurso do tempo não é efeito da preclusão, mas a própria preclusão, o que a torna uma situação jurídica processual e não um fato processual. Afirma, assim, a Autora que “Parece-nos que a impossibilidade da prática do ato não é *efeito* da preclusão (que seria o fato gerador desta consequência), mas é a *própria preclusão*. O que terá gerado são os acontecimentos que se situam no plano das *causas* da preclusão, que pode ser, v.g., o escoamento *in albis* do prazo, previsto para que tenha lugar a prática do ato”. (*O novo regime do Agravo*. São Paulo: RT, 2.ed., 1996, p. 299)

JOSÉ FREDERICO MARQUES, portanto, conceitua preclusão, do ponto de vista objetivo, como sendo “um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento”.²⁷⁶

CASSIO SCARPINELLA BUENO concorda com a definição anterior ao afirmar que “por ‘preclusão’ deve ser entendida a perda da possibilidade da prática de um ato processual em virtude de algum acontecimento. É instituto umbilicalmente ligado à noção de *ônus* quando relativo às partes”.²⁷⁷

A doutrina e jurisprudência apontam três causas da preclusão: (i) temporal; (ii) lógica e (iii) consumativa. Exceção à doutrina de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA que não aceita a existência da preclusão consumativa, pois, para ele, os atos processuais poderão ser repetidos pelas partes, mesmo que outros atos processuais tenham sido praticados, válida ou invalidamente, ressalvando-se que a repetição se dê dentro do prazo assinalado para a prática de tal ato.²⁷⁸

²⁷⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense., 1958, v. III, p. 380.

²⁷⁷ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 7 ed., 2013, p. 405.

²⁷⁸ Heitor Vitor Mendonça Sica entende que o efeito da preclusão se justifica em razão da proteção à marcha processual, ou seja, o instituto existe para evitar que o procedimento seja interrompido. No caso da preclusão consumativa, a parte pratica o ato antecipadamente, corroborando para a duração razoável do processo, razão pela qual, a prática deste ato, seja de maneira incompleta, seja invalidamente, não pode resultar na vedação de se emendar o ato praticado, ou mesmo praticar outro ato, agora validamente. Nas palavras do doutrinador, “para que se admitisse a preclusão consumativa como modalidade do gênero preclusão seria necessário nela identificar – de modo igualmente claro, como ocorre quanto à preclusão temporal e lógica – a vocação de instituto destinado a impedir obstáculos à marcha do processo, ou de eliminar retrocessos. Se a lei destinou determinado período de tempo para a prática de um ato processual, não há que falar em retrocesso se a parte antecipa-se ao termo final e depois apresenta alguma emenda ou correção àquele mesmo ato. Não poderia se cogitar de retrocesso simplesmente porque a marcha processual estava previamente programada para aguardar o transcurso do prazo. Se o prazo tivesse sido integralmente utilizado, contramarcha alguma haveria”. (op. cit. p. 153).

A preclusão temporal é a de melhor verificação na prática, em razão da importância dos prazos processuais para o procedimento, entendido como “uma coordenação de atos que se sucedem, ligados entre si pela *causa finalis* do processo”.²⁷⁹ Se não fossem os prazos processuais, os procedimentos teriam marchas e contramarchas e se prolongariam indeterminadamente, impedindo que o processo atingisse com eficiência sua finalidade, que é a de conceder a tutela jurisdicional.

Da interpretação do artigo 218, *caput* e § 1.º, do CPC/15, deflui-se duas espécies de prazos processuais, quais sejam, os prazos legais, que são aqueles fixados em lei, v.g., o prazo de 15 (quinze) dias para contestar e os prazos judiciais, que são assinados pelo juiz, na ausência do prazo legal. Na ausência de ambos prazos, o § 3.º, do artigo 218, do CPC/15, fixou o prazo de 5 (cinco) dias para a prática de determinado ato.

Quanto à natureza dos prazos processuais, o CPC/73 previa uma diferenciação, sob o ponto de vista da própria preclusão. Os artigos 181 e 182, do CPC/73 distinguiram os prazos em peremptórios, que não aceitavam modificação e os dilatórios, que o próprio nome indica, permitiam às partes, de comum acordo, alterá-lo.

No CPC/15, todavia, em razão da norma jurídica extraída do artigo 190, há dúvidas quanto a manutenção desta distinção, porquanto o dispositivo permite às partes, através dos negócios processuais, convencionar sobre a modificações dos prazos processuais.

²⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense., 1958, v. III, p. 64.

Muito se discute quanto à limitação dos negócios jurídicos em face dos prazos peremptórios. As partes poderiam convencionar a interposição de recurso de apelação no prazo de 30 (trinta) dias, por exemplo? Apesar da importância do tema, que escapa dos objetivos deste trabalho, não há consenso na doutrina, além do que, acredita-se, a resposta a esta indagação virá exclusivamente da jurisprudência.

Ainda em relação a preclusão temporal, necessário destacar a posição de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA quanto à verificação desta espécie de preclusão tanto em relação a fluência do prazo, que é contado em dias ou horas, quanto em relação à superação de fase processual.²⁸⁰

Acrescenta-se, ainda, que o artigo 223, do CPC/15 que regulamenta a preclusão temporal e, do mesmo modo que o CPC/73, confirmou a dispensa da declaração judicial para a decretação da preclusão.

Ainda em relação ao dispositivo em questão, tem-se que sua redação acabou por aplicar a posição de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, quanto à negativa da existência da preclusão consumativa, isto porque, o artigo 223, do CPC/15, em interpretação *contrario sensu*, permitiu às partes emendarem o ato processual já praticado, desde que dentro do prazo assinalado para a prática de tal ato.

Por emenda se entende que o primeiro ato praticado contenha algum vício ou tenha sido insuficiente. Assim, a parte pode tanto consertar o

²⁸⁰ op. cit. p. 129.

ato ou mesmo praticar um novo ato, em substituição ao anterior, desde que o faça dentro do prazo assinalado para a prática do ato.

A preclusão lógica resulta da incompatibilidade entre a prática de dois atos processuais. No exemplo fornecido por JOSÉ FREDERICO MARQUES, haveria preclusão lógica do ato de o inquilino contestar a ação de despejo posteriormente à purgação da mora.²⁸¹ No CPC/15, a preclusão lógica encontra-se bem exemplificada no artigo 1.000, *caput* e parágrafo único.

Independentemente da espécie de preclusão, não há dúvida de que esta sistematização se volta, exclusivamente, para os ônus processuais atribuídos às partes e não ao juiz. Essa conclusão resultou na divergência da doutrina quanto à existência de uma preclusão específica para o juiz, começando pela utilização do próprio termo “preclusão judicial”.

Preclusão *pro judicato*, preclusão judicial ou preclusão de questões decididas são denominações diversas para o mesmo instituto. No entanto, em decorrência da lição de alguns autores, notadamente, do italiano ENRICO REDENTI, para quem a preclusão *pro judicato* seria o mesmo que coisa julgada formada no processo de execução,²⁸² aconselha-se a não utilização deste *nomen iuris*, com o que concorda MAURÍCIO GIANNICO:

²⁸¹ *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. III, p. 64.

²⁸² Redenti defendia que uma execução satisfeita, que não tenha sido contestada pelo devedor, por meio de embargos à execução, mesmo diante de uma nulidade absoluta, não poderia ser revista pelo juízo. Nesse sentido, Redenti afirmou que “Talvolta la legge consente, che il giudice, su istanza di un creditore munito di certe prove (scritte), emetta a carico del debitore una ingiunzione di pagamento o di consegna, senza sentire preliminarmente il debitore, salvo a costui di fare opposizione al provvedimento. Se costui non fa opposizione, l’ingiunzione acquista l’efficacia di una condanna (...). Qui um vero e próprio accertamento completo ed esauriente non c’è. La efficacia del provvedimento si giustifica principalmente con la presunzione, che, se il debitore non fa opposizione, questo significa, che non ha nulla da opporre”. (*Profili Pratiche del Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1939, p. 122).

De nossa parte, a fim de evitar essa intrincada confusão de idéias e de conceitos, utilizaremos a expressão “preclusão *pro judicato*” para nos referir unicamente às idéias de Redenti e daqueles que aderiram a suas peculiares opiniões. Por outro lado, para designar a impossibilidade do juiz reapreciar e rever as decisões por ele proferidas ao longo da marcha processual, utilizaremos-nos da expressão “preclusão de questões” (como, aliás, já vínhamos usando nos capítulos que antecederam o presente).²⁸³

A despeito da nomenclatura que se adote, JOÃO BATISTA LOPES, que entende ter a preclusão natureza de sanção, não aceita a ideia da existência de preclusão relacionada ao juiz, embora considere que o juiz fique impedido de decidir questões decididas:

As decisões interlocutórias recorríveis só podem ser modificadas com a interposição de recurso, não através de simples pedidos de reconsideração, figura inexistente em nosso direito positivo. É claro que, em casos especiais, deverá ser abrandado o rigor da regra, como, por exemplo, quando se cuidar de simples erro material, caso em que não se justificará a interposição de recurso. A esse fenômeno que se consistiu em obstáculo ou barreira que impedem a decisão de questões já decididas é que a doutrina denomina preclusão *pro judicato*. Não se trata, evidentemente, de preclusão em sentido técnico. Como vimos, é inseparável do conceito de preclusão a idéia de penalidade (embora *sui generis* e restrita ao impedimento da prática do ato, como sustentamos). A própria lei processual civil se utiliza do termo pena (sob pena de preclusão) no art. 245, caput. Como penalidade que é (embora de caráter especial) a preclusão não pode alcançar a atividade própria do juiz. Entretanto, talvez à falta de melhor denominação, os autores continuam a valer-se da expressão preclusão *pro judicato* para designar essa figura processual.²⁸⁴

TERESA ARRUDA ALVIM, que utiliza a denominação “preclusão *pro judicato*”, aceita a existência da preclusão relacionada ao juiz

²⁸³ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 113.

²⁸⁴ Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão. *Revista de Processo*. v. 23 p. 45-60, jul/set.1981.

que o impede de redecidir questões. Trata-se da preclusão verificada no campo negativo, assim explicada pela Autora:

Esta situação processual, ou seja, a preclusão, pode ter lugar num campo a que nós chamaríamos positivo, e noutro, que denominaríamos negativo. Este campo positivo refere-se à atividade das partes consistente em *criar* elementos, baseados nos quais, o juiz deverá proferir decisão de mérito. Estes elementos são, *grosso modo*, a produção de provas, a dedução de argumentos e a formulação de pedidos. Já o campo negativo diz respeito à possibilidade de a parte praticar atos com o escopo de *arguir defeitos do processo*. Exemplo do que chamamos de *campo positivo*, em que pode incidir a preclusão, seria a atividade consistente em trazer-se, ou não, um documento aos autos, e, se não aportado ao processo, perder-se a oportunidade; no *campo negativo*, está a atividade da parte contrária, no sentido de arguir falsidade de uma assinatura dele constante e, se o não fizer, importar a mesma consequência.

É justamente nesse campo negativo que nós inseriríamos a preclusão de questões, no sentido de não se poder rediscutir (quanto às partes) e redecidir (quanto ao juiz) o que já foi arguido, respondido e decidido.²⁸⁵

A preclusão de questões decididas está disciplinada no artigo 505, do CPC/15 e obsta, excetuadas as exceções disciplinadas em seus incisos, que o juiz decida, novamente, questões já decididas. Essa vedação pode ser entendida somente sob três perspectivas, a saber: (i) proibição de o juiz alterar ou não a própria decisão; (ii) proibição de o juiz superior alterar a decisão do juiz inferior e (iii) proibição de o juiz inferior não acatar a decisão do juiz superior.

Dessas três perspectivas, conclui-se que o artigo 505, do CPC/15 se refere a todos os juízes que atuaram no processo, tanto o juiz que

²⁸⁵ *O novo regime do Agravo*. op. cit. p. 299.

proferiu a decisão quanto ao juiz superior. Essa conclusão coaduna com os objetivos da preclusão, bem delineados por MAURÍCIO GIANNICO:

Os escopos magnos da atuação jurisdicional não seriam atendidos de forma adequada se a sistemática legal permitisse infundáveis marcas e contramarchas no processo, assim como o retorno a fases já ultrapassadas, para a rediscussão de questões já anteriormente apreciadas e decididas.²⁸⁶

A preclusão de questões decididas tratada pelo artigo 505, do CPC/15 não é sinônimo de estabilidade da decisão saneadora.²⁸⁷

A estabilidade se relaciona unicamente ao juiz que proferiu a decisão e não ao juiz superior, que eventualmente poderá revê-la. A estabilidade se insere, assim, como espécie de “preclusão de questão decidida”, podendo esta ser denominada de “preclusão de questão decidida *lato sensu*” e aquela “preclusão de questão decidida *stricto sensu*”.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA confirma a diferença entre a preclusão da questão decidida *lato sensu* e a estabilidade da decisão:

Essa estabilidade deve ser interpretada no sentido de que, no primeiro grau de jurisdição, não será mais possível alterar-se o objeto da cognição (ressalvada a possibilidade de se ter de levar em conta algum fato ou direito superveniente ou de trazer

²⁸⁶ op. cit. p. 121.

²⁸⁷ Cassio Scarpinella Bueno entende que preclusão de questões decididas e estabilização são sinônimos, como pode se extrair do seguinte texto: A *estabilidade* referida no final do dispositivo deve ser compreendida como sinônimo de preclusão. Preclusão no sentido de que aquilo que foi decidido e *esclarecido* não pode mais ser modificado. Nada de recursos nem de sucedâneos recursais para modificar aquela decisão. Trata-se, para além do modelo de processo cooperativo, de nítida aplicação escoreita da boa-fé objetiva do art. 5.º e que, bem compreendida, gerará a indispensável segurança jurídica na condução da fase instrutória e na sua preservação, mesmo em ulteriores fases (inclusive recursais) do processo. A *estabilidade* referida pelo dispositivo, destarte, acarreta *estabilidade* dos próprios atos que, a partir da decisão de saneamento e de organização, serão praticados. Um verdadeiro círculo *virtuoso*. (*Manual de Direito Processual Civil*. op. cit. p. 301).

posteriormente, e pela primeira vez, para o contraditório alguma questão daquelas que podem ser suscitadas a qualquer tempo). Além disso, aquilo que já estiver decidido ficará precluso para o juízo de primeiro grau, não sendo mais possível que o juiz, por exemplo, julgue extinto o processo sem resolução de mérito com base em fundamento já afastado expressamente (afinal, já terá ele proclamado nada haver no processo que impeça a resolução do mérito, o que significa que só se poderia admitir a extinção sem resolução do mérito com base em fundamento que ainda não tivesse sido suscitado) ou deixe de enfrentar e resolver alguma questão de fato ou de direito que tenha sido expressamente incluída entre aquelas que são relevantes para a decisão de mérito do processo.²⁸⁸

A justificativa para a clara diferenciação entre a estabilidade da decisão e a preclusão da questão decidida *lato sensu* reside no momento que essa decisão poderá ser objeto de recurso, haja vista a mudança do regime das preclusões imposta pelo artigo 1.015, do CPC/15.

Rogério Lauria Tucci, sobre a decisão saneadora do CPC/73, defendia a preclusão das questões decididas no bojo desta decisão, tanto pelo juiz que a proferiu, quanto pelo juízo superior. No entanto, seu entendimento se pautava no fato de a parte não ter se valido, no momento correto, do recurso cabível. Veja:

Configuraria, por exemplo, inominado absurdo o fato de ter o juiz afirmado, quando do *saneamento do processo*, o interesse processual do autor e, todavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude de solicitação do réu, ou mesmo *ex officio*, decretando a *carência da ação*, dada a falta da condição em que aludido interesse consiste; ou mesmo o tribunal *ad quem*, à míngua de recurso adequado, reexaminar a matéria já preclusa, vale dizer, imutável dada a *coisa julgada formal* operada.²⁸⁹

²⁸⁸ Op.cit. p. 216-217.

²⁸⁹ TUCCI, Rogério. Lauria. *Do julgamento conforme o Estado do Processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 296.

De acordo com a questão decidida na decisão saneadora, a parte não terá a sua disposição o recurso de agravo de instrumento, motivo pelo qual essas questões somente serão revistas pelo juiz superior nos moldes do artigo 1.009, § 1.º, do CPC/15.

Entender que a estabilidade da decisão importaria em impedimento ao juízo superior de reanalisar a questão, como ocorre com a preclusão da questão decidida *lato sensu*, seria o mesmo que negar a aplicação do duplo grau de jurisdição aos casos em que a decisão saneadora não é agravável,²⁹⁰ na medida em que a parte não teria a sua disposição nenhum instrumento para submeter a decisão ao reexame pelo órgão superior antes da sua estabilização e, mesmo nesta situação, o Tribunal *ad quem* restaria impedido de reanalisar a questão.

Não há como se permitir, também, que o juiz que proferiu esta decisão, a ela não se vincule. Quanto a este juízo, não haverá nenhuma oportunidade de rever a decisão, após a sua estabilização.

Evidentemente, portanto, que preclusão do ônus das partes, preclusão das questões decididas *lato sensu* e estabilidade da decisão são fenômenos processuais que muito se assemelham e que juntos possuem fundamental importância para o processo jurisdicional. Entretanto, não há tratá-los como institutos idênticos, sob pena de violação de princípios fundamentais do processo civil.

²⁹⁰ Ada Pellegrini Grinover defendia a importância do princípio do duplo grau de jurisdição para a proteção do princípio da isonomia. Segundo a saudosa Autora, “Todos aqueles que ingressam em juízo devem ter, em igualdade de condições, a possibilidade de pleitear a revisão da sentença, por um tribunal hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão”. (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 143).

4.3. OBJETO

Estudado o efeito da estabilidade da decisão, passa-se a delimitar o objeto desta estabilidade e suas consequências para o prosseguimento do processo em direção à fase instrutória.

Definir o objeto da estabilidade é de fundamental importância, pois, impende destacar a vinculação do juiz que proferiu a decisão às questões de ordem pública ou mesmo questões que dizem respeito à atividade probatória das partes.

O juiz que profere a decisão saneadora, entendendo estarem presentes os pressupostos do juízo positivo de admissibilidade do processo e da ação, poderia rever a decisão e extinguir o processo sem resolução do mérito? Outra pertinente indagação: o juiz que indefere a prova pericial poderá, após a produção das provas que foram deferidas, determinar a produção da prova pericial, sem que tenha surgido nova questão no processo? Entende-se que a resposta para ambas perguntas é negativa. Explica-se.

O efeito da decisão saneadora estabilizada é o de impedir a revisão pelo juiz que a proferiu, ressalvada, apenas, o juízo de retratação no caso de agravo de instrumento. A par dessa situação, a decisão saneadora estabilizada é ato feito e acabado para o juiz que a proferiu, tanto em relação à decisão que resolve questão de ordem pública quanto a decisão que versa sobre a produção das provas. E isto não fere o princípio da economia processual.

Inicialmente, quanto à decisão que delimita os meios de provas que serão produzidas ao longo da fase de instrução, não há como desconsiderar a unanimidade da doutrina, alcançada ainda sob a égide do CPC/73, segundo o qual o juiz não é um sujeito inerte perante a busca da verdade no processo e, portanto, pode e deve ter participação ativa na fase probatória. Essa é a posição remansosa de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

A questão está ligada tão somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível conflito entre as regras relativas à preclusão e o disposto no art. 130 do CPC [73] deve ser solucionado segundo o escopo maior do processo. A preclusão é simples mecanismo técnico destinado a permitir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ceder diante de valor maior, como o representado pelo convencimento do juiz a respeito da realidade jurídico-material.²⁹¹

Na mesma esteira, TERESA ARRUDA ALVIM destaca que:

Não gerarão impossibilidade de o juiz alterar sua decisão, entretanto, por força do princípio do livre convencimento motivado, as decisões concernentes à prova, que tenham *sentido negativo*. Isso porque, acreditamos, nestas circunstâncias, à regra da livre convicção deve atribuir-se mais força e importância que às normas relativas à preclusão.²⁹²

A posição destes ilustres doutrinadores, todavia, condizia com a legislação então vigente e com a fase de mudança pela qual a participação do juiz no processo estava sendo submetida. A complexidade da conduta do juiz no processo civil demandou longa fase de entendimento e adaptação, muito em razão da necessidade de o juiz ser imparcial. Por muito tempo se confundiu participação com parcialidade.

²⁹¹ *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 25.

²⁹² *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 499.

O CPC/73 passou a compreender e aceitar a participação do juiz na comprovação dos fatos controvertidos, algo que muito facilita a árdua tarefa do julgador de resolver o objeto litigioso. Passou-se a atribuir ao juiz a iniciativa probatória. Sob a vigência do CPC/73, portanto, aquilo que é sedimentado no CPC/15, era objeto de discussões acadêmicas, como se deflui do trecho ora colacionado:

Em tempos outros, o magistrado atuava como mero espectador da atividade probatória das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça, ainda que, por óbvio, deva manter a necessária equidistância em relação aos interesses das partes (princípio da imparcialidade do juiz).

Por isso, pode o juiz determinar de ofício as provas necessárias à descoberta da verdade (art. 130), independentemente da iniciativa das partes.²⁹³

Bem sedimentada a posição do juiz na fase probatória, o CPC/15 lhe conferiu poderes instrutórios, a exemplo do artigo 130, do CPC/73. À semelhança deste dispositivo, o artigo 370, do CPC/15 acatou, de uma vez por todas, “que a outorga de poderes instrutórios ao juiz de modo algum compromete sua imparcialidade na medida em que se destina apenas a possibilitar a elucidação dos fatos para chegar ao *veredictum*”.²⁹⁴

E não foi só. O CPC/15 estabeleceu o procedimento correto para que a participação do juiz não resultasse na supressão da atividade probatória atribuída às partes. A decisão interlocutória de saneamento e organização do processo é o momento escolhido pelo legislador para que o

²⁹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008, Vol. I, p. 456-457.

²⁹⁴ LOPES, João Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2, p. 246.

juiz, em colaboração com as partes, delimite as questões fáticas e determine os meios necessários de prova.

Na mesma decisão, o juiz poderá redistribuir o ônus da prova, ou mesmo suspender o processo, no caso de se incidir a hipótese estabelecida pelo artigo 377, do CPC/15.²⁹⁵ O modelo de processo cooperativo, retratado por meio da decisão de saneamento, sepultou a velha praxe forense reproduzida no conhecido despacho “especifiquem as partes as provas que pretendem produzir, justificando sua pertinência”.

Importante destacar, nesse ponto, que a detida compreensão do procedimento ordinário atual, não há como se apontar com clareza o momento em que as partes, de fato, especificarão suas provas, com exceção do protesto genérico realizado na petição inicial e na contestação. Isto porque, não há como se considerar pertinente protestar por provas, antes de se ter ciência sobre qual questão fática será submetida à fase probatória. A decisão de saneamento é o momento único para que as partes e o juiz delimitem a fase probatória.

Feito esta delimitação, com base nas questões fáticas eleitas como pertinentes à decisão de mérito, não há como considerar viável que o juiz retome a decisão e, portanto, determine a produção de provas que, no ensejo da decisão saneadora, foram tidas por impertinentes. Ressalvado a situação em que novas questões fáticas surjam posteriormente à decisão

²⁹⁵ Segundo João Batista Lopes, “Nessas hipóteses, surge a seguinte questão: terá o juiz da causa de aguardar o cumprimento da carta para, só depois, proferir sentença? Por outras palavras, a expedição da carta suspenderá o processo? O artigo em análise contempla duas situações: a) requerimento da carta antes do saneamento e imprescindibilidade da prova para o julgamento; b) requerimento posterior ao saneamento ou prescindibilidade da prova”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). Ob. cit. p. 265)

saneadora, porquanto se tratará de nova decisão, a decisão saneadora, uma vez estabilizada, impedirá que o juiz reveja sua posição concernente à determinação de produção de provas.

Considerar o contrário, importará em desprestígio à decisão saneador, e inversão da finalidade atribuída pelo legislador do CPC/15, com a retomada da velha praxe forense, onde a especificação de provas era realizada “apenas para inglês ver”, porquanto a qualquer momento, o juiz poderia incluir a produção de novas provas, sob o pretexto de buscar sempre a verdade.

O mesmo se dá com a decisão saneadora que resolve questões de ordem pública, representadas pelo inciso I, do artigo 357, do CPC/15, como sendo “questões processuais”. Aqui, as questões processuais devem ser entendidas como aquelas questões que colocam em xeque a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, cuja ausência importa em nulidades processuais.

A decisão de saneamento e organização do processo, no que consiste ao regime das nulidades, tem maior característica de decisão declaratória, na medida em que a sanabilidade dos vícios se dá na fase de providências preliminares. Apesar disto, pautado no artigo 357, I, do CPC/15, o juiz poderá determinar medidas para sanear eventuais vícios e, ainda que não seja o “melhor dos mundos”, extinguir o processo sem julgamento do mérito, quando verificar a impossibilidade de correção desses vícios.

Note que obstar ao juiz, no ensejo do artigo 357, I, do CPC/15, extinguir o feito sem resolução do mérito atentaria contra o princípio da economia processual. Lembre-se, nesse ponto, que a decisão de saneamento é um dos três provimentos judiciais possíveis de serem proferidos na fase de julgamento conforme o estado do processo. O juiz, ao verificar ausência de pressupostos processuais e condições da ação, bem com condições de procedibilidade da demanda, deverá extinguir o processo.

Contrariamente a isto, a decisão positiva quanto à regularidade do processo, uma vez estabilizada, vinculará o juiz, ainda que se trate de questões de ordem pública. Sobre as questões processuais decididas no ensejo do artigo 357, I, do CPC/15 o juiz não poderá redecidir. Evidentemente, caso surjam novas questões de ordem pública, não haveria vedação, pois seria uma nova decisão.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI discorda desse posicionamento e entende que as questões de ordem pública seriam indisponíveis, o que permite ao juiz redecidi-las:

Assim, a preclusão, normalmente, atinge a atividade das partes, mas, igualmente, pode também ocorrer em relação ao órgão jurisdicional, impondo-lhe o obstáculo de não mais poder decidir matéria de direito disponível, a qual, nos termos do *caput* do art. 505, foi objeto de precedente julgamento.

Cumpra deixar claro que a vedação no sentido de desautorizar o juiz a rever anterior ato decisório concerne apenas questões de direito disponível, uma vez que, consoante dispositivo no art. 485, § 3.º, do CPC, não alcança a matéria de ordem pública, que pode ser examinada, pelo próprio juiz da causa, até o momento de proferir sentença.²⁹⁶

²⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2, p. 502.

Respeitada a abalizada opinião do doutrinador, ousa-se discordar deste entendimento. Isto porque, na decisão saneadora, o juiz decide questões processuais, momento em que, de ofício ou a requerimento das partes, decidirá as questões de ordem pública. Decidida esta questão, e não surgindo fato superveniente, é certo que a decisão também se estabilizará, impedindo que o juiz volte a analisar esta questão de ordem pública. Esta é a lógica do sistema e não há razão para não ser respeitada.²⁹⁷

No ponto, precisas são as palavras de ELIÉZER ROSA acerca da possibilidade de o juiz voltar atrás das decisões, mesmo aqueles que se encaixariam na denominação comum de “questões de ordem pública”:

Pode dizer-se que bem pouco representaria para a ciência processual o pontual achado de Bulow, se as questões pertencentes à etapa do exame da relação processual não pudessem ser decididas por interlocutórias preclusivas, separando-as daquelas pertencentes à etapa do mérito.²⁹⁸

Sustentar que o juiz não estaria vinculado à decisão que resolve questão de ordem pública ou define a fase instrutória do processo, importaria em desajuste ao procedimento delineado pelo legislador para a proferimento da decisão de saneamento e organização do processo.

²⁹⁷ Entende-se, portanto, que a questão de ordem pública decidida na decisão saneadora impede que o juiz a reveja posteriormente, a não ser que se traga fato novo que o convença, por exemplo, que a legitimidade ad causam, antes confirmada não é atribuída ao Autor. Tal fato não tem nenhuma relação com a preclusão da questão decidida, como explica Teresa Arruda Alvim: “Neste passo, é relevantíssimo frisar que, a nosso ver, não se trata propriamente de *cassação* de uma decisão anteriormente proferida. Trata-se, isto sim, de uma *nova* decisão, em face de uma *nova* situação e esta possibilidade, rigorosamente, nada tem que ver com a ausência de preclusão *pro judicato*. O fenômeno da preclusão diz com a impossibilidade de a decisão ser alterada, em face do mesmo contexto que a gerou”. (PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 33).

²⁹⁸ op.cit. p.19.

A abertura de qualquer possibilidade para que a estabilidade da decisão saneadora seja deixada de lado resultará novamente em desuso da decisão saneadora e seu retorno à velha e contestada prática de se declarar saneado o feito apenas como medida formal.

4.4. NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO. CONFUNDE-SE COM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO?

No procedimento estabelecido pelo § 1.º, do artigo 357, do CPC/15, no qual o juiz profere a decisão saneadora isoladamente, sem a participação das partes, concedeu-se a estas, como forma de preservação do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo²⁹⁹, o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes ao juiz.

O pedido de esclarecimento ou a solicitação de ajustes poderá ser formulado pelas partes no prazo comum de 5 (cinco) dias. Certamente, a coincidência entre os objetivos visados pelo pedido de esclarecimento ou ajustes, qual seja, a integração da decisão, e o prazo legal para sua utilização, com a finalidade dos embargos de declaração e seu próprio prazo de oposição, fizeram surgir dúvidas substanciais sobre a possibilidade de se tratarem de um mesmo instituto.

Antecipa-se, todavia, que qualquer ilação nesse sentido é equivocada. Pedido de esclarecimento ou ajustes e embargos de declaração

²⁹⁹ Artigo 6.º, do CPC.

não se confundem, apesar dessas coincidências e, para demonstrar o acerto desta afirmação, necessário primeiramente encontrar a natureza jurídica do pedido de esclarecimento ou ajustes, que demanda uma incursão sobre a conceituação de atos processuais.

Segundo ARRUDA ALVIM, os atos processuais são espécies de fatos processuais em sentido amplo e que dependem da vontade do agente para sua constituição.³⁰⁰ ARRUDA ALVIM destaca a controvérsia doutrinária em torno da classificação dos atos processuais, contudo, confirma a unanimidade sobre o fato de que “o ato jurídico processual será sempre humano e deverá produzir efeitos na relação jurídica processual”.³⁰¹

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES dividem os atos processuais de acordo com os sujeitos que os praticam. Seguindo essa divisão, os atos processuais podem ser (i) dos juízes; (ii) auxiliares da Justiça; (iii) das partes e (v) dos advogados e, entre os atos processuais atribuídos às partes praticados por si ou por seus advogados, propondo, na sequência, interessante subdivisão:

Dos atos das partes alguns são realizados pessoalmente e outros através de advogado. São realizados necessariamente pelo profissional os atos *postulatórios* (...), consistentes em *demandar* ou em *instruir*. As demandas que as partes endereçam ao juiz são de duas ordens: a) *pedidos*, quando se postula a própria tutela jurisdicional (demanda inicial, contestação, reconvenção, recurso *etc*; b) *requerimentos*, destinados à obtenção de alguma medida preparatória (requerimentos relativos à prova, intimação de alguma pessoa *etc*.). Todos os atos *postulatórios* são *declarações de vontade*, e sempre terá o juiz o dever de apreciá-los, favorável ou desfavoravelmente. Os *atos instrutórios* das partes abrangem todas as atividades destas relativas à *prova* em geral bem como

³⁰⁰ *Manual de Direito Processual Civil*. op.cit. p. 549.

³⁰¹ *Ibidem* p. 554.

tudo que for tido pelo advogado com o objetivo de convencer o juiz (*alegações* em geral, inclusive as finais).³⁰²

O pedido de esclarecimento ou ajustes é ato processual praticado pelas partes, através de seu advogado. Ato este postulatório de demandar, que não se confunde com recurso, mas deste não se afasta, na medida em que o pedido de esclarecimento ou ajustes é um *sucedâneo recursal*.

NELSON NERY JR. conceituou essa espécie de ato processual à luz do CPC/73, e deu exemplos de *sucedâneos recursais* utilizados até então:

Existem alguns remédios que, por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes e, por esta razão, são denominados de seus *sucedâneos*. Os mais importantes são o pedido de reconsideração, a correção parcial, a remessa obrigatória (CPC 475), a arguição de relevância no recurso extraordinário, a ação rescisória (CPC 485), os embargos de terceiro (CPC 1046), a medida cautelar inominada (CPC 798 e 799), os agravos regimentais, o *habeas corpus* contra decreto de prisão civil e o mandado de segurança contra ato judicial.³⁰³

TÂNIA AOKI CARNEIRO contribui com a conceituação de *sucedâneo recursal*, ao ensinar que:

Os *sucedâneos recursais* consistem, assim, em mecanismos processuais utilizados como substitutivos dos recursos, apesar de não terem sido criados por lei federal com esta singular natureza, por serem igualmente manejáveis pelas partes ou por terceiros prejudicados, com o fim de obter a reforma ou a invalidação das decisões judiciais.

³⁰² *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. op.cit. p. 184-185.

³⁰³ *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 75.

Trata-se de meios atípicos de impugnação, cujo emprego é admitido apenas excepcionalmente pelo sistema jurídico pátrio, em vista da existência de remédios próprios para o ataque aos atos decisórios do juiz, que são os recursos e as ações autônomas de impugnação.

Essa excepcionalidade decorre do legítimo anseio dos jurisdicionados e dos operadores do direito em limitar as oportunidades de uso dos meios de impugnação, de modo a evitar o prolongamento indefinido dos conflitos e, por conseguinte, a obtenção tardia de uma solução definitiva para a controvérsia levada à apreciação do Poder Judiciário.³⁰⁴

No caso do pedido de esclarecimento ou ajustes, não há como negar sua semelhança com o pedido de reconsideração, pois, ambos são sucedâneos recursais, voltados restritivamente a impugnar decisão judicial não transitada em julgado e sua utilização não pressupõe instauração de processo autônomo. Outra semelhança, é a ausência de forma determinada em lei para apresentação desses instrumentos.

Diferentemente do pedido de reconsideração, contudo, o pedido de esclarecimento tem prazo peremptório, fixado por lei. O prazo é o mesmo concedido aos embargos de declaração, o que, de alguma forma, contribui para a afirmação (equivocada) de serem o mesmo instituto.

Ocorre que o pedido de esclarecimentos não é recurso, porém a conclusão não soluciona, de imediato, a possível identidade com os embargos de declaração, muito em razão da vívida e longa discussão acerca da inclusão dos próprios embargos de declaração na categoria de recursos, a merecer a seguinte diferenciação imposta por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

³⁰⁴ *Recurso Especial e Ação Rescisória: Controle da Ofensa à Norma Jurídica (com comentários ao PL 8046/2010)*. Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 51.

Reafirma-se pois que *os embargos declaratórios serão autêntico recurso quando trouxerem em si o pedido de uma alteração substancial no teor da decisão embargada*, i.e., sempre que essa for a intenção do embargante; sua admissibilidade em cada caso concreto não interfere em sua natureza recursal, nem a inadmissibilidade a exclui.³⁰⁵

A diferenciação entre ambos exige, portanto, a superação da simples identificação de suas naturezas jurídica. Entende-se que esta linha divisória se encontra exatamente no fato de os embargos de declaração “são um recurso de fundamentação vinculada, o que significa que só pode o recorrente alegar, nos embargos de declaração, *omissão, obscuridade e contradição*”.³⁰⁶

Outra sugestão para se reafirmar a não identidade entre o pedido de esclarecimento e os embargos de declaração se insere na modificação do regime de preclusão das decisões interlocutórias, que resultou na ausência de recurso imediato contra decisões que não versem sobre o rol taxativo do artigo 1.015, do CPC/15.

Esses dois fatores justificam a inclusão, pelo ordenamento, do pedido de esclarecimento ou ajustes, pois, do contrário, na esteira do pedido de reconsideração, a parte prejudicada pela decisão saneadora, em não sendo hipótese de embargos de declaração ou agravo de instrumento, buscaria um sucedâneo recursal para tentar modificar a decisão, haja vista que o inconformismo da parte é a mola propulsora no regime recursal

³⁰⁵ *A Nova Era do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 194.

³⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de Declaração e Omissão Judicial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 54.

Destaca-se, todavia, que academicamente é fácil defender a diferença entre os embargos de declaração e pedido de esclarecimento e justificar que ambos não se confundem. No entanto, na prática forense a escolha por um ou outro instrumento não será tarefa fácil, muito em razão da proximidade entre seus requisitos de cabimento.

Note que o pedido de esclarecimento pressupõe a existência de dúvida, mas a dúvida, como defendido por Barbosa Moreira pressupõe a obscuridade e/ou contradição na decisão,³⁰⁷ que são hipóteses de cabimento dos embargos de declaração.

Entende-se, neste ponto, que a dúvida a suscitar o pedido de esclarecimentos ou ajustes está unicamente no espírito do peticionário e não enseja a existência de nenhum vício que justifique a oposição de embargos de declaração.

Soma-se a isto, o fato de o pedido de esclarecimento, por óbvio, não possuir o efeito de suspender a eficácia da decisão, nem mesmo o efeito de interromper o prazo para oposição de outro recurso. Ou seja, no caso de a parte se valer do pedido de esclarecimento ou ajustes, não poderá utilizar os embargos de declaração, pois ocorrerá a preclusão temporal. Os

³⁰⁷ “A dúvida é um estado de espírito, que se traduz na hesitação entre afirmar e negar algo. Toda dúvida é, necessariamente, *subjetiva*. Não se concebe que exista dúvida num acórdão, bem em qualquer outra decisão judicial: se o órgão decidiu, neste ou naquele sentido, há de ter por força superado as dúvidas que possivelmente se manifestaram no espírito do julgador, ou dos julgadores, ou de algum ou alguns deles. Ao juiz moderno não é lícito deixar de pronunciar-se, sob o pretexto de não ter conseguido formar convicção segura, nem limitar-se, no pronunciamento, a dizer que não conseguiu formulá-la.

A dúvida que pode ocorrer estará em quem, ouvindo ou lendo o teor da decisão, não logre apreender-lhe bem o sentido. Mas isso acontecerá quando o órgão judicial não haja expressado em termos inequívocos o seu pensamento. Logo, a dúvida será uma *consequência* da obscuridade ou da contradição que se observe no julgado. Quer isso dizer que o acréscimo, além de impróprio em si mesmo, nada acrescenta na verdade. Aliás, não construa que qualquer comentador das leis anteriores se tenha lembrado de lamentar a falta da expressão em má hora introduzida no texto”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V São Paulo: Forense, 1974, p. 422.

embargos de declaração apenas seriam cabíveis no caso de acolhimento do pedido de esclarecimentos ou ajuste, pois, nesta situação o juiz proferiria nova decisão.

Acredita-se, portanto, que na mesma esteira da prática utilizada no pedido de reconsideração, possivelmente, o pedido de esclarecimento será formulado pela parte alternativamente aos embargos de declaração, sendo deduzido na mesma petição. O expediente evitará a preclusão da decisão saneadora, no caso de o juiz rejeitar o pedido. Ao recebê-lo como embargos de declaração, a partes estará segura da interrupção do prazo para oposição do recurso de agravo de instrumento³⁰⁸.

Sugere-se que as partes apresentarão pedido de esclarecimento convolável em embargos de declaração.

³⁰⁸ Nelson Nery Jr. confirma a utilização deste expediente em relação ao pedido de reconsideração, mas destaca não se tratar de boa técnica processual. Nesse sentido: “No entanto, pudemos observar que se tem feito uso do pedido de reconsideração, como expediente alternativo deduzindo-o na mesma petição de interposição do recurso de agravo retido, já que, hoje, o agravo de instrumento é interponível diretamente no tribunal *ad quem* (CPC 524). A jurisprudência, neste caso, tem sido tolerante e conhecido o agravo, já que fora efetivamente interposto.

O que não se permite é o conhecimento do pedido de reconsideração como se agravo fosse, ou, pior, como causa de suspensão para a interposição de recurso. Se a parte tiver a cautela de, na mesma petição, pedir reconsideração e, sucessivamente (CPC 289), agravar da decisão desfavorável, estará garantindo o conhecimento de seu recurso, muito embora tal procedimento não seja recomendável por estar em desacordo com a melhor técnica do direito processual”. (*Teoria Geral dos Recursos*. op. cit. p. 95-96)

4.5. DECISÃO SANEADORA QUE NÃO VERSA SOBRE O ROL TAXATIVO DO 1.015, DO CPC/15 NÃO É IMPUGNÁVEL?

A mudança mais significativa e a mais comentada entre os estudiosos do direito imposta pelo CPC/15 foi a modificação do regime de preclusão das decisões interlocutórias. A taxatividade do rol do artigo 1.015, do CPC/15 resultou na recorribilidade ampliada das decisões interlocutórias, porém, diferida, na medida em que a preliminar do recurso de apelação e a preliminar de contrarrazões foram tipificadas como nova espécie de recurso contra decisões interlocutórias não inseridas no rol do artigo 1.015, do CPC/15.

A taxatividade do rol do artigo 1.015, do CPC/15, portanto, resultou na alteração do regime das preclusões das decisões interlocutórias, porquanto, as decisões que versem sobre assunto não passível de agravo de instrumento serão impugnadas por meio de preliminar no recurso de apelação ou nas contrarrazões ao recurso de apelação, ou seja, a preclusão da decisão interlocutória, e algumas situações, não será concomitantemente ao seu aparecimento no processo.

Tendo em vista que a decisão de saneamento e organização do processo é a mais importante de todas as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo de conhecimento,³⁰⁹ inegável concluir que também possui recorribilidade ampla, porquanto a “recorribilidade gera a preclusividade”.³¹⁰

³⁰⁹ ROSA, Eliézer. *Do despacho Saneador...* op. cit. p. 6.

³¹⁰ ROSA, Eliézer. op. cit. p. 12.

A decisão saneadora é um complexo de decisões interlocutórias, como afirma ELIÉZER ROSA:

O despacho saneador. É a mais típica interlocutória. Êle é, por sua vez, um complexo de outras interlocutórias, que, no seu conjunto forma o despacho saneador. Êste é, no seu todo, por sua função, uma interlocutória.³¹¹

Confirmando a complexidade da decisão de saneamento e organização do processo, o CPC/15 manteve o leque de questões que poderão ser decididas através deste pronunciamento. A decisão saneadora poderá resolver matérias que estão contidas em, no mínimo, 4 (quatro) dos 6 (seis) grupos de interlocutórias elencados por TERESA ARRUDA ALVIM:

- a) que dizem respeito às provas, deferindo-as ou não, e determinando, de ofício, a sua realização;
- b) que concedem ou não providências urgentes (ou que as determinam de ofício);
- c) que admitem (ou não admitem) recursos e declaram em que efeitos estão sendo recebidos;
- d) que são relativas a nulidades:
 - 1. que repelem nulidades absolutas;
 - 2. que repelem ou decretam nulidades relativas;
- e) que resolvem, de ofício ou a pedido da parte, sobre a possibilidade de terceiros ingressarem no feito;
- f) relativas à validade e adequação das medidas executivas.³¹²

Nos moldes do artigo 357, do CPC/15, com exceção das matérias dispostas nos itens *c* e *f* acima, a decisão saneadora, a depender do litígio, poderá decidir *(i)* questões relativas às provas; *(ii)* questões processuais, nas quais estão inseridas decisões sobre nulidades absolutas e relativas; *(iii)* ingresso ou não de terceiros; *(iv)* concessão ou não de tutela

³¹¹ Ibidem p. 15.

³¹² *Os Agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 133-134.

provisória. Tal fato corrobora para a complexidade e importância da decisão saneadora.

Sabe-se que a preocupação do legislador processual com a impugnação das decisões interlocutórias não é novidade do CPC/15 e, ao longo dos códigos anteriores, esse assunto passou por progressos e retrocessos como demonstra lição de BARBOSA MOREIRA:

No direito posterior, tanto em Portugal como no Brasil, a evolução histórica descreveu numerosos meandros e vaivéns, ora abolida, ora restaurada esta ou aquela modalidade de agravo, naturalmente com variações também nos respectivos âmbitos de cabimento. Ao tempo das codificações estaduais subsistiam o agravo de petição e o de instrumento, delimitados os terrenos de um e de outro, em regra, de acordo com os critérios casuísticos. O Código de 1939 ressuscitou o agravo no auto do processo, contemplando ao seu lado, como espécies nominadas, o agravo de instrumento e o de petição. Reservou este último para as decisões terminativas – isto é, para as que extinguem o processo sem julgamento de mérito (art. 846) --, e enumerou, ainda casuisticamente, as hipóteses de cabimento de cada um dos outros dois. O agravo de instrumento cabia a título excepcional contra decisões definitivas (art. 842, número XV); em geral, contra interlocutórias.³¹³

A inovação realmente verificada no CPC/15 consistiu na dispensa do agravo para impugnação de decisões interlocutórias, com exceções daqueles que decidem matérias incursas no rol taxativo do artigo 1.015, do CPC/15, tornando recurso a própria preliminar do recurso de apelação ou das contrarrazões ao recurso de apelação, como defende CAROLINA UZEDA:

Diferentemente do que ocorre no agravo retido previsto no sistema do Código de Processo Civil de 1973, onde em preliminar

³¹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. op. cit. p. 372.

de razões ou contrarrazões a parte apenas ratifica o recurso ora interposto, no Código de Processo Civil de 2015 há verdadeira interposição, manifestação do direito de ação da parte que impugna a decisão interlocutória proferida no curso do processo.³¹⁴

A mudança é evidente, porque no CPC/73 a parte se valia do agravo retido que apenas era reiterado no recurso de apelação. Da mesma forma, seu antecessor, o agravo no auto do processo do CPC/39. Ambos eram recursos, com procedimentos preestabelecidos que tinham como finalidade permitir às partes reiterá-los no bojo da preliminar do recurso de apelação.

Em relação ao agravo no auto do processo, por exemplo, LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA tecia os seguintes comentários:

Exigível que na manifestação oral ou na petição estivesse indicada a decisão agravada e as razões de sua ilegalidade. Não poderia mesmo ser admissível que se agravasse de alguma decisão nem indicá-la como se agravo de qualquer coisa ou simplesmente genérico. Igualmente absurdo se o agravo possuísse seu objeto preciso mas dele não tivesse conhecimento o juiz para verificar de seu real cabimento ou mesmo, valer-se da oportunidade de reconsideração da decisão agravada em benefício de todos. Do mesmo modo, essencial que contivesse os fundamentos do agravo, ou seja, as razões pelas quais conclui pela ilegalidade da decisão.³¹⁵

³¹⁴ LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse Recursal Complexo e Condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas Impressões Sobre a Apelação Autônoma do Vencedor*. Revista de Processo, São Paulo. v. 249, p. 233-238, jan/mar.1980.

³¹⁵ OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Agravo Retido e sua interposição com a denominação de agravo no auto do processo*. Revista de Processo, São Paulo. v. 17, p. 227-238, jan/mar.1980.

O objetivo, todavia, é comum, concatenar a recorribilidade da decisão interlocutória sem afetar o curso do procedimento em primeiro grau de jurisdição. Ainda que o agravo de instrumento não tenha efeito suspensivo *ope lege*, sua interposição depende de preparo, formação de instrumento e providências das partes que vão de encontro ao princípio da economia processual. Sem contar que o Tribunal *ad quem* é chamado a resolver questões que não se relacionam ao mérito, questões estas proferidas ao longo de todo procedimento.

Pensando nesta engrenagem, o CPC/15 instituiu uma nova forma de impugnação da decisão interlocutória, que não exige da parte nenhum procedimento processual, antes do recurso de apelação ou contrarrazões ao recurso de apelação. Nesta ocasião, as partes deverão impugnara decisão, de maneira fundamentada, para que seja submetida à instância superior.

A decisão de saneamento e organização, por ser decisão interlocutória é passível de recurso. Todavia, por conter em si, várias decisões interlocutórias, haverá situações em que a preclusão desta decisão, para as partes, será diferida e outras ocasiões a decisão deverá ser impugnada por agravo de instrumento.

Há que se destacar, todavia, que a taxatividade do rol do artigo 1.015, do CPC/15, está *sub judice*. Isto porque, o Superior tribunal de Justiça afetou dois recursos especiais³¹⁶ para julgamento pelo regime dos repetitivos. A tese jurídica é exatamente esta: a possibilidade de extensão do

³¹⁶ Resp 1.696.396/MT e Resp 1.704.520/MT.

agravo de instrumento para questões que, a despeito de não estarem incluídas no rol, poderem ser analisadas por meio deste recurso, numa interpretação extensiva.

No momento em que se escreveu as presentes linhas, o Tribunal não confirmou o julgamento, pendendo controvérsia sobre o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi. Neste voto, composto de 46 (quarenta e seis) laudas e muitas citações doutrinárias, a Ministra defendeu que o rol do artigo 1.015, do CPC/15 possuiria uma taxatividade mitigada, assim explicada em suas próprias palavras:

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.³¹⁷

E para contornar a insegurança jurídica das partes, em relação a possibilidade de se precluir uma questão que, por não se considerar urgente, não for impugnada por agravo de instrumento, a Ministra sustenta que apenas as questões inseridas no rol do artigo 1.015, do CPC/15 precluiriam na ausência do agravo de instrumento. Em relação às demais, haveria apenas uma antecipação do momento devido para sua impugnação.

³¹⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-nancy-cabimento-agravo-instrumento.pdf>. Acesso em: 14 de nov 2018.

A despeito da qualidade do voto da Ministra, ousa-se discordar. Da mesma forma em que se discorda da corrente que enxerga a possibilidade de o artigo 1.015, do CPC/15 ser interpretado por analogia ou interpretação extensiva.

A analogia e interpretação extensiva são técnicas utilizadas pelo juiz para integrar as lacunas jurídicas, estas entendidas “como uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”.³¹⁸ Respeitadas opiniões em contrário, não se entende que, no sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias, há lacunas, mas sim opção do legislador em apontar quais questões serão enfrentadas por meio de agravo de instrumento e quais não o serão.

Na esteira da vontade do legislador, retratada no dispositivo ora analisado, entende-se que a norma jurídica extraída é a de que o rol do artigo 1.015, do CPC/15 é taxativo.

Quanto ao critério da urgência, adotado pela Ministra, não se desconsidera a existência de questões que, logicamente, deveriam ter sido incluídas no rol do artigo 1.015, do CPC/15, inclusive, muitas dessas questões resolvida no bojo da decisão de saneamento, v.g., indeferimento de prova pericial. Entretanto, a combatitividade dos advogados levará ao extremo de se considerar todas as questões urgentes, desvirtuando o agravo de instrumento, do mesmo modo que foi desvirtuado no sistema anterior.

³¹⁸ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 276.

Ainda que a recorribilidade diferida, neste caso, não tenha sido ideal, está é a regra do sistema, sobre o qual não há lacunas, tampouco interpretação de acordo com o critério urgência.

Conclui-se, portanto, que a decisão saneadora é impugnável, ainda que resolva questões não afeitas ao rol taxativo do artigo 1.015, do CPC/15. Nestes casos, o recurso cabível contra a decisão saneadora será aquele preparado pelo legislador, a ser suscitado no ensejo da preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

5. CONCLUSÃO

A decisão de saneamento e organização do processo nasceu em Portugal, com o nome de despacho saneador. Para a criação desta decisão, os portugueses seguiram um modelo já conhecido pelos romanos, porque, desde há muito tempo os estudiosos do processo civil, entre estes os próprios romanos, perceberam as vantagens de se separar o procedimento em, no mínimo dois momentos: um voltado para a análise das questões prévias e outro para a resolução da questão principal.

No direito brasileiro, o CPC/39 aceitou o despacho saneador com a mesma denominação dada por seus criadores. Há época não se debruçava sobre a diferenciação entre despacho e decisão. Ao revés, a diferenciação imposta pelo CPC/39 decorreu da proibição de se julgar o mérito por ocasião do despacho saneador, pois a audiência de instrução e julgamento sempre foi muito cara ao legislador de 39.

O CPC/73 mostrou-se proativo no que se refere à decisão saneadora, a começar procedimentalizar uma decisão declaratória, precedida por uma fase saneadora representada pelas providências preliminares e, ao mesmo tempo, uma decisão visando a organização da fase probatória do procedimento.

O CPC/73, ainda, na esteira do direito português, instituiu a audiência preliminar, momento em que a decisão saneadora seria proferida ao lado das partes e em cooperação com elas. No entanto, a audiência preliminar

teve contornos apenas de audiência de conciliação, o que relegou a decisão saneadora para o gabinete do juiz.

O CPC/15 foi promulgado e elaborado com base no modelo constitucional do processo civil. A missão do CPC/15 não é modesta. Não há nenhuma saída, o processo civil somente pode ser entendido e estudado à luz do direito constitucional.

Não por outra razão, a decisão de saneamento e organização do processo ainda manteve o *status* de fase de saneamento, que lhe fora dado pelo código revogado. Mas, foi além e, pautado no princípio da cooperação, razoável duração do processo e acesso à justiça, entre outros, criou três procedimentos diversos para surgimento desta decisão no processo.

Dentro dessas inovações, o presente trabalho se propôs a estudar esses novos procedimentos e seus impactos dentro do processo. Feitas estas sucintas explicações, conclui-se, portanto, em relação à decisão de saneamento e organização do processo:

(i) tem natureza de decisão interlocutória complexa, ou seja, dentro desta decisão há outras decisões interlocutórias, a depender do litígio;

(ii) é um dos três pronunciamentos judiciais contemplados na fase de julgamento conforme o estado do processo;

(iii) esses pronunciamentos são excludentes entre si, ou seja, a decisão de saneamento e organização do processo pressupõe o juízo

positivo de admissibilidade do processo e da ação e a necessidade de se produzir provas para elucidações das questões de fato;

(iv) o juiz não fica vinculado ao juízo positivo de admissibilidade do processo e da ação, até que profira a decisão de saneamento e organização, na medida em que o artigo 357, I, do CPC/15 é a última oportunidade de o juiz extinguir o processo, sem resolução do mérito no caso de se verificar a inexistência de pressupostos processuais e condições da ação;

(v) independentemente do procedimento adotado para a decisão saneadora, é esta decisão em que se redistribui o ônus da prova;

(vi) na decisão de saneamento e organização do processo o juiz deverá delimitar as questões de fato e de direito e, entre essas, havendo questões prejudiciais, informar as partes que a decisão dessas questões transitará em julgado;

(vii) a decisão de saneamento e organização do processo, ao fixar as questões prejudiciais, induz litispendência, impedindo que essas questões sejam objeto de outros processos judiciais;

(viii) a estabilidade da decisão de saneamento nada mais é do que espécie do gênero preclusão de questões decididas, que vincula apenas o juiz de primeiro grau;

(ix) o pedido de esclarecimentos ou ajustes é sucedâneo recursal que não se confunde com os embargos de declaração;

(x) o que viabiliza o pedido de esclarecimentos ou ajuste é a dúvida do interlocutor, que não pressupõe vício na decisão. Esta dúvida não se confunde com aquela que, para Barbosa Moreira, estaria contemplada no vício da obscuridade;

(xi) o pedido de esclarecimentos ou ajustes não suspende prazo para oposição de nenhum recurso, ou seja, a utilização deste sucedâneo, no mesmo prazo de oposição dos embargos de declaração, impede a utilização deste em razão da preclusão temporal.

(xii) a decisão de saneamento e organização do processo tem recorribilidade ampla, porém, a depender da questão decidida, esta recorribilidade será diferida, haja vista que o rol do artigo 1.015, do CPC/15 é taxativo.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, vol. I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1943, vol. IV.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Qualificação jurídica do fato feita equivocadamente dá azo a rescisória – art. 485, V*. Revista de Processo. V. 76, p. 164-175, out/dez.1994.

_____. *Ação Popular*. Revista de Processo v. 32 p. 163-177, out./dez. 1983.

_____. *Ensaio sobre a litispendência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, vol. I

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. *O novo regime do Agravo*. São Paulo: RT, 2.ed., 1996, p. 299.

ASSIS, Jacy de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Forense, 1979, v. II. tomo II.

BARBI, Celso Agrícola. *Despacho saneador e julgamento do mérito*. Aula Inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1º de março de 1968. Disponível em:<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/400/372>>. Acesso em: 05 abr. 2018

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. *Revista de Processo*. v. 105, p. 181 – 190, jan - mar 2002.

_____. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: 1967. 132 f. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1967.

_____. Do Saneamento do Processo e Audiência Preliminar. *Revista de Processo*. v. 40, p. 109-135, out/dez.1985.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V São Paulo: Forense, 1974.

BATOQUE, António, ABRANCHES, António Cesar. *Curso de processo ordinário, sumário e sumaríssimo civil e comercial*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1932. p. 248.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento do processo*. São Paulo, 2012. 201 f. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso Especial e Ação Rescisória: Controle da Ofensa à Norma Jurídica (com comentários ao PL 8046/2010)*. Ada

Pellegrini Grinover e Petronio Calmon (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. 19 ed. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, vol. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II*. São Paulo: Saraiva, 1943.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Da coisa julgada: arts. 502 a 508. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III.

_____. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A Nova Era do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo, Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III,

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*., Rio: Forense, 1959, v. III.

DANTAS, Bruno. Art. 938. In *Comentários ao Código de Processo Civil*. Saraiva: São Paulo, 2017, Cassio Scarpinella Bueno (Coord), vol. 4.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Interesse Recursal Complexo e Condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas Impressões Sobre a Apelação Autônoma do Vencedor*. Revista de Processo, São Paulo. v. 249, p. 233-238, jan/mar.1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 767, p.737-753, set. 1999.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. José Bushatsky*. São Paulo: Beestbook, 1976.

_____. *Manuale di Diritto Procesuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, vol. I.

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Alcides de Mendonça. Do Saneamento do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 60, p. 7-14, out./dez.1990

LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 204, 2012.

_____. Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão. *Revista de Processo*. v. 23 p. 45-60, jul/set.1981.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro: de acordo com o novo CPC*. 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas de acordo com o Novo CPC e a Lei nº 13.256/2016*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAGALHAES, Jose Barbosa. *Estudos sobre o Novo Cód. De Processo Civil*. Lisboa, 1940. vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense., 1959, v. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, vol. I.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. III, p. 419.

_____. *Código de Processo Civil com índice Alfabético e analítico*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1939.

_____. LEAL, Victor Nunes. *Código de Processo Civil com índice alfabético e analítico precedido de exposição de motivos do Ministro Francisco Campos*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1939

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDONÇA NETO, Deslosmar. *Litispendência, Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa Julgada à Luz do Novo CPC/15*. Revista Forense: Rio de Janeiro. Vol. 426, p. 333, julho/dezembro, 2017.

MENESTRINA. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. Vienna:Ditta Editrice di corte e d'università MANZ, 1904

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*., São Paulo: RT, 2005, vol. I.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IV.

NERY JR., Nelson. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord). Saraiva: São Paulo, 1996.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Antonio Castanheira. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal Justiça como tribunal de revista*. Digesta v. 1: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Agravo Retido e sua interposição com a denominação de agravo no auto do processo*. Revista de Processo, São Paulo. v. 17, p. 227-238, jan/mar.1980.

OLIVEIRA NETO, Olavo, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2016, vol. II.

_____. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. III.

_____. *Esboço de uma Teoria das Nulidades*. Revista de Processo. v. 56, p. 7-20, out/dez.1989.

PEYRANO, Jayme W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, São Paulo, v. 217, p. 205 – 224, mar. 2013.

_____. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*. Revista de Processo, São Paulo, v. 185 p. 107 – 116, jul. 2010.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REDENTI, Enrico. *Profili Pratiche del Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1939.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1953, vol. II.

ROSA, Eliézer. *Do Despacho Saneador como sentença interlocutória*. Rio: GB, 1967.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1964.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2013.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. único, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Técnica Forense e Prática Processual*. 5. ed. Rio: Forense, 1972.

_____. *Vocabulário Jurídico*, 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Coord). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Do julgamento conforme o Estado do Processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO E NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 381.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. RT: São Paulo, 2000.

_____. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de processo*. v. 92, p. 52-70, out/dez.1998.

_____. *Embargos de Declaração e Omissão Judicial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição do processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.