

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rodrigo Castro Vilela

**O SANEAMENTO NO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO:
garantia e dever jurisdicional**

Belo Horizonte
2024

Rodrigo Castro Vilela

**O SANEAMENTO NO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO:
garantia e dever jurisdicional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Área de concentração: Democracia,
Constituição e Internacionalização

Linha de pesquisa: O Processo na Construção
do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V699s	Vilela, Rodrigo Castro O saneamento no processo constitucionalizado: garantia e dever jurisdicional / Rodrigo Castro Vilela. Belo Horizonte, 2024. 105 f. Orientador: Vitor Salino de Moura Eça Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Brasil. Código de processo civil (2015). 2. Processo civil - Aspectos constitucionais. 3. Despacho saneador (Direito processual). 4. Celeridade (Direito). 5. Função jurisdicional. 6. Decisão judicial. 7. Estado democrático de direito. 8. Direitos e garantias individuais. I. Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. SIB PUC MINAS CDU: 343.232
-------	--

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Rodrigo Castro Vilela

**O SANEAMENTO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO:
garantia e dever jurisdicional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização

Linha de pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Lúcio Delfino – UNIUBE (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior – UFRRJ (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 12 de abril de 2024.

*Aos meus pais, Filomena e Geovani, aos meus irmãos, à minha noiva Bruna.
Aos operadores do direito que labutam com ética e coragem.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por conceder o dom da vida e toda a infinitude de possibilidades que dele decorre. Também à minha mãe Filomena, por toda a sabedoria compartilhada, pelo despertar do poder da educação e em especial pelo apoio irrestrito durante toda esta jornada.

Expresso também minha gratidão à Universidade Federal de Ouro Preto e à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituições de excelência que me acolheram durante a graduação e agora no curso de mestrado, às quais devo toda a oportunidade de capacitação que me foi concedida. Agradeço, individualmente, a cada um dos profissionais que, durante todo o curso de mestrado, fizeram da PUC Minas um ambiente acolhedor e estimulante, extremamente propício ao desenvolvimento das atividades acadêmicas.

Em especial, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça, profissional de competência e conhecimento ímpar e pessoa igualmente empática, cuja gentileza transborda a todos que o circundam. Certamente, todo o meu desenvolvimento intelectual durante esta jornada não seria possível sem a sua participação.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sempre abertos ao diálogo, e a todos os colegas, cuja interlocução foi essencial para o aperfeiçoamento desta pesquisa. Também aos demais professores que, durante a minha jornada até aqui, desde o colégio à graduação, me guiaram sempre no caminho estimulante do conhecimento.

À Direcional Engenharia, companhia em que trabalho desde 2017 e que incentiva, verdadeiramente, o aperfeiçoamento de seus colaboradores. Não poderia deixar de agradecer à Laura Henriques, grande desafiadora, incentivadora e propiciadora deste curso de mestrado, e também ao Marcos Campolina, sempre agregador e extremamente compreensivo com meus compromissos acadêmicos.

Minha gratidão especial à minha noiva Bruna, pelo incentivo diário, pelo carinho e pela verdadeira compreensão durante este período de estudos intensos e, muitas vezes, de pouca disponibilidade.

Agradeço também aos amigos e familiares que me incentivaram neste caminho pelo conhecimento.

E não poderia deixar de agradecer também o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), imprescindível para a conclusão deste curso de mestrado.

Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, a lesa no patrimônio, honra e liberdade (BARBOSA, 2019, p. 58).

RESUMO

A pesquisa desenvolvida na forma de dissertação de mestrado tem como tema central o instituto do saneamento do processo dentro da perspectiva do processualismo constitucional democrático. A partir do estudo dos antecedentes históricos até o Código de Processo Civil de 2015, passando pela análise da legislação estrangeira sobre o tema, a etapa de saneamento e organização do processo foi analisada de forma abrangente, no intuito de formular um novo conceito para o instituto, compatível com a decidibilidade democrática e levando em consideração o objeto ampliado que esta relevante etapa processual adquiriu após a edição do Código de Processo Civil vigente. Partindo da premissa de jurisdição (adequada) e de razoável duração do processo como garantias constitucionais do jurisdicionado frente ao Estado Julgador, foram apresentadas propostas do que seriam as mais adequadas técnicas (constitucionalizadas), para cada uma das fases de organização e saneamento do processo, compatíveis com dever de participação e com os princípios do contraditório como garantia de influência e não surpresa, típicos do modelo constitucional de processo. O estudo tem como objetivo fornecer uma base sólida para a compreensão do instituto do saneamento e de sua relevância dentro do processo, de forma a estabelecer, a partir da etapa de organização e saneamento, um verdadeiro roteiro de organização e julgamento, vinculativo a todos os sujeitos processuais, de modo a conferir celeridade, participatividade e legitimidade ao provimento final.

Palavras-chave: Saneamento do processo. Organização processual. Processualismo constitucional. Decidibilidade democrática. Razoável duração do processo.

ABSTRACT

The research developed in the form of a master's dissertation has as its central theme the institute of sanitation of the process from the perspective of democratic constitutional proceduralism. Starting with a study of the historical background up to the 2015 Code of Civil Procedure, including an analysis of foreign legislation on the subject, the stage of sanitation and organization of the process was analyzed in a comprehensive manner, with the aim of formulating a new concept for the institute, compatible with democratic decidability and taking into account the expanded object that this relevant procedural stage acquired after the edition of the current Code of Civil Procedure. Starting from the premise of (adequate) jurisdiction and reasonable time of the process as constitutional guarantees of the people against the Judging State, proposals were made for what would be the most appropriate (constitutionalized) techniques for each of the phases of organization and sanitation of the process, compatible with the principles of participation, the adversarial process as a guarantee of influence and non-surprise, typical of the constitutional model of process. The aim of the study is to provide a solid basis for understanding the institute of the sanitation of the process and its relevance within the process, in order to establish, from the stage of organization and sanitation, a true roadmap for the organization and judgment of the process, binding on all procedural subjects, in order to give speed, participation and legitimacy to the final judgment.

Keywords: Sanitation of the process. Procedural organization. Constitutional proceduralism. Democratic decision-making. Reasonable time of proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

ZPO – Zivilprozessordnung

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O SANEAMENTO NO BRASIL E NO MUNDO.....	15
2.1	Antecedentes históricos.....	15
2.2	O Código de Processo Civil de 2015	21
2.3	A legislação estrangeira e o saneamento do processo	25
2.3.1	<i>Código de Processo Civil (Português) de 2013</i>	<i>25</i>
2.3.2	<i>Codice di Procedura Civile (Italiano) de 1942.....</i>	<i>28</i>
2.3.3	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanhola) de 2000.....</i>	<i>30</i>
2.3.4	<i>Zivilprozessordnung (Alemão) de 1877</i>	<i>32</i>
2.3.5	<i>Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion (Argentina) de 1981</i>	<i>34</i>
2.4	Breves considerações sobre o estudo comparativo	36
2.5	Conceito.....	37
3	ATIVIDADE SANEADORA E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA	41
3.1	Jurisdição como garantia	41
3.2	Celeridade como garantia	46
3.3	Introdução às técnicas de organização e saneamento do processo	51
3.4	Interpretação constitucional do artigo 357 do CPC.....	55
3.4.1	<i>As questões processuais pendentes</i>	<i>55</i>
3.4.2	<i>As questões de fato e os meios de prova admitidos.....</i>	<i>61</i>
3.4.3	<i>As questões de direito relevantes para a decisão do mérito.....</i>	<i>65</i>
3.4.4	<i>A participação e a audiência de organização e saneamento</i>	<i>67</i>
3.4.5	<i>A calendarização e o negócio jurídico processual</i>	<i>75</i>
3.5	A prova, o ônus da prova e a sua distribuição	79
3.5.1	A prova	80
3.5.2	O ônus da prova e sua distribuição	82
3.5.3	A técnica de distribuição do ônus da prova	87
3.6	Da estabilidade e da recorribilidade da decisão saneadora	91
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
	REFERÊNCIAS.....	101

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação de mestrado tem como tema o instituto do saneamento no processo civil brasileiro e, a partir das alterações legislativas introduzidas no ordenamento pelo Código de Processo Civil de 2015, buscou-se formular um novo estudo do instituto, agora sob a perspectiva do constitucionalismo processual democrático, partindo-se da premissa constitucional de que o adequado saneamento do processo constitui garantia do jurisdicionado e dever da Função Judiciária do Estado.

O estudo estruturou-se pelo marco teórico do processualismo constitucional democrático, por meio de obras como Técnica processual e Teoria do Processo, de Aroldo Plínio Gonçalves; Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias; Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas, de Vicente de Paula Maciel Junior; Direito Processual do Trabalho, de Vitor Salino de Moura Eça; Teoria Geral do Processo, de Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Quinaud, dentre outras, em que pese utilizar, como ponto de partida em relação ao instituto do saneamento, a obra Despacho Saneador de Galeno Lacerda¹ em razão da sua relevância no campo processual brasileiro, especialmente pelo pioneirismo na disseminação do instituto do saneamento na doutrina nacional.

Foram utilizadas, ainda, na pesquisa, inúmeras obras específicas acerca do instituto do saneamento, desde a já citada obra clássica de Galeno Lacerda, como obras recentes de novos expoentes do processo, como O novo saneamento do processo, de Gustavo Gonçalves Gomes; Saneamento do processo, de Camila Victorazzi Martta; Técnica de saneamento e organização do procedimento no Código de Processo Civil, de Alexandre Varela de Oliveira; O ônus da prova no processo democrático, de Camilla Mattos Paolinelli, dentre outros.

A pesquisa está dividida em dois grandes capítulos, além da introdução e das considerações finais, sendo o primeiro dedicado à reconstituição dos antecedentes históricos do instituto do saneamento, seguido pela análise do contexto histórico-

¹ A utilização da obra instrumentalista de Galeno Lacerda como ponto de partida da pesquisa se dá em razão da sua relevância no campo processual brasileiro, especialmente pelo pioneirismo na disseminação do instituto do saneamento na doutrina nacional, o que não implicará, em hipótese alguma, em abandono do processualismo constitucional democrático como referencial teórico, o qual permaneceu em toda a pesquisa.

político em que foi redigido o Código de Processo Civil de 2015. Logo após, analisamos os ordenamentos jurídicos português, italiano, espanhol, alemão e argentino, no que se refere ao instituto do saneamento no processo, estabelecendo comparativos entre os ordenamentos pesquisados e especialmente em relação ao ordenamento brasileiro. Ao final do primeiro capítulo, buscamos elaborar um novo conceito de saneamento do processo que expressa a abrangência e o potencial que vislumbramos nesta relevante etapa do processo.

Já no segundo e principal capítulo do presente estudo, abordaremos a atividade saneadora sob a perspectiva constitucional do processo. De início, demonstraremos as razões pelas quais partiremos da premissa constitucional de jurisdição e celeridade como garantia dos jurisdicionados em face do Estado Julgador. Depois, serão abordadas as técnicas de organização e saneamento do processo previstas expressamente no Código de Processo Civil, bem como a nossa leitura constitucionalizada sobre a mais adequada forma de aplicação de tais técnicas. Ainda tratando das técnicas, optamos por dedicar um subcapítulo exclusivo para a técnica de distribuição do ônus da prova, considerando sua relevância dentro desta etapa processual e a dificuldade que se verifica, na prática forense, quanto ao domínio do assunto pelos operadores do direito. Abordaremos ainda a estabilidade e a recorribilidade da decisão de organização e saneamento.

Como resultado desta pesquisa, pretendemos demonstrar que o novo instituto do saneamento do processo, a partir de seu objeto ampliado e de sua implementação cogente, ou seja, como etapa obrigatória do processo – como dever do magistrado em proceder com o adequado saneamento e das partes em fiscalizar o cumprimento desta etapa processual e de cooperar para que ela se efetive – possibilita aos sujeitos processuais inúmeras técnicas procedimentais hábeis e eficientes para supressão de dilações indevidas, como também expande o grau de participação efetiva destes sujeitos na produção do provimento final.

A pesquisa foi desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, sob orientação do Prof. Dr. Vitor Saline de Moura Eça, na linha de pesquisa O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, área de concentração Democracia, Constituição e Internacionalização, e contou com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 O SANEAMENTO NO BRASIL E NO MUNDO

Conforme já introduzido no capítulo anterior, este capítulo tem por objetivo a reconstituição dos antecedentes históricos do instituto do saneamento e estabelecer um paralelo com a legislação estrangeira atual, em confrontação ao nosso ordenamento, no que se refere ao instituto do saneamento no processo civil, especialmente diante das alterações introduzidas a partir do Código de Processo Civil de 2015.

O primeiro subcapítulo se dedica a uma introdução objetiva acerca dos antecedentes históricos do instituto do saneamento, para fins de melhor contextualização, até a redação atual que dispõe sobre a matéria no Código de Processo Civil de 2015, que será objeto do segundo subcapítulo.

Em seguida, analisamos os ordenamentos jurídicos² português, italiano, espanhol, alemão e argentino, no que se refere ao instituto do saneamento no processo, estabelecendo comparativos entre os ordenamentos pesquisados, buscando classificá-los quanto aos aspectos relevantes percebidos durante a pesquisa, bem como registrar, criticamente, as principais semelhanças e distinções verificadas, tanto entre os referidos ordenamentos, mas especialmente em relação ao ordenamento brasileiro.

2.1 Antecedentes históricos

A busca por economia processual não é exclusividade do judiciário brasileiro e tampouco da contemporaneidade. Em recente estudo sobre o instituto do saneamento do processo, Camila Victorazzi Martta pontua que tanto Eliézer Rosa quanto Galeno Lacerda já defenderam certa analogia entre o instituto do saneamento ao processo formular romano (MARTTA, 2020, p. 37).

Galeno Lacerda justifica essa proximidade no poder do pretor de conceder ou negar a *actio*. Segundo o autor, neste período, o juiz examinava o libelo e podia recusar a ação caso fosse contrária ao Direito ou à moral, o que também se seguiu

² A escolha dos ordenamentos português, italiano, espanhol, alemão e argentino, se deu, tanto em razão da tradição da *civil law* comum a todos esses ordenamentos, como também pela influência exercida pelos referidos ordenamentos europeus em nosso ordenamento, tendo o argentino sido escolhido em razão da origem remota comum, bem como pela proximidade da posição territorial, formacional e política deste país com a posição do Brasil.

no período da *judicia extraordinaria*, quando o processo oral passou a dar espaço ao escrito, permanecendo o poder do juiz de recusar a ação, bem como a possibilidade de acolher a exceção proposta pelo réu e declarar automaticamente o fim da demanda (LACERDA, 1990, p. 14).

Por sua vez, Eliézer Rosa concorda que, na sua essência, o saneamento processual é a repriminção das fases *in iure* e *in iudicio* do processo formular romano, contudo, pontua que, no que diz respeito à forma, este teria se originado por sugestão do legislador português (ROSA, 1947, p. 333).

Em que pese as considerações de Eliézer Rosa, todos estes autores reconhecem que, com o início das invasões bárbaras e a queda do Império Romano, várias formas de processo se chocaram, ganhando destaque o processo germânico, até mesmo em razão da forte influência do processo romano que aquele já havia suportado. Neste momento histórico, apesar de a função de julgamento competir às assembleias populares, era o juiz quem tinha a atribuição de orientar sobre a produção de provas e sobre os debates processuais, o que também constitui um indício de influência no saneamento processual conforme conhecemos hoje.

No processo canônico, influenciado tanto pelo processo germânico como pelo romano, também é possível perceber a existência de atividades saneadoras, ainda que de forma primitiva, considerando a manutenção do processo formalista e ganhando destaque os institutos da *litis contestatio*, do recurso da *appellatio*, da *querela nullitatis insanabilis*, e da execução na forma de *praeceptum de solvendo* (MARTTA, 2020, p. 38).

O próprio processo civil português sofreu influência do direito romano, das interferências legislativas decorrentes das invasões bárbaras e ainda do direito canônico. Por sua vez, o ordenamento brasileiro, como colônia de Portugal por mais de três séculos, foi amplamente influenciado pelo reino português (PAULA, 2002, p. 39).

Assim, estando no direito português a origem, formal, do despacho saneador, instituto mais próximo do que conhecemos hoje no direito brasileiro como saneamento do processo (LACERDA, 1990, p. 36), é importante investigar como se deu sua positivação no ordenamento lusitano.

Segundo Arruda Alvim, em razão do anseio pela regulamentação precisa da divisão entre as questões preliminares e as de mérito, nasceu, em Portugal, o despacho saneador (ALVIM NETTO, 1970, p. 53-85).

Foi nas Ordenações Filipinas – que vigoraram em Portugal desde o início do século XVII até a elaboração do Código Civil Português de 1867 e no Brasil até a vigência do Código Civil de 1916 – que se verificou uma forte tendência de divisão do processo por fases, ocasião em que, segundo Flávio Pâncaro da Silva, foi observado o primeiro vestígio do despacho saneador, cujo objetivo era evitar prejuízo à celeridade e à economia processual (SILVA, 1985, p. 13-29).

Naquela época, já era frequente a chegada de processos aos tribunais com erros grosseiros quanto à forma, demandando a devolução dos processos à origem para retificações, incorrendo, por consequente, em ineficiência da prestação jurisdicional.

Foi neste contexto que, em 1840, foi editada a Circular 152 da Procuradoria Régia de Lisboa, destinada aos então magistrados do Ministério Público – denominados hoje de promotores –, recomendando que procurassem evitar nulidades e que fizessem suprir em tempo aquelas que poderiam ser supridas, sob pena de responsabilização em suas fichas funcionais pelo então Procurador Régio.

Diante deste cenário, os agentes do Ministério Público, com anuência dos advogados, buscavam, junto ao juízo, uma audiência imediatamente após o término da fase postulatória, justamente no intuito de tratar possíveis nulidades, evitando o desperdício de jurisdição, bem como anotações negativas em suas reputações profissionais (MARTTA, 2020, p. 40-41).

Contudo, foi apenas no início do século XX, a partir do artigo 9º do Decreto 3, de 1907, que o despacho saneador foi pela primeira vez positivado no ordenamento português com a denominação de despacho regulador do processo, destinando exclusivamente ao conhecimento das nulidades (LACERDA, 1990, p. 40):

Art. 9º. Em seguida á ultima resposta das partes ou á nomeação e impugnação dos peritos, e dentro de cinco dias, o juiz proferirá despacho para os fins seguintes:

1.º Conhecer de quaesquer nulidades insupríveis, e das supríveis, que as partes hajam devidamente arguido; mas neste caso só annullará o processado ou mandará suprir a irregularidade, quando a nullidade puder influir no exame ou decisão da causa;

2.º Mandar passar cartas precatórias, quando hajam de ter logar;

3.º Designar dia, dentro dos dez immediatos, quando não haja diligencias a realizar, para julgamento da acção [...] (PORTUGAL, 1907, p. 402).

Em 1926, com a publicação do Decreto 12.353, de 1926, o processo foi efetivamente dividido em duas etapas (postulatória e decisória), sendo o juiz obrigado a proferir uma sentença de forma (LACERDA, 1990, p. 41) após a fase postulatória, sendo o objeto desta decisão ampliado para, além das nulidades, verificar a legitimidades das partes, a regularidade de suas representações, além de questões preliminares e prejudiciais de mérito.

José Alberto dos Reis, professor português que propôs a nomenclatura despacho saneador em 1926, quando se empreendeu a reforma do processo civil português, defendia que o despacho saneador:

destinava-se, inteiramente, a limpar e desembaraçar o processo das questões que podiam obstar à apreciação do mérito da causa; hoje destina-se não só a isso, mas ainda a decidir mesmo as questões de mérito que possam ser arrumadas antes de se entrar na fase da instrução de discussão da causa. O princípio fundamental a que obedeceu a criação do despacho é o princípio da economia processual. Para que deixar para a sentença final questões que podem perfeitamente ser resolvidas no termo dos articulados? Poder é neste caso dever (REIS, 1929, p. 183).

Com o passar dos anos, a jurisprudência tratou de ampliar ainda mais o objeto do despacho regulador, e em 1930, com a publicação do Decreto 18.552 de 03 de julho de 1930, foi positivada a possibilidade de conhecimento, pelo juiz, de todas as demais questões para cuja decisão o processo lhe forneça elementos necessários (MARTTA, 2020, p. 42), tal como já vinha sendo defendido pelo Prof. José Alberto dos Reis.

Tais dispositivos normativos influenciaram o ordenamento português desde então, prevalecendo este status de decisão gerenciadora do processo nas edições do Código de Processo Civil Português de 1961 e atualmente no Código de Processo Civil Português de 2013.

Passando agora ao ordenamento brasileiro, embora o despacho saneador já estivesse presente no Regulamento 737, de 1850 (o então Código de Processo Commercial) e no Regulamento 763, de 1890 (MAZZEI, 2016, p. 41-67), e de outras legislações esparsas, também sob influência dos decretos portugueses supracitados, este status gerencial incorporado pelo legislador português somente foi introduzido em nosso ordenamento, ainda que de forma apartada (apenas na legislação estadual), em 1928, com a edição do Código de Processo Civil do Estado do Mato Grosso, que optou por reproduzir o modelo português de despacho saneador do mencionado Decreto (português) 12.353, de 1926 (TALAMINI, 1997).

O Código de Processo Civil de 1939 é resultado, então, da necessidade de unificação do sistema processual civil brasileiro – até então os estados tinham autonomia para edição de seus códigos processuais – e do clamor, à época, por uma reforma orientada aos princípios da oralidade e da concentração dos atos do processo, em busca de ampliar o acesso à justiça mediante celeridade e economia processual. Tudo isso sob influência das Constituições de 1934 e 1937.

A própria exposição de motivos do Código de 1939 revelava o caráter público da relação processual, cabendo ao juiz o gerenciamento do processo. Nesse contexto, caberia ao magistrado examinar e eliminar eventuais vícios processuais, de ofício, mas limitados aos pressupostos processuais, nulidades sanáveis e irregularidades, com foco na economia processual (MARTTA, 2020, p. 45-46).

A Reforma de 1942 (Decreto-lei 4.565) ampliou a incumbência do juiz para determinar também o exame do “requisito do legítimo interesse econômico ou moral da parte”. Depois, o Decreto-lei 8.570, de 1946, delineou, de forma mais objetiva, as funções do magistrado ao proferir o saneador.

Estava claro, na época, o esforço que o juiz deveria empregar para sanar todas as irregularidades do processo, cumprindo um rigoroso *iter* processual, para que o processo chegasse limpo ao exame do mérito, o que revelava a preocupação do legislador com a eficiência do processo.

Mais adiante, após a primeira metade do século passado e diante do crescimento econômico experimentado, especialmente no governo Vargas, marcado pelo relevante processo de urbanização decorrente do desenvolvimento das cidades, o saneamento do processo foi gradativamente perdendo espaço no ordenamento brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 1973, em que pese a relevância da obra de Galeno Lacerda – publicada pela primeira vez em 1953 –, precursora do debate do despacho saneador no cenário processual brasileiro.

Diante do relevante aumento demográfico, da multiplicação de comarcas e do aumento das relações jurídicas que, irremediavelmente, refletiam no número de processos, surgiu a necessidade de uma reestruturação da Função Judiciária do Estado, vindo a mitigar, ainda que de forma velada, os princípios da oralidade e da imediatidade do juiz, outrora tão celebrados no código anterior – Código de Processo Civil de 1939 (MARTTA, 2020, p. 62-63).

Assim, a atividade de saneamento, após a publicação do Código de Processo Civil de 1973, afastou o contato com as partes, de forma que o saneamento se dava estritamente por decisão escrita do juiz nos autos.

Por outro lado, é verdade que o objeto do despacho saneador aumentou, ou seja, a atribuição do magistrado no momento do saneamento, especialmente se considerarmos a maior rigidez com os requisitos da inicial, a advertência de revelia logo no ato de citação, além das possibilidades de julgamento antecipado do mérito e de extinção por inadequação da forma já na ocasião do saneamento (LIMA, 1976, p. 26-42).

Foi logo após a publicação do Código de Processo Civil de 1973, ainda no período de *vacatio legis*, que foi alterada por lei (Lei 5.925/1973) a expressão “despacho saneador” para “saneamento do processo”, considerando a natureza completamente decisória do instituto, o que já se verificava desde então.

Somente com a reforma de 1994, com o advento da Lei 8.952/94, que houve uma tentativa de revalorização da oralidade e da imediatidade do juiz, mediante a previsão de uma audiência de conciliação logo após o encerramento da fase postulatória – com exceção das hipóteses de extinção antecipada do feito, com ou sem resolução de mérito.

Essa audiência, que ficou conhecida por audiência preliminar, era destinada à tentativa de conciliação e à concentração da organização e saneamento do feito, sempre com a participação das partes e na presença do juiz. No contexto político, pode-se dizer que foi uma resposta do legislador à influência do Código de Processo Civil Tipo para a América Latina, debatido em âmbito internacional (ALCÂNTARA, 2004).

Também não se pode negar que a audiência preliminar da reforma de 1994 nos remete ao tradicional despacho saneador luso-brasileiro, bem como introduz no ordenamento, de forma ainda bastante comedida, o dever de colaboração que mais tarde seria prestigiado com mais vigor no Código de Processo Civil de 2015 (DINAMARCO, 1998, p. 116-117).

Em 2002, uma segunda reforma retrocedeu fortemente quanto ao reconhecimento do saneamento como *iter* processual imprescindível ao devido processo legal, ao dispor que seria dispensável a realização da audiência preliminar nas causas que tratassem de direitos indisponíveis.

A mudança legislativa trouxe a clara mensagem ao operador do direito de que a audiência teria como primordial função a tentativa de conciliação (e não a organização e saneamento do feito), abrindo espaço para interpretações distintas pelos magistrados, inclusive quanto à possibilidade de pular esse estágio processual, utilizando-se do argumento de que, mesmo nos casos em que coubesse a transação, a tentativa de conciliação poderia ser postergada para o ato da instrução (MARTTA, 2020, p. 66-69).

Enfim, as mudanças legislativas no saneamento do processo, desde a publicação do Código de Processo Civil de 1973 e especialmente após a reforma de 1994 e a reforma da reforma de 2002 (DINAMARCO, 2003), além de não conseguirem resolver o problema da eficiência, refletiram em menosprezo doutrinário e jurisprudencial para com o saneamento e a organização do processo (MARTTA, 2020, p. 71).

Foi neste cenário que o Código de Processo Civil de 2015 nasceu, buscando resolver a mesma questão da eficiência, intimamente ligada à economia processual e à razoável duração do processo, agora por meio da valorização de institutos e princípios até então rechaçados ou subvalorizados pela legislação anterior, visando, no fim, a concretização das garantias constitucionais do processo.

Conforme abordaremos em seguida, neste novo contexto de busca pela consecução da democratização processual, de protagonismo do cidadão frente ao Estado, o Código de Processo Civil de 2015 foi editado para reafirmar garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988, cuja concretização encontrava dificuldade diante da incompatibilidade do código anterior, publicado no contexto da Ditadura Militar, com a nova ideologia constitucional que deveria refletir na legislação infraconstitucional.

2.2 O Código de Processo Civil de 2015

O despacho saneador, tal como previsto no artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, deixou de ser um ato solipsista do magistrado, conforme se verificava

desde o aniquilamento³ da audiência preliminar obrigatória no Código de Processo Civil de 1973:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Na nova legislação, o momento do saneamento transformou-se em uma etapa participativa dos sujeitos processuais, objetivando a maximização dos resultados com o menor custo processual possível – econômico e temporal –, evitando, sobretudo, dilações indevidas (MARTTA, 2020, p. 80-82).

Contudo, antes de adentrarmos nos aspectos principiológicos do Código de Processo Civil de 2015 e nas consequências destes aspectos para o instituto do saneamento, é importante rememorarmos, de forma bastante simplificada, a sistematização histórica do processo até chegarmos ao processualismo constitucional democrático, movimento inspirador do novo código. Para tanto, utilizaremos da proposta elaborada pelos professores Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, tendo como ponto de partida o contexto pós-revoluções burguesas.

³ Ressalvamos que o § 1º do art. 1.046 do CPC de 2015 consignou que as disposições do CPC de 1973 relativas ao procedimento sumário ainda aplicar-se-ão às ações propostas até o início da vigência do novo código e não sentenciadas.

Nesta fase denominada de liberalismo processual, típica do Estado Liberal Burguês, destacaram-se as seguintes características: adoção do princípio da escritura; domínio do processo pelas partes; longa duração do processo em decorrência do formalismo exacerbado; posição espectadora do magistrado e atividade decisória essencialmente mecânica, ocasionada, em grande medida, pela adoção rígida do princípio dispositivo (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 83-86).

Posteriormente, no final do século XIX e com acentuação no século XX, uma nova fase processual ganhou força a partir do paradigma do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) e da ruptura com a perspectiva liberal. Nessa fase, denominada socialização processual, houve um agigantamento da atuação do Estado, ganhando destaque a preocupação com as questões sociais. Verificou-se, neste sentido, um Estado ingerente nas relações judiciais, conforme percebemos ao descrever algumas alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1939, tratadas no subcapítulo anterior.

Dentre as principais características da socialização processual, podemos destacar a busca pela simplificação procedimental, inclusive com a adoção do princípio da oralidade, mas principalmente o protagonismo judicial: ativismo técnico e institucional e aumento dos poderes oficiosos do magistrado. Em termos gerais, o processo passou a ser entendido como instituição pública de bem-estar social. Em que pese as críticas que reservamos quanto a este protagonismo judicial, é necessário reconhecer a relevante contribuição desta fase (socialização) processual para a ampliação do acesso à justiça (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 86-104).

Depois, no final do século XX, com o recrudescimento do discurso neoliberal, mediante promessa de implementação de um “ajustamento macroeconômico” nos países em desenvolvimento (*Consenso de Washington*), reforçou-se, no Brasil, a partir da década de 1990, o fundamentalismo do livre mercado. Nesse novo contexto político, incompatível com a teoria intervencionista e socializadora do processo, deu-se início à fase denominada neoliberalismo processual.

Como atributos da nova fase, podemos mencionar a preponderância da produtividade sobre a correição, o sucateamento dos órgãos jurisdicionais, a busca pela produção massificada de provimentos, a sumarização da cognição e um novo fortalecimento do papel do magistrado, agora para atendimento aos imperativos do

mercado e não mais com objetivo socializante (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 105-122).

Foi na fase do neoliberalismo processual que verificamos, no Brasil, a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que tinha como objetivo central o aumento da produtividade da função judiciária do Estado. O reflexo dessa fase é claramente perceptível nas reformas processuais de 1994 e 2002, também já relatadas no subcapítulo anterior.

Mais recentemente, com o fortalecimento dos anseios democráticos pela participação efetiva na formação dos provimentos e pela concretização dos direitos fundamentais, verificou-se um movimento nos Estados Democráticos de Direito pela democratização processual.

Nesta esteira, podemos destacar como atributos da nova fase processual: o fortalecimento dos demais sujeitos processuais – policentrismo – a interdependência desses sujeitos, mantida a autoridade do magistrado, a garantia de participação e influência no provimento final, o Estado Julgador como garantidor de direitos e garantias fundamentais, a processualização do exercício do Poder e a adoção – ou tentativa de implementação – do processo constitucional:

O Processualismo Constitucional Democrático defende a interpretação e a implementação do processo a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado social e a partir de um policentrismo processual (com importância e divisão de papel entre todos os envolvidos), de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 122-126).

Estabelecido um paralelo entre a evolução do instituto do saneamento do processo e a sistematização histórica, até a fase da democratização processual, é possível agora compreender, ainda que de forma superficial, o contexto social-político-econômico que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015.

Foi neste cenário de protagonismo do cidadão frente ao Estado, já assegurado no ordenamento desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o Código de Processo Civil de 2015 foi editado para reafirmar as garantias processuais previstas na Constituição Cidadã, cuja concretização encontrava dificuldade diante da incompatibilidade do código anterior, publicado no contexto da Ditadura Militar, com a nova ideologia constitucional que deveria refletir na legislação infraconstitucional.

Voltando ao instituto do saneamento, podemos destacar que o protagonismo das partes, típico da fase da democratização processual, aliado ao princípio

colaborativo do processo, refletiram de forma bastante perceptível no novo saneamento do processo, conforme será abordado no segundo capítulo.

É de destacar que essa “metódica da fase preparatória, para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, não é nova, já que iniciada por Franz Klein” há mais de um século, conforme ensinam Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron:

Pontue-se que essa tendência, de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, não é nova, já que iniciada por Franz Klein em sua festejada OZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895, mas é atualmente revigorada pela reforma alemã da ZPO mediante a *Vereinfachungsnovelle* de 1976, pela reforma Woolf do novo Processo Civil inglês, pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola e outras europeias e latinas (como anteriormente apontado). Tal tendência conduz à conclusão de que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do modelo cognitivo brasileiro para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 482-483).

De toda forma, o despacho saneador deixou de ser um ato solipsista do magistrado, conforme se verificava desde o aniquilamento da audiência preliminar obrigatória no Código de Processo Civil de 1973, para se transformar – ao menos normativamente –, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, em etapa participativa dos sujeitos processuais objetivando a maximização dos resultados com o menor custo econômico e temporal possível, com objetivo último de evitar dilações indevidas (MARTTA, 2020, p. 80-82) e assegurar a efetiva participação das partes da construção do provimento final.

Antes de aprofundarmos, no segundo capítulo, à análise do instituto do saneamento processual no Código de Processo Civil de 2015, demonstraremos, nos próximos subcapítulos, o tratamento da legislação estrangeira sobre o tema, a amplitude que o objeto da etapa saneadora atingiu no processo civil brasileiro, consolidando o aprendizado na tentativa de formulação de um novo conceito para o instituto do saneamento, considerando a sua amplitude e a necessidade de observância da decidibilidade democrática.

2.3 A legislação estrangeira e o saneamento do processo

2.3.1 Código de Processo Civil (Português) de 2013

Conforme já registrado no subcapítulo dos antecedentes históricos, as primeiras normas orientadoras acerca da necessidade de saneamento, ainda que de forma bastante primitiva, foram introduzidas no ordenamento brasileiro por força das mesmas Ordenações Filipinas que as introduziram no ornamento português, com objeto de investigar e sanar nulidades, evitando prejuízo à celeridade e à economia processual.

Atualmente, o instituto do saneamento, ainda tratado em Portugal com a denominação clássica de despacho saneador, está previsto no artigo 595 do Código de Processo Civil de 2013, cuja redação foi praticamente inalterada em relação ao texto do Código de Processo Civil português de 1995 – artigo 510 –, com exceção à possibilidade de ação de ofício, pelo magistrado, para sanar nulidades, autorização esta que não estava prevista no código anterior.

Artigo 595.

Despacho saneador

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 cumpra 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.

Contudo, verifica-se da redação atual, assim como acontecia com a antecedente, que há ainda um certo engessamento formal do instituto, ainda distante da amplitude já percebida em outros ordenamentos, especialmente quando notamos a ausência de qualquer previsão quanto à possibilidade de distribuição dinâmica do ônus de prova e mesmo em relação à sua vinculação com as etapas postulatória, instrutória e decisória do processo (GOMES, 2020, p. 168-169).

Por outro lado, em relação à questão organizacional do processo, percebemos um certo avanço do Código de Processo Civil português em relação ao antecedente,

muito embora tais disposições não tenham sido incluídas pelo legislador português como pertencentes ao despacho saneador, mas sim em uma etapa que foi denominada de pré-saneadora, prevista no artigo 590 e também no artigo 596, subsequente à regra que dispõe sobre o despacho saneador:

Artigo 590.º

Gestão inicial do processo

1 - Nos casos em que, por determinação legal ou do juiz, seja apresentada a despacho liminar, a petição é indeferida quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente, aplicando-se o disposto no artigo 560.º.

2 - Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré-saneador destinado a:

- a) Providenciar pelo suprimimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º;
- b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes;
- c) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador.

3 - O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.

4 - Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.

5 - Os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova.

6 - As alterações à matéria de facto alegada, previstas nos n.os 4 e 5, devem conformar-se com os limites estabelecidos no artigo 265.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos artigos 573.º e 574.º, quando o sejam pelo réu.

7 - Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados.

[...]

Artigo 596.º

Identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova

1 - Proferido despacho saneador, quando a ação houver de prosseguir, o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.

2 - As partes podem reclamar do despacho previsto no número anterior.

3 - O despacho proferido sobre as reclamações apenas pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final.

4 - Quando ocorram na audiência prévia e esta seja gravada, os despachos e as reclamações previstas nos números anteriores podem ter lugar oralmente.

Em que pese o pioneirismo português desde o século XVII até o século XIX, no que diz respeito ao instituto do saneamento, o que se percebe na redação atual, como mencionado, é um engessamento da legislação portuguesa em relação ao instituto.

Acreditamos que a razão de o legislador português ter optado pela subdivisão da etapa de organização e saneamento do processo em regras esparsas e

desvinculadas entre si se explique pela visão ainda formalista e defasada acerca do instituto do saneamento, fechada no conceito clássico de despacho saneador, o que é corroborado pela manutenção da sua denominação no código atual – despacho saneador – e, especialmente, pela visão, ainda limitada, na nossa percepção, acerca das possibilidades que essa etapa processual oferece, seja em termos de economia processual, pelo estabelecimento de um verdadeiro roteiro de organização e julgamento, ou ainda em termos de efetiva participação e influência dos sujeitos processuais na construção do provimento (GOMES, 2020, p. 122).

2.3.2 *Codice di Procedura Civile (Italiano) de 1942*

O saneamento no Código de Processo Civil italiano de 1942 é tratado no artigo 183 que disciplina a audiência denominada de primeiro comparecimento e tratativas. Importante destacar que o *Codice di Procedura Civile* passou por relevante reforma em 1990 para concentrar, em regra, em um único juiz a etapa do saneamento, que antes poderia ser conduzida por mais de um magistrado, dependendo da fase processual que se encontrava o feito (GOMES, 2020, p. 171):

Artigo 183.

(Primeira comparência das partes e tramitação do processo)

Na audiência fixada para a primeira comparência e para a instrução do processo, as partes devem comparecer pessoalmente. A falta de comparência das partes sem motivo justificado constitui um comportamento susceptível de ser apreciado na aceção do segundo parágrafo do artigo 116º.

Sem prejuízo do disposto no artigo 187º, se o tribunal autorizar o requerente a citar um terceiro, deve marcar uma nova audiência, em conformidade com o terceiro parágrafo do artigo 269º.

O juiz interroga livremente as partes, solicitando, com base nos factos apresentados, os esclarecimentos necessários e tenta uma conciliação nos termos do artigo 185.

Se o juiz não se pronunciar nos termos do segundo parágrafo, decide sobre o pedido de instrução e, tendo em conta a natureza, a urgência e a complexidade do processo, fixa por despacho o calendário das audiências subsequentes.

O juiz, por despacho, fixa o calendário das audiências subsequentes até àquela em que o processo deve ser remetido para decisão, indicando as tarefas a realizar em cada uma delas. A audiência para a recolha das provas admitidas é fixada no prazo de 90 dias. Se o despacho referido no primeiro período for proferido extrajudicialmente, deve ser efectuado no prazo de 30 dias.

Se o despacho referido no quarto parágrafo ordenar a produção de provas oficiosamente, cada uma das partes pode, num prazo peremptório fixado pelo tribunal no mesmo despacho, apresentar as provas necessárias em relação às primeiras, bem como apresentar uma contestação num novo prazo peremptório igualmente fixado pelo tribunal, que se reserva o direito de

proceder em conformidade com o último período do quarto parágrafo (tradução livre).

Ainda de acordo com Gustavo Gonçalves Gomes, trata-se a audiência de primeiro comparecimento e tratativas do momento processual, no direito processual civil italiano, em que o magistrado realizará uma verificação da regularidade do processo, possibilitando a apresentação e deliberação sobre questões intrínsecas ao saneamento, como a verificação acerca da legitimidade das partes e capacidade processual, regularidade da citação, dentre outras atinentes tanto aos pressupostos processuais, como também a preliminares e prejudiciais.

Chama atenção a omissão da norma italiana quanto à possibilidade de atuação de ofício do magistrado na etapa do saneamento, o que nos leva a crer que o legislador pretendeu, em verdade, desautorizar tal medida, considerando que o legislador italiano, em diversas outras oportunidades em que pretendeu fazê-lo, dispôs expressamente sobre a possibilidade de atuação de ofício do juiz.

A referida audiência de primeiro comparecimento e tratativas, em termos formais, lembra a antiga audiência prevista no art. 331 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 que, contudo, não teve a aplicação prática esperada – especialmente para fins de saneamento –, o que se degingolou após a alteração legislativa introduzida pela denominada reforma da reforma de 1994, conforme já relatado nesta pesquisa.

Contudo, em que pese as semelhanças destacadas, até mesmo com a audiência de saneamento prevista no atual § 3º do art. 357 do Código de Processo Civil brasileiro, é necessário destacar que o processo italiano se distingue consideravelmente do brasileiro no que diz respeito à instrução probatória, na medida em que, diferentemente do sistema unitário praticado no Brasil, o código italiano autoriza uma multiplicidade de momentos probatórios, o que implica em consequências diretas na etapa de saneamento, considerando que diversas decisões incidentais acerca da instrução são demandadas de forma esparsa durante o curso processual, impedindo – ou dificultando sobremaneira – que seja proferida uma decisão de organização e saneamento estável e que sirva como fio condutor às demais etapas do processo, conforme se almejou na redação do art. 357 do atual Código de Processo brasileiro.

Ademais, em virtude das fortes raízes no direito romano, o ordenamento italiano, ao prestigiar a oralidade e a multiplicidade de momentos probatórios, acaba

por prologar-se excessivamente, implicando, na nossa visão, em prejuízo à celeridade e à economia processual.

2.3.3 *Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanhola) de 2000*

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 foi editada para compatibilizar o processo civil espanhol à Constituição Espanhola de 1978, consequência de um processo histórico denominado Transição Espanhola que converteu o regime franquista de 1975 em um Estado Social e Democrático de Direito, sob a forma política da Monarquia Parlamentar.

Portanto, trata-se de uma norma já elaborada sob influência da democratização processual, característica que a aproxima do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, quanto às suas motivações. Neste sentido, podemos destacar regras que tornam obrigatória a participação do magistrado em determinados atos processuais, sob pena de nulidade.

Embora exista previsão de saneamento prévio quando do recebimento da petição inicial pelo magistrado, o saneamento propriamente dito é tratado de forma concentrada na audiência prévia (artigo 414 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*), em especial no artigo 416, que dispõe especificamente sobre a etapa do saneamento dentro da referida audiência:

CAPÍTULO II

De la audiencia previa al juicio

Artículo 414. Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el Letrado de la Administración de Justicia, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.

2. Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado.

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

3. Si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

También se sobreseerá el proceso si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente.

4. Cuando faltare a la audiencia el abogado del demandante, se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si faltare el abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante en lo que resultare procedente.

Artículo 416. Examen y resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia.

1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes:

1.^a Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases;

2.^a Cosa juzgada o litispendencia;

3.^a Falta del debido litisconsorcio;

4.^a Inadecuación del procedimiento;

5.^a Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca.

2. En la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia.

Uma maior amplitude do instituto do saneamento no processo civil espanhol pode ser percebida pela simples leitura do ponto 1 do artigo 416, ao dispor que “o tribunal resolverá, do modo previsto nos artigos seguintes, sobre quaisquer circunstâncias que possam impedir o válido prosseguimento e término do processo mediante sentença sobre o fundo e, em especial, sobre as seguintes: [...]”.

Outro ponto considerável e que corrobora com a assertiva de que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola foi editada sob viés da democratização processual é a proximidade das partes junto ao magistrado no momento do saneamento processual, estimulando a participação de todos os sujeitos processuais nesta importante etapa do processo.

Em termos gerais, pelo que percebemos do presente estudo, o instituto do saneamento no processo civil espanhol, dentre os ordenamentos até o momento

analisados, certamente é aquele que mais se aproxima do saneamento previsto no Código de Processo Civil brasileiro, embora existam consideráveis críticas quanto ao efetivo cumprimento da norma pelos operadores do Direito no Brasil, conforme se abordará de forma mais incisiva no próximo capítulo.

2.3.4 *Zivilprozessordnung (Alemão) de 1877*

Embora o processo civil alemão seja regido pelo longínquo *Zivilprozessordnung* (ZPO) vigente desde 1877, quando da formação do Estado alemão, evidentemente que o referido código passou por diversas alterações, sendo a mais relevante para o presente estudo a realizada na década de 1970, denominada Modelo de Stuttgart (BAUR, 1976, p. 61-62).

A alterações legislativas que vieram implementar o Modelo de Stuttgart buscavam substituir o juiz inerte e liberal por um juiz proativo na condução do processo, no interesse de obtenção de um resultado eficaz e justo.

Embora tenhamos críticas consideráveis ao modelo da socialização processual, certamente presente no Modelo de Stuttgart, é importante destacar relevantes contribuições que essa reforma trouxe ao processo civil alemão, na medida em que contribuiu para a aproximação do magistrado das partes, qualificando o processo do ponto de vista do contraditório, além das relevantes contribuições na concentração dos atos processuais e na imediatidade, que certamente culminaram em eficiência e celeridade.

Em resumo, no processo civil alemão, logo após a troca das peças, é designada uma audiência única onde são discutidas e esclarecidas as questões de fato diretamente com as partes, resolvidas em comparticipação todas as questões processuais pendentes, debatidos os meios de provas necessários e, de plano, são colhidas todas as provas passíveis de produção de imediato, em audiência, prosseguindo-se para uma tentativa ulterior de conciliação.

Interessante pontuar que, no processo alemão, diferentemente do que se verifica no Brasil, as provas produzidas são discutidas abertamente pelo magistrado junto às partes, o que, em boa parte das vezes, conduz a uma transação, colocando fim à demanda e aliviando o volume de processos que sobem aos órgãos de revisão.

Não ocorrendo a transação, o processo é encaminhado para julgamento, o que pode ocorrer, inclusive, na própria audiência única (BAUR, 1976, p. 71-72).

Mais recentemente, uma nova alteração no § 278 da ZPO instituiu a *Güteverhandlung*, audiência preliminar que, em tese, tem natureza extrajudicial, mas a participação de um juiz togado é obrigatória, constituindo mais um momento processual propício para a conciliação e para a realização do saneamento mediante colaboração das partes, conforme preocupação também prevista expressamente no § 139 da ZPO, abaixo transcritos, respectivamente:

§ Secção 278 Resolução amigável de litígios, conciliação, transação

(1) Em todas as fases do processo, o tribunal deve procurar uma resolução amigável do litígio ou das questões individuais em litígio.

(2) A audiência oral será precedida de uma audiência de conciliação com o objetivo de resolver o litígio de forma amigável, a menos que já tenha sido feita uma tentativa de resolução do litígio junto de um organismo de conciliação extrajudicial ou que a audiência de conciliação se afigure claramente inútil. Durante a audiência de conciliação, o tribunal discutirá com as partes a situação e o litígio, apreciando livremente todas as circunstâncias e, se necessário, fará perguntas. As partes que compareceram são ouvidas pessoalmente. § Os n.ºs 1 e 3 do artigo 128.º-A aplicam-se mutatis mutandis.

(3) Para a audiência de conciliação, bem como para as tentativas de conciliação posteriores, será ordenada a comparência pessoal das partes. § Os n.ºs 2 e 3 do n.º 1, segunda frase, do artigo 141.º aplicam-se mutatis mutandis.

(4) Se ambas as partes não comparecerem na audiência de conciliação, o processo será suspenso.

(5) O tribunal pode remeter as partes para a audiência de conciliação, bem como para novas tentativas de conciliação, para um juiz designado para o efeito e não autorizado a tomar decisões (árbitro). O juiz pode recorrer a todos os métodos de resolução de conflitos, incluindo a mediação.

(6) Uma transação judicial pode igualmente ser concluída se as partes apresentarem uma proposta de transação escrita ao tribunal ou se as partes aceitarem uma proposta de transação do tribunal por escrito ou no registo do processo oral através de uma declaração escrita ou de uma declaração no registo do processo oral perante o tribunal. O tribunal estabelece por despacho a conclusão e o conteúdo de uma transação celebrada nos termos do período 1. § É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 164.

[...]

§ Secção 139 Tramitação substantiva do processo

(1) O tribunal deve, na medida do necessário, discutir com as partes os aspectos factuais e jurídicos da questão e do litígio e colocar questões. O tribunal deve esforçar-se por que as partes expliquem todos os factos relevantes de forma atempada e completa, em especial para completar as informações insuficientes sobre os factos invocados, designar as provas e apresentar as petições relevantes. O tribunal pode estruturar o processo através de medidas de gestão do julgamento e classificar a matéria em litígio.

(2) O tribunal pode basear a sua decisão num ponto de vista que uma parte tenha manifestamente ignorado ou considerado irrelevante, excepto se estiver em causa apenas um pedido subsidiário, desde que o tenha assinalado e lhe tenha dado a oportunidade de se pronunciar sobre o mesmo. O mesmo se aplica a um ponto de vista que o tribunal considere diferente do de ambas as partes.

(3) O tribunal chamará a atenção para as preocupações que existem relativamente aos pontos a considerar ex officio.

(4) As notificações previstas na presente disposição devem ser efectuadas o mais cedo possível e devem ser registadas em acta. A sua emissão só pode ser comprovada pelo conteúdo dos processos. Só são admissíveis provas de falsificação contra o conteúdo dos processos.

(5) Se não for possível a uma parte pronunciar-se imediatamente sobre uma notificação judicial, o tribunal fixará, a pedido da parte, um prazo para que esta se pronuncie num articulado escrito (tradução livre).

Em síntese, podemos destacar que a audiência única prevista no ZPO alemão, que prestigia a comparticipação, a concentração e a imediatidade, especialmente para fins de realização de um saneamento verdadeiramente participativo, pode ser comparada à audiência una do rito sumaríssimo trabalhista brasileiro, prevista no artigo 852-C da Consolidação das Leis do Trabalho (EÇA, 2019, p. 201-204), onde também se verifica considerável celeridade, especialmente se comparado ao procedimento comum previsto no Código de Processo Civil brasileiro. É alternativa bastante célere e eficaz, a ser observada pelo legislador brasileiro, desde que haja efetivo enfrentamento às questões de fato e de direito a serem objeto da decisão de organização e saneamento tempestivamente, ou seja, durante a audiência, mas antes do início da instrução probatória.

2.3.5 *Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion (Argentina) de 1981*

O *Codigo Procesal Civil* argentino foi editado em 1981, já após o período do Regime Militar Argentino, mas antes da atual *Constitución de la Nación Argentina* de 1994. Percebe-se no seu texto, já no artigo 34, uma preocupação com a questão do saneamento do processo, quando afirma ser função do magistrado ordenar, de ofício, as diligências que se fizerem necessárias para evitar ou sanar nulidades:

Art. 34. - Deberes. Son deberes de los jueces:

5. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código:

II. Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades.

O saneamento propriamente dito ficou a cargo do artigo 360 do código processual argentino, que, tal como ocorre no processo civil espanhol – talvez pela influência ainda exercida pelo antigo colonizador espanhol no campo jurídico –, ocorre na audiência denominada preliminar.

Na referida audiência preliminar, que deve obrigatoriamente ser conduzida pelo magistrado sob a pena de nulidade, após a tentativa de conciliação ou suspensão do processo para fins de mediação, o juiz, mediante participação ativa das partes, estabelece os fatos sobre os quais recairão a atividade probatória, designando a audiência única para produção da prova testemunhal, se for o caso, ou, se o processo se encontrar apto para julgamento, profere desde logo sua decisão, com ou sem resolução de mérito, encerrando o feito.

AUDIENCIA PRELIMINAR

Art. 360. - A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria.
2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto.
3. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.
4. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.
5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado.
6. Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

Pelo que se percebe, na sua forma, a audiência preliminar disposta no *Código Procesal Civil* argentino lembra bastante a audiência preliminar espanhola. Contudo, a amplitude que o saneamento espanhol desenvolveu a partir da edição da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 – posterior ao atual código argentino de 1981 –, ainda não foi observada no ordenamento argentino.

Neste sentido, pertinentes as considerações da professora Pia Tavolari Goycoolea:

o Código argentino também prevê uma audiência preliminar que presidirá o juiz de forma indelegável. Nela convida as partes a uma conciliação ou a solucionar o conflito de outra forma, resolverá a oposição à abertura da prova, se for o caso, ouvirá as partes e fixará os fatos controvertidos sobre os quais versarão as provas, receberá a prova confessional, produzirá as provas consideradas admissíveis, concentrará em uma audiência a prova testemunhal e, se necessário, decidirá que a questão deve ser resolvida

como puramente jurídica, então a causa será concluída em definitivo (art. 360) (tradução livre) (GOYCOOLEA, 2008, p. 5).

Embora seja elogiável, do ponto de vista do contraditório, a participação efetiva das partes e a imperiosidade do saneamento dentro do *iter* processual, o saneamento no processo argentino ainda carece de amplitude, na nossa visão, no que diz respeito ao seu objeto, estando ainda muito próximo daquele despacho saneador clássico português, objeto de valioso estudo por Galeno Lacerda, com exceção para a possibilidade de decisão participada para delimitação dos fatos sobre os quais recairão a atividade probatória.

2.4 Breves considerações sobre o estudo comparativo

Em termos gerais, e após melhor entendimento do contexto histórico-processual onde foi concebido o Código Processo Civil brasileiro de 2015, podemos afirmar que o instituto do saneamento no direito brasileiro trata-se, pelo menos dentre os ordenamentos investigados, daquele normativamente mais avançado e consonante aos anseios da democratização processual.

Por outro lado, após análise dos ordenamentos objeto desta pesquisa, passamos a acreditar que a obrigatoriedade de realização do saneamento mediante audiência, na presença das partes, apenas nas ações consideradas complexas, tal como previsto no § 3º do artigo 357 do Código de Processo Civil brasileiro, sob o argumento de celeridade processual, talvez não seja tão razoável como imaginávamos antes do início da presente pesquisa.

Isso porque vários dos ordenamentos pesquisados dispõem sobre a imperiosidade de realização da audiência denominada prévia, com a participação obrigatória do magistrado, justamente para fins de saneamento do feito, o que também ocorre no próprio rito ordinário previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas no Brasil – com a denominada audiência inicial ou de conciliação (EÇA, 2019, p. 201-204) –, sem que tal fato implique em prejuízo à celeridade da Justiça do Trabalho no nosso país. Pelo contrário, a experiência demonstra que, pelo menos em termos gerais, esta tem se mostrado consideravelmente mais eficiente que a Justiça Comum.

É de se pontuar que, pelo relativamente curto período de vigência do Código de Processo Civil brasileiro, necessitemos – nós, operadores do Direito – ainda de um considerável período de educação, conscientização e acultramento para com a

relevância do novo instituto do saneamento moldado no Código de Processo Civil de 2015, para a consecução de um processo verdadeiramente democrático, mediante efetiva participação e influência das partes, e razoavelmente célere, no sentido de minimizar, o tanto quanto possível, dilações indevidas no curso do processo.

Entendemos, por fim, que a etapa processual do saneamento (e da organização) tem potencial desencadeador deste processo democrático e célere que se almeja, na medida em que aproxima o juiz das partes para discussão e decisão compartilhada das questões relevantes do processo – expressamente previstas nos incisos do artigo 357 do Código de Processo Civil –, estabelecendo verdadeiro roteiro de organização e julgamento (GOMES, 2020, p. 122).

Como consequência, uma vez afastadas tempestivamente do bojo do debate de fundo todas as questões impertinentes e/ou irrelevantes e estabilizadas as questões relevantes sobre as quais deverão recair a atividade probatória e a apreciação judicial, tendemos a acreditar que o processo percorrerá sem maiores intercorrências, ou seja, sem dilações indevidas, até a obtenção de um provimento final verdadeiramente compartilhado.

2.5 Conceito

No intuito de assentarmos algumas das conclusões obtidas até o momento, especialmente para fins de conceituação teórica, é importante registrarmos alguns ensinamentos doutrinários que melhor consolidam os temas repercutidos nos subcapítulos anteriores.

Partindo de Galeno Lacerda, podemos transcrever as conclusões do processualista gaúcho sobre o que seria o despacho saneador quando da elaboração da primeira versão da obra *Despacho Saneador*, em 1953, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939:

Podemos conceituar o despacho saneador como a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis (LACERDA, 1990, p. 7).

Interessante também era o entendimento de Cássio Scarpnella Bueno sobre o saneamento, ainda na égide do Código de Processo Civil de 1973, oportunidade em que já entendia que a atividade de saneamento seria uma parte do desenvolvimento do processo sobre a qual o juiz deveria se desincumbir, ou seja, seria um dever do juiz a prolação da decisão saneadora (BUENO, 2009, p. 210).

Analizando o saneamento no ordenamento celetista brasileiro, Vitor Salino de Moura Eça nos ensina que:

O Juiz do Trabalho, em regra, terá o seu primeiro contato com o processo em audiência, ocasião em que lhe compete verificar perfunctoriamente a pertinência da demanda, como ato de ofício ou alertado pelas partes de que algo exige sua imediata manifestação, notadamente quanto à legitimidade das partes e a representação de seus procuradores, bem como conferindo os requisitos da petição inicial para que o processo possa de desenvolver validamente. Nesta conferência, cabe ao magistrado checar se é caso de indeferimento da petição inicial, arquivamento, suspensão ou extinção do processo *in limine*, e a existência de elementos que ensejem alguma tutela provisória (EÇA, 2019, p. 209-210).

Já no contexto do Código de Processo de 2015, Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Quinaud chamam atenção para a novidade introduzida pelo novo regramento quanto ao dever do juiz de *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*:

Mais especificamente: hoje, pela leitura desses dois dispositivos (arts. 10 e 357, IV), resta clara a vedação de julgamentos assentados em *fundamentos jurídicos* que não foram debatidas previamente pelas partes, em abrigo a uma prática *solipsista* cujo resultado são as chamadas 'decisões surpresa'. Ao constranger o julgador, no momento do proferir decisão de saneamento e organização do processo, a *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*, o CPC/2015 contribuiu para a construção participativa do pronunciamento final (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 592-593).

Rosemiro Pereira Leal traz importante consideração sobre a importância de concentração dos atos de organização e saneamento do feito na etapa do saneamento do processo, rechaçando a possibilidade de indeferimento da inicial ou declaração de sua inépcia liminarmente – no momento do seu recebimento –, visto que somente após a citação válida do réu, se consumará a inalterabilidade textual da petição inicial, na medida em que o autor da ação dispõe da faculdade de aditá-la antes que sobrevenha a citação:

Muito se comenta sobre o indeferimento da petição inicial e da decretação da inépcia da inicial *in limine*. Entretanto, como já acentuamos em trabalho anterior, " após a Reforma de 1994, com o advento da nova redação do art. 294 o CPC de 1973 e sua reafirmação pelo art. 329, I, do NCPC, a peça inaugural do procedimento (petição inicial) é instrumento exclusivo do autor, podendo este aditá-la a seu modo antes que sobrevenha a citação válida do réu. Não poderá o juiz espancá-la, de plano, antes da citação do réu, ao argumento de inépcia ou indeferi-la pelos motivos alinhados nos arts. 330 e 321, parágrafo único, do NCPC, porque só ao réu, devidamente citado e se o quiser, poderá, em *preliminar*, levantar tais questões, uma vez que estas são matérias que integram o *instituto da preliminar* (art. 337 do NCPC).

Por força do art. 329, I, do NCPC, o indeferimento da petição inicial só é acolhível depois de consumada sua inalterabilidade textual pela superveniência da citação ou esgotamento do prazo de *resposta* sem manifestação do réu. Não cabe ao juiz indeferir ou julgar, de plano, inepta, por defeitos intrínsecos, uma petição que, por lei, somente se torna definitiva após a fluência do prazo contestatório e, conseqüentemente, suscetível de o juiz indeferi-la ou não ou julgá-la inepta ou não. Antes de citado o réu, deverá

o juiz, por mero despacho (art. 321, *caput*), caso a petição inicial apresente erros ou omissões extrínsecas de qualificação das partes, mandar ajustá-la aos "termos" de inteligibilidade restrita à realização do ato citatório, nada mais (LEAL, 2021, p. 159).

Quanto à decisão de saneamento e organização do processo, Camila Victorazzi Martta sustenta que:

é uma decisão interlocutória que analisa, num primeiro momento, a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, uma vez que desatendidos esses requisitos o processo não estará apto a prosseguir. Além disso, é a fase em que juiz poderá em conjunto com as partes ou de forma unitária ou solipsista, examinar o arcabouço probatório até então já produzido e, a partir desse exame, determinar quais fatos ainda precisam ser provados, de que forma se dará essa produção prova, e a quem incumbirá realizá-la - autor ou réu (MARTTA, 2020, p. 170).

Por sua vez, Alexandre Varela de Oliveira defende que, sob a perspectiva constitucional do processo, o saneador do processo constitui:

técnica [...] do procedimento, prevista no art. 357 do CPC/2015, atua como um procedimento indispensável para a construção de um pronunciamento jurisdicional decisório democraticamente útil, ao passo que, por intermédio de um debate exaustivo entre os sujeitos processuais, delimita, de maneira participada, as questões de fato e de direito que serão objeto de cognição no processo, as quais deverão ser obrigatoriamente apreciadas pelo magistrado, sob a consequência da decisão ser considerada nula, guardando, assim, conexão com o inciso IV, §1º do art. 489 do CPC/2015 e com o inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal de 1988 (VARELA, 2019, p. 172).

Gustavo Gonçalves Gomes, por seu turno, vai ainda mais longe acerca da relevância do saneamento dentro do processo civil, ao afirmar que *o saneamento é o momento processual mais importante do processo*:

O saneamento é o momento processual mais importante do processo, momento em que as partes, com a orientação e colaboração do magistrado, podem indicar precisamente quais os pontos relevantes (de fato e agora de direito) – não necessariamente controvertidos – que entendem devam ser enfrentados na sentença. O juiz, por seu lado, indicará quais os elementos e as provas que considera essenciais para oferecer uma decisão fundamentada, técnica, qualitativa, firme e justa (GOMES, 2020, p. 198).

Assim, para fins de consolidação dos estudos até então realizados nesta pesquisa – que não tem qualquer pretensão de esgotamento do tema, mas tão somente contribuir para a consolidação do entendimento, pelos operadores do Direito, do saneamento como etapa cogente e imprescindível para a construção de provimento final participado e célere – entendemos que o saneamento do processo possa ser definido, sob a perspectiva constitucional do processo, como uma etapa decisória de natureza interlocutória, proferida nos próprios autos, em audiência ou mediante homologação, situada entre a fase postulatória e a fase probatória, preferencialmente unitária, por meio da qual o juiz deverá, sob pena de nulidade e responsabilização do Estado: (i) examinar com a participação e colaboração das

partes todas as condições da ação e os pressupostos processuais, além de outras questões incidentais requeridas pelas partes; (ii) determinar, sempre em efetivo contraditório, quais os pontos incontroversos e as questões controvertidas, de fato e de direito, que serão objeto de cognição na sentença e sobre as quais deverão recair a atividade probatória; e (iii) distribuir entre as partes, de forma participativa, dinâmica e sempre fundamentada, o ônus que caberá a cada uma delas, deferindo a produção das provas que entende necessárias e dispondo de todas aquelas prescindíveis à resolução do mérito.

Observados os critérios acima descritos, acreditamos que a decisão de saneamento servirá como um fio condutor das partes, dos serventuários e do magistrado no desenvolvimento do processo e na fiscalização do seu regular andamento, obstando dilações indevidas e assegurando que todas as questões entendidas como relevantes pelas partes serão devidamente enfrentadas no provimento final.

3 ATIVIDADE SANEADORA E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA

Neste capítulo, abordaremos efetivamente a atividade saneadora sob a perspectiva constitucional do processo (decidibilidade democrática). Demonstraremos, nos dois primeiros subcapítulos, os estudos que nos levaram à premissa de jurisdição e celeridade – razoável duração do processo – como garantias dos jurisdicionados frente ao Estado Julgador, e por outro ângulo, como dever da Função Judiciária do Estado para com os jurisdicionados. Essa premissa conduzirá toda a abordagem dos subcapítulos subsequentes.

Logo em seguida, abordaremos de forma específica cada uma das técnicas de organização e saneamento do processo previstas expressamente no Código de Processo Civil, apresentando nossa leitura constitucionalizada sobre a mais adequada forma de aplicação de tais técnicas.

Dedicamos um subcapítulo exclusivo para a técnica de distribuição do ônus da prova, considerando sua relevância dentro da etapa do saneamento e organização do processo e a dificuldade que se verifica, na prática forense, quanto ao domínio desta pelos operadores do direito. Abordaremos ainda a estabilidade e a recorribilidade da decisão de organização e saneamento. No último subcapítulo, apresentaremos a comparticipação – dentro da etapa do saneamento do processo – como verdadeira condição, ou pressuposto, para o provimento final democrático.

3.1 Jurisdição como garantia

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao garantir a inafastabilidade da jurisdição, dispõe que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Vitor Salino de Moura Eça e Kannandha Nunes Costa são ainda mais precisos ao dispor que a inafastabilidade da jurisdição “vai além de um direito de acesso ao Judiciário, alcançando ainda o status de uma garantia fundamental, sendo, juntamente com o restante do artigo 5º da Constituição Federal, cláusula pétrea, não passível de alteração” (EÇA; COSTA, 2022, p. 161).

Contudo, existe na doutrina uma relevante discussão acerca da extensão do objeto da jurisdição, na medida em que, enquanto parte da doutrina defende ser a jurisdição tão somente aquela exercida pela Função Judiciária do Estado, ou seja, pelos tribunais estatais, outra corrente sustenta que a jurisdição pode ser exercida tanto por agentes privados como tribunais desportivos, câmaras arbitrais, etc., desde que autorizada pela lei, bem como por outras funções do próprio Estado, como no caso da jurisdição exercida pela Função Administrativa (vide artigos 37 e 73, inc. XVIII, da Constituição Federal de 1988), bem como pela jurisdição extraordinária legislativa, como acontece, por exemplo, no processo de impedimento do presidente da república, corrente esta a que nos filiamos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei.

[...]

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Ainda sobre a possibilidade do exercício da jurisdição para além da atividade estatal, são esclarecedores os ensinamentos de Antônio Pereira Gaio Júnior:

Por outro lado, a nossa sempre festejada Ada Pellegrini Grinover assenta com propriedade que jurisdição na atualidade, não mais se caracteriza como poder, mas "função, atividade e garantia. Seu principal indicador é o acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça." Este conceito, atesta a brilhante professora, abrange a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça conciliativa.

Cediço é que a atividade jurisdicional em um seus aspectos finalísticos, qual seja, composição do litígio e como consequência, a pacificação social a partir de um processo justo, não se restringe somente à atividade estatal. É fato que a própria arbitragem possui tal virtude e mesmo a conciliação e mediação, quer extra ou endoprocessual, estão encarnadas da expectativa pela composição de litígios, possuindo aptidão para pacificação das relações entre os partícipes de tais meios.

Por tudo, entendemos diferentemente da professora supracitada no que se refere à afirmativa de não ser mais a jurisdição dotada do elemento "poder", já que para Ada, na justiça conciliativa não haveria exercício do poder.

De fato, conforme pontuaremos em item mais adiante, a noção de "poder" como um dos elementos constituidores do conceito de jurisdição, de muito já vem sendo flexibilizada, não sendo considerado de conteúdo indubitável ou absoluto em suas razões mesmo porque, conforme já ilustrado em sede europeia, os Estados-membros da União Europeia delegam ao Tribunal Europeu parcela de sua soberania, ao se comprometerem com o respeito para com o controle das decisões de seus Tribunais de Justiça (GAIO JÚNIOR, 2023, p. 101-102).

Essa digressão inicial é importante para pontuar que não obstante a discussão acima relatada, a presente pesquisa se limitará a debater a jurisdição estatal exercida pela Função Judiciária, ou seja, a jurisdição que aqui trataremos como ordinária.

Acerca da relevância da conceituação de jurisdição para a elaboração de quaisquer outros conceitos dentro do campo jurídico, é importante a lição de Vicente de Paula Maciel Junior:

Mas é mesmo o conceito de jurisdição que assume em si mesmo o papel principal com respeito a todos os outros, surgindo como uma espécie de chave de voltagem de todos os demais conceitos, como ressalta Carnelutti. Nessa direção toda uma geração de estudiosos do processo vai se mover no sentido de construir uma teoria geral do processo e do direito processual (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 97).

Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra clássica Técnica Processual e Teoria do Processo, publicada nos idos de 1992, ao dispor sobre a natureza jurídica da jurisdição, sustentou ser esta uma das funções do Estado para a proteção dos direitos e das liberdades:

O Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada pelo Direito, assume o poder em nome da nação, legisla, estatutando deveres, garantindo direitos, ordenando a vida social, administra, gerindo os negócios públicos e exerce a função jurisdicional, pela qual reage contra o ilícito e promove a tutela de direitos. [...] No que tem de específico, a função jurisdicional substitui a autodefesa, eliminando o recurso da autotutela, da vingança, privada, da represália. [...] A jurisdição se organiza para a proteção dos direitos e das liberdades, asseguradas na ordem jurídica, contra o ilícito, e ilícito, em qualquer campo do Direito, é a inobservância da conduta normativamente valorada como devida, cuja ocorrência na prática, se se admitir a liberdade do reino humano, não estará fora da esfera do possível (GONÇALVES, 1992, p. 50-55).

Por sua vez, Jônatas Luiz Moreira de Paula, em obra publicada em 1998, apesar de reconhecer a jurisdição como uma responsabilidade do Estado (se aproximando, de forma discreta, da teoria da jurisdição como uma garantia do cidadão), adota uma concepção instrumentalista da jurisdição, ao dispor que esta deveria obedecer a uma finalidade muito clara:

[...] jurisdição civil vem a ser a real e efetiva solução da lide posto a conhecimento do Poder Judiciário, sob a sua responsabilidade, com a finalidade de circular e distribuir rendas e bens de consumo (DE PAULA, 1998, p. 69).

Interessante também é a mudança ao longo dos anos, trazida na obra de Marcelo Barbi Gonçalves, sobre a posição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra sobre natureza jurídica da jurisdição. Veja-se que, em um primeiro momento, o entendimento era pela jurisdição como poder, função e atividade do Estado:

A mais notória definição acerca da natureza jurídica da jurisdição na doutrina nacional se encontra na Teoria Geral do Processo de Ada Pellegrini Grinover,

Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra: poder, função e atividade: poder, pois consubstancia manifestação da soberania do Estado; função, já que expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos; atividade, visto que é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete [...] (GONÇALVES, 2020, p. 23).

Em seguida, o referido autor traz a mudança de posicionamento – na nossa visão positiva – adotada pelos renomados processualistas, Grinover, Dinamarco e Cintra, abandonando a visão de poder para se filiarem à corrente que sustenta ser a jurisdição uma função, atividade e garantia:

[...] os dois primeiros, em um momento posterior, revisitaram o tema a partir de outra perspectiva. [...] mais radical foi a mudança de Grinover. Quase dez anos depois defendeu que a jurisdição não é poder, mas apenas função, atividade e garantia. Isso porque a jurisdição deveria ser vista como garantia de acesso à justiça, o que se promove pelas justiças estatal e arbitral, mas também por meio da conciliação e da mediação. Coerentemente, a inserção dos meios consensuais de solução de controvérsias no conceito de jurisdição fez com que a eminente professora sustentasse a superação de seu conceito clássico, já que não haveria exercício de poder na justiça consensual, onde o conflito é dirimido, de modo espontâneo ou com o estímulo de um terceiro, pelas partes (GONÇALVES, 2020, p. 24-25).

Também demonstrou partilhar desta corrente, embora sem adotar a terminologia garantia de forma expressa, o próprio Marcelo Barbi Gonçalves, ao conceituar a jurisdição como função e dever estatal, no sentido de assegurar a tutela dos direitos:

É indiscutível que a jurisdição é uma função essencial à organização da sociedade e que o Estado tem o dever de organizar um sistema de justiça. A garantia de via judiciária é uma imposição dirigida ao legislador no sentido de assegurar a tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF/88) (GONÇALVES, 2020, p. 86).

Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud, sem abandonar a nomenclatura do constituinte (Poderes da União, conforme art. 2º da Constituição Federal de 1988), defendem a jurisdição como poder/dever do Estado:

Diz-se, tradicionalmente, da Jurisdição (estatal) que esta é a forma do Estado resolver litígios de forma imparcial e ele faz isso fazendo valer a sua vontade (que é a da norma jurídica) em substituição à vontade das partes – já que não conseguiram se entender entre si. A jurisdição seria, pois, uma das manifestações da soberania do Estado, um poder que também é um dever, por força da Constituição e da norma que é exercido todas as vezes em que há um litígio e seus envolvidos acionam o Poder Judiciário (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 129-130).

Vitor Salino de Moura Eça, ao ensinar sobre o exercício democrático da jurisdição, também indica seu entendimento pela jurisdição como dever, ao discorrer sobre as obrigações a que a construção do provimento se sujeita:

Segundo nossa matriz constitucional e o estado da arte da ciência processual, a construção do provimento precisa observar atentamente os valores e as regras constitucionais, de modo a que o magistrado possa construir o provimento, coadjuvado pelas partes e por seus patronos. Os seus atos estão sujeitos à validação e à fiscalização permanentes, a atividade se

materializa por meio do devido processo legal, com estrito respeito ao contraditório e concretização por meio decisões fundamentadas e sujeitas ao duplo grau, consagrando, assim, o exercício democrático da jurisdição (EÇA, 2019, p. 60).

Eduardo José da Fonseca Costa, em recente obra publicada em 2021, enfatiza de forma ainda mais contundente o caráter garantístico da jurisdição, ao defender a jurisdição como garantia aos jurisdicionados – e dever do Estado (inclusão nossa):

[...] uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a institucionalidade garantística como o “ser” do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; “instituição garantística a serviço dos jurisdicionados”, não “instrumento a serviço do Poder jurisdicional”; afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais. [...] toda processualística deve ser uma “revelação-destruição”: explicitando hermeneuticamente o processo como estrutura de garantia das partes, demole criticamente a dissimulação do processo como mero “utensílio do juiz”. [...] para além de uma analítica garantista, instalam-se também as possibilidades de uma hermenêutica garantista e de uma pragmática garantista; isso porque ser garantia define o processo em suas estruturas elementais, significativas e práticas. [...] Lembre-se: na “jurislação”, o direito é criado; na jurisdição, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na administração, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial. Comisso se vê que, na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe “apenas” cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Decididamente, o exercício da jurisdição radica no processo e não o contrário (COSTA, 2021, p. 15-16 e 18-19).

Percebe-se, nos estudos do processualista paulista acima mencionado, um alinhamento bastante peculiar com aqueles difundidos pela Escola Mineira de Processo, em especial pelos ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao defender a jurisdição como dever do Estado e como garantia do cidadão:

[...] há de se destacar que a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e suficiente, pela garantia do devido processo constitucional. [...] Em resumo, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam elas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988. Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria Constituição, somente possível de ser excedida sob petição daquele que a invoca e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (DIAS, 2018, p. 55 e 92).

É nessa perspectiva de jurisdição (adequada): como garantia e direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas – jurisdicionados – e, por consequência lógica, como dever do Estado Julgador, que abordamos o instituto do saneamento do processo em toda esta pesquisa, de modo a defender sua imperiosidade, no momento processual adequado e de forma fundamentada, como técnica processual imprescindível à obtenção do provimento final constitucionalizado e efetivo.

3.2 Celeridade como garantia

Conforme estudos anteriores já desenvolvidos por este autor (VILELA, 2022, p. 219-240), o problema da morosidade processual não é exclusividade do judiciário brasileiro e tampouco da contemporaneidade, embora possamos reconhecer que a complexidade das relações atuais tem colaborado para a proliferação de demandas repetitivas, abarrotando o sistema judiciário, razão pela qual a relevância permanece.

Existem registros de que o problema da excessiva duração do processo é tão antigo quanto a própria história do direito processual (TARUFFO, 1997, p. 16). Podemos citar ainda a célebre menção de Rui Barbosa, no início do século XX, de que “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 2019, p. 58).

Foi neste cenário de descontentamento dos jurisdicionados e também dos operadores do direito que, a partir de meados do século XX, a duração razoável do processo passou a ser garantida, implícita ou expressamente, em diversas constituições, como a mexicana, a italiana, a norte-americana, a portuguesa e a espanhola.

Além disso, em termos de tratados internacionais, podemos citar a Declaração dos Direitos dos Humanos de 1948, ao assegurar que “toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”.

A Convenção Europeia pela Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, dispôs, no mesmo sentido, que:

qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como pacto de São José da Costa Rica, garantiu a toda pessoa:

o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

E mais recentemente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, garantiu que “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”.

Em 1992, com a ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica (1969), podemos considerar que o princípio do desenvolvimento do processo em tempo razoável foi efetivamente incorporado ao ordenamento pátrio, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, na qualidade de norma supralegal, conforme corrente doutrinária atualmente prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴.

A partir deste momento, já era de se esperar dos juristas e legisladores uma busca por simplificações procedimentais e formas de tutelas diferenciadas que viabilizassem a abreviação do curso processual (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 450).

Importante ressaltar que alguns autores defendem que a garantia à razoável duração do processo já encontrava amparo no ordenamento jurídico pátrio antes mesmo da ratificação do pacto de São José da Costa Rica, por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, que assegura a todos o direito de acesso à jurisdição, devendo ser compreendida – no entendimento desta corrente – como direito à tutela jurisdicional rápida, efetiva e sem dilações indevidas.

Dentro desta corrente, Patrícia Newley Kopke Resende defende que o princípio da legalidade, atrelado ao princípio do devido processo legal, impõe o cumprimento dos prazos fixados pela legislação processual, e ainda, que o princípio da eficiência exige a atuação pautada na presteza capaz de atender às exigências e às necessidades dos interessados (RESENDE, 2012, p. 129).

Nesta mesma linha, podemos citar o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, ao defender que a razoável duração do processo e a celeridade processual já estavam contempladas no texto constitucional antes de 1992, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (MORAIS, 2006, p. 94).

⁴ Habeas Corpus 90.172 de São Paulo, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e Recurso Extraordinário 466.343 de São Paulo, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

Também o ministro Celso de Mello defendeu, em voto proferido nos autos do Mandado de Injunção n. 715/DF, sem mencionar o Pacto de São José da Costa Rica, que existiriam no nosso ordenamento, ainda que de forma difusa, diversos mecanismos destinados a acelerar a prestação jurisdicional, de modo a neutralizar, por parte de magistrados e tribunais, retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios⁵.

O professor Luiz Guilherme Marinoni também compartilha deste entendimento, ao mencionar que o acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (MARINONI, 2000, p. 19).

De toda forma, inegável que a introdução do princípio de forma expressa na Constituição permitiu um recrudescimento da discussão sobre assunto:

Ocorre que o preceito permite uma nova perspectiva para a discussão do assunto. Raramente, a lentidão da justiça decorre da estruturação do processo, dependendo, sim, dos recursos empregados para garantir uma razoável intensidade de trabalho por todos aqueles relacionados ao processo (juiz, advogados e, fundamentalmente, serventuários). A implementação dinâmica do princípio não poderá permitir tão somente uma implementação programática, mas, sim, uma implementação efetiva (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 450).

Neste contexto, diante da crescente insatisfação popular com a qualidade do serviço público jurisdicional – não limitada à questão da morosidade –, foi publicada em dezembro de 2004 a Emenda Constitucional n. 45, em resposta aos anseios da população, visando efetivar uma reforma do sistema judiciário (DIAS, 2018, p. 204-207).

Em relação à celeridade processual, a principal modificação normativa foi a inclusão, no artigo 5º da Constituição, da garantia expressa à razoável duração do processo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

O já mencionado sentimento de insatisfação com a qualidade do serviço público jurisdicional ocasionou ainda, com a promulgação da Emenda Constitucional n.

⁵ Mandado de Injunção 715 do Distrito Federal de relatoria do Ministro Celso de Mello.

45/2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), novo órgão integrante do sistema judiciário, responsável pela fiscalização externa e superior dos demais órgãos integrantes da Função Judiciária, cujas atribuições (DIAS, 2018, p. 204-206), dentre outras, são:

de controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, recebendo e conhecendo das reclamações contra membros ou órgãos do judiciário, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, além de representar ao ministério Público, no caso de cometimento do crime de abuso de autoridade.

Podemos citar ainda como alterações trazidas pela EC 45/2004 a modificação (no art. 93 da Constituição Federal de 1988) do critério para promoção dos magistrados: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” e “a aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.

Além disso, a Emenda Constitucional n. 45/2004 eliminou as férias coletivas nos juízos de primeiro e de segundo graus; incluiu plantão permanente de juízes em dias em que não houver expediente forense normal; garantiu a proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional, a efetiva demanda judicial e a respectiva população; e delegou aos servidores judiciários a prática dos atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

A criação do Conselho Nacional de Justiça resultou, mais adiante, em 2008, na edição do Código de Ética da Magistratura, onde foram estabelecidos preceitos deontológicos a serem observados pelos juízes, acerca da independência, imparcialidade, transparência, integridade pessoal e profissional, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, dignidade, honra e decoro (DIAS, 2018, p. 210).

Com base nas lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, podemos concluir que as mudanças normativas advindas com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliaram o conceito normativo do devido processo legal, incluindo nele o direito fundamental dos jurisdicionados a um processo sem dilações indevidas (DIAS, 2018, p. 207).

O professor Fabiano Carvalho reconhece como características marcantes da garantia constitucional do prazo razoável para duração do processo: a universalidade, a limitabilidade, a cumulatividade e a irrenunciabilidade:

(i) universalidade, porquanto é destinada a todos que estão submetidos à jurisdição brasileira; trata-se, portanto, de um direito fundamental assegurado a todos, indistintamente; (ii) limitabilidade, os direitos fundamentais não são absolutos; isso quer dizer que a garantia da duração razoável do processo deve ser interpretada à luz do sistema e que duas garantias constitucionais podem chocar-se, como, v.g., celeridade e contraditório. Tal fenômeno é denominado de conflito positivo, resolvido pelo princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio absoluto; (iii) cumulatividade, uma vez que essa garantia pode, e não raras vezes, é cumulada com outras; finalmente, (iv) irrenunciabilidade, na medida em que os titulares da garantia constitucional não podem dela dispor (CARVALHO, 2009).

Ainda de acordo com o professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o devido processo legal se caracteriza como um bloco aglutinante de direitos e garantias fundamentais, sendo eles o direito de amplo acesso à jurisdição, a garantia do juízo constitucional, a garantia do contraditório paritário, a garantia da plenitude de defesa, a garantia da fundamentação racional das decisões e a garantia de um processo sem dilações indevidas (DIAS, 2018, p. 213):

O devido processo legal, a partir daí, sob interpretação lógico-sistemática do texto constitucional, com o acréscimo do inciso LXVIII ao seu artigo 5º (ver também artigos 93, incisos IX e XIII, 133 e 134), se caracteriza como um bloco aglutinante e compacto de vários outros direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a)- direito de amplo acesso a jurisdição, prestada de forma eficiente, dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)- garantia do juízo constitucional; c)- garantia do contraditório paritário; d)- garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor público (artigos 133 e 134); e)- garantia da fundamentação racional das decisões judiciais centrada na reserva legal (artigo 93, incisos IX e X); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas.

Desta feita, uma vez alçada, a razoável duração do processo, à condição de garantia constitucional expressa, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, esta passou a ser direito do povo – e também das pessoas jurídicas – contra o Estado-Julgador, à prestação do serviço essencial da Jurisdição dentro de um prazo razoável. Em contraposição a esse direito, nasceu também para o Estado o dever de prestar a Jurisdição sem dilações indevidas, ou seja, em estrito cumprimento às normas de direito processual que o próprio Estado, na qualidade de legislador, editou (DIAS, 2018, p. 212).

Ademais, a violação pelos órgãos jurisdicionais à garantia constitucional da duração razoável do processo poderá, inclusive, dar ensejo à propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental pelos legalmente habilitados perante o

Supremo Tribunal Federal, bem como à obrigação de reparar os danos causados aos jurisdicionados, em ação própria a ser proposta por qualquer prejudicado, nos termos da responsabilidade civil (DIAS, 2018, p. 213).

Assim, tal como a garantia da jurisdição (adequada) abordada no subcapítulo anterior, uma vez demonstrado o caráter cogente da celeridade, ou da razoável duração do processo – processo sem dilações indevidas –, alçada ao patamar de garantia constitucional dos jurisdicionados em face da Função Judiciária do Estado, que abordaremos o instituto do saneamento do processo nos próximos subcapítulos. Toma-se como premissa maior o dever do Estado Julgador em prestar jurisdição adequada aos jurisdicionados, ou seja, em estrita observância ao devido processo legal, e em tempo razoável (sem dilações indevidas), sob pena de afronta direta ao texto constitucional, constituindo, assim, a jurisdição adequada e a razoável duração do processo (celeridade), garantias constitucionais dos jurisdicionados.

3.3 Introdução às técnicas de organização e saneamento do processo

Uma vez apresentados, ainda que forma sumarizada, os antecedentes históricos do instituto do saneamento, contextualizado o caminho até a fase de democratização processual em que foi moldado o Código de Processo Civil de 2015, investigados os paralelos normativos do instituto em alguns dos mais relevantes ordenamentos jurídicos do *civil law*, e demonstrado o modo como entendemos a jurisdição e a razoável duração do processo, qual seja, como garantias constitucionais e dever do Estado Julgador em prestar a jurisdição de forma adequada e em tempo razoável, passaremos, enfim, a discorrer – neste subcapítulo e nos subsequentes – de forma mais pontual acerca das técnicas de organização e saneamento do processo prescritas no Código de Processo Civil de 2015.

De início, cabe destacar a opção do legislador pelo verbo *deverá*, utilizado no *caput* da regra processual – *deverá o juiz* –, para deixar, desde logo, clara sua intenção quanto à obrigatoriedade do saneamento e da organização do processo, ressalvadas as hipóteses de extinção do processo ou julgamento antecipado do mérito, tratados nos artigos antecedentes ao art. 357 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reforça tal entendimento, uma vez que, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de

1973, já entendia pela indispensabilidade do saneamento – embora tal prática não fosse observada como regra na prática forense. Desta forma, reproduzimos abaixo a ementa de acórdão de relatoria do Ministro Francisco Falcão, proferido em março de 2006 pela Primeira Turma, nos autos do Recurso Especial 1.696.396/MT⁶, dez anos antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Também merece ser pontuada a relevância do dever de comparticipação verificado no novo ordenamento, quando o legislador assegura expressamente o direito das partes de pedirem esclarecimentos ou solicitar ajustes na decisão saneadora no prazo de cinco dias, em manifesta consonância com o processo constitucional.

O caráter democrático do Código de Processo de 2015 também se revela ao dispor, de modo objetivo e cristalino, quanto à possibilidade de as partes, sem a participação do magistrado, se reunirem para delimitar, consensualmente, as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, com a indicação das provas necessárias ao deslinde do feito, das questões de direito relevantes para a decisão do mérito, além de distribuírem entre si o ônus da prova, para posterior homologação pelo juiz.

Aqui, há de se reconhecer que o código é permissivo quanto à possibilidade de não homologação, pelo juiz, da proposta consensual apresentada pelas partes – obviamente que por decisão fundamentada na lei –, deixando clara a manutenção da posição de autoridade do magistrado, sem que isso implique em qualquer incompatibilidade com o policentrismo típico da democratização processual.

Sobre o tema, Camila Victorazzi Martta discorre:

Ao magistrado caberá, por sua vez, analisar a convenção processual realizada, especialmente a sua legalidade, e a homologar, pois assim vinculará todos sujeitos do processo. Não restam dúvidas de que vinculação das partes e do juiz na produção da prova negociada, declarada assim em

⁶ PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA. RELEVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 331 DO CPC. I – A fase saneadora do processo é de extrema importância para o seu deslinde, tendo conteúdo complexo, sendo que nela o juiz examinará os pontos argüidos na contestação, de caráter preliminar, assim como os pressupostos processuais e os requerimentos de produção de provas, exigindo-se, para tanto, a devida fundamentação, a teor do art. 165 do CPC. II – Sendo assim, não há como o julgador deixar de proceder ao despacho saneador, deixando in albis, as preliminares suscitadas e passando diretamente para a fase de instrução e julgamento, presumindo-se, assim, que o processo encontra-se sanado, sob pena de nulidade absoluta do feito. III – Recurso especial provido, para que o feito seja anulado, a partir da instrução processual, com a realização da fase de saneamento (STJ - REsp: 780285 RR 2005/0150573-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/03/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 218) (BRASIL, 2006).(sic)

fase de saneamento do processo, fará que a fase probatória seja mais eficiente, o que consequente e necessariamente carretará num resultado melhor do processo (MARTTA, 2020, p. 136).

O código ainda inovou na determinação manifesta do legislador – e não a mera autorização ou permissão – para que o juiz, nas causas que apresentarem complexidade em matéria de fato ou de direito, designe audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Em síntese, “o sistema processual abre-se às partes para que estas, em conjunto com o juiz, saneiem o processo” (MARTTA, 2020, p. 136-137).

Trata-se da reincorporação, ao ordenamento, dos princípios da oralidade e da imediatidade do juiz que vieram perdendo espaço desde a edição do Código de Processo de Processo Civil de 1973, conforme já explanado no primeiro capítulo desta pesquisa.

Pois bem, cabe ainda demonstrar a razão de ser deste estudo: qual a melhor forma de aplicabilidade constitucional do art. 357 e de que forma esta operacionalização adequada do instituto do saneamento (e organização do processo) poderá contribuir para a prolação de um provimento final célere e democrático.

Em um primeiro momento, podemos destacar que a realização da organização e saneamento do processo mediante concreta observância do dever de participação e dos princípios do efetivo contraditório de influência e da oralidade, atrelados à imediatidade do juiz, por si, já traria enorme grau de segurança de que o processo seria conduzido ao momento final – a prolação da sentença – com o necessário enfrentamento, pelo magistrado, das questões relevantes, devidamente suscitadas pelas partes no momento oportuno.

Mas não é só, o Código de Processo Civil de 2015, ao descrever um *iter* processual obrigatório e detalhado sobre a forma de se proceder com a organização e saneamento do processo, bem como de direcionar a fase probatória para se evitar diligências impertinentes, não apenas apresenta, mas também exige do magistrado observância obrigatória a este modelo procedimental que, de fato, acreditamos ser o mais adequado, dentro da perspectiva constitucional e do que concebemos hoje por processo, para obtenção, dentro dos limites do devido processo legal e assegurada a ampla defesa, de um provimento final em tempo razoável e efetivamente democrático.

Célere, porque observadas as disposições normativas quanto ao exame da aptidão da petição inicial, dos pressupostos processuais e da pertinência das provas requeridas no momento oportuno, a decisão de saneamento abreviará o curso de

demandas ineptas ou que tenham qualquer tipo de óbice à apreciação do mérito, mediante extinção sem resolução de mérito, antes que seja despendido qualquer tipo de esforço ou providência desnecessária, bem como daquelas onde tenham sido requeridas provas impertinentes ou desnecessárias ao deslinde da ação, resultando sempre em economia processual.

E democrático, na medida em que, mediante participação efetiva e influência das partes junto ao juiz na condução de etapa organizacional e saneadora, diversas questões, de fato e de direito, poderão ser declaradas resolvidas antes da prolação da sentença e da instrução probatória, diminuindo e tornando mais objetivo e claro, para todos os sujeitos processuais, quais as questões, de fato e de direito, as partes – destinatárias finais do provimento – esperam ver efetivamente enfrentadas em sentença.

Neste sentido, cabe destacar a lição de Gustavo Gonçalves Gomes sobre a obrigatoriedade de enfrentamento, no modelo constitucional de processo, de todas as questões que as partes entendam como relevantes:

A chamada "relevância" posta de forma inédita no artigo 357 deve ser entendida não pelo ângulo pessoal, mas sim coletivo, e que sirva a todos os sujeitos do processo e à sua função pública. Significa dizer que as questões relevantes devem ser consideradas por uma visão coletiva dos sujeitos do processo e não somente pelo prisma do juiz. Portanto, se determinada questão de fato é muito relevante para uma das partes e na concepção do juiz pouco relevante para o julgamento da lide e a construção da sentença, essa análise não desonera de forma alguma o magistrado da necessidade de enfrentar e tratar o tema em sua sentença. O mesmo ocorre em relação a todos os argumentos e questões de direito trazidos pelas partes que, segundo a construção do nosso modelo constitucional de processo, precisam ser abordados de forma fundamentada pelo magistrado.

Há, portanto, vários conceitos vagos postos, que para o bem da nova lei processual, precisam ser interpretados de forma mais abrangente. O juiz, apesar de ser, em conjunto com as partes, o destinatário final das provas e das questões trazidas em cada processo, não pode esquecer que a sociedade é a destinatária final da função exercida pelo Poder Judiciário brasileiro e, assim, merece saber e ler a certeza de que o processo civil é um bom instrumento, permitindo que as decisões judiciais sejam construídas com colaboração de todos e não de forma discricionária, individual e arbitrária pelo magistrado (GOMES, 2020, p. 196).

Ademais, a própria fase probatória restará limitada às questões de fato que efetivamente necessitem de maior arcabouço probatório, ficando também desde logo cientes as partes sobre seus ônus e quais instrumentos terão à disposição para comprovar as questões, objetos da dilação probatória que lhe incumbirem, e o juiz, sobre todas aquelas questões e argumentos que estará obrigado a apreciar em sentença.

3.4 Interpretação constitucional do artigo 357 do CPC

3.4.1 *As questões processuais pendentes*

Segundo o que dispõe o art. 357 do Código de Processo Civil, a primeira etapa do saneamento (e organização) do processo iniciará pela resolução, pelo magistrado, de todas as questões processuais pendentes:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
I - resolver as questões processuais pendentes, se houver.

Conforme abreviou Alexandre Varela de Oliveira, o inciso I do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 “destina-se eliminar vícios ou irregularidades, porventura, ainda existentes, declarando o processo saneado, ou seja, livre e desimpedido para atingir sua finalidade precípua, passando, posteriormente, à sua organização”:

Deste modo, contrariamente ao estabelecido na sistemática de 1973, o inciso I do art. 357, ao disciplinar a resolução das questões processuais pendentes, impõe ao juízo, naquele momento, a verificação dos ‘pressupostos processuais (pressupostos de formação válida e de desenvolvimento regular do procedimento)’, e dos ‘requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito (interesse e legitimidade)’ objetivando extirpar quaisquer vícios procedimentais, assim propiciando que o processo tramite em direção ao julgamento do mérito (VARELA, 2019, p. 124-125).

Não é demais lembrar, conforme já enfatizamos nesta pesquisa, que a organização e o saneamento do processo, tal como concebido pelo Código de Processo Civil de 2015, constituem etapa obrigatória do procedimento comum – o qual é aplicado subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução –, cuja inobservância pelo magistrado e pelas partes, que têm o dever de fiscalização, implicará em afronta à garantia constitucional à jurisdição adequada.

Neste sentido, é importante a contribuição de Gustavo Gonçalves Gomes, ao discorrer sobre o caráter imperativo da etapa do saneamento do processo no Código de Processo Civil de 2015:

Com inspiração nas demais premissas que nortearam a criação do novo CPC, o juiz não pode inovar nem deixar de respeitar a diretriz imposta pelo artigo 357, muito menos agir de forma indiferente e superficial na maneira como o saneamento cooperativo deverá ser realizado. O mencionado dispositivo processual trata o saneamento cooperativo de maneira imperativa e consigna que o juiz ‘deverá’ construir sua decisão de saneamento do processo, tampouco se lhe faculta a transposição dessa importante fase processual.

Portanto, o legislador acertou ao estabelecer o caráter obrigatório do saneamento do processo, uma vez que essa decisão ultrapassa os interesses das partes e configura, na verdade, um grande interesse público que trará ao

processo e consequentemente às atividades do Poder Judiciário uma importante contribuição para o 'destravamento' das engrenagens que levarão à outorga da prestação jurisdicional (GOMES, 2020, p. 208).

Assim, como etapa imprescindível que é, o saneamento do processo se iniciará pela observância, pelo juiz, acerca da adequação do processo, ou seja, pela realização de verdadeiro juízo de admissibilidade, resolvendo todas as questões processuais pendentes.

Essa análise de admissibilidade, conforme ensina Araken de Assis, deve seguir a observância de um roteiro de questões prévias e incidentais, que, no nosso entendimento, poderá conduzir: (i) ao afastamento da jurisdição (juízo de admissibilidade negativo); (ii) à realização de diligências ou atos processuais necessários à convalidação de atos já praticados e à regularização de pressupostos processuais (pressupostos de formação válida e de desenvolvimento regular do procedimento) e/ou de requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito (interesse e legitimidade); ou (iii) ao juízo de admissibilidade positivo, que conduzirá ao prosseguimento às demais etapas de saneamento e organização do processo.

Para tanto, Araken de Assis formulou um amplo rol de questões processuais pendentes que deverão ser objeto de análise na decisão de organização e saneamento do processo:

- a) a existência de defeitos formais na petição inicial (v.g., a falta de congruência entre a causa de pedir e o pedido), a teor do art. 337, IV;
- b) a falta ou inexistência de citação (art. 337, I);
- c) a incompetência absoluta e relativa (art. 337, II);
- d) a perempção (art. 337, V, c/c art. 486, § 3º);
- e) a litispendência (art. 337, VI, c/c § 3º);
- f) a coisa julgada (art. 337, VII, c/c § 4º);
- g) a conexão (art. 337, VIII);
- h) a admissibilidade do litisconsórcio ativo ou passivo (art. 113, § 1º);
- i) a incapacidade das partes (art. 301, IX);
- j) a representação técnica das partes (art. 337, IX c/c arts. 103 e 105);
- k) a falta de autorização legal (art. 337, IX c/c art. 73);
- l) a representação das pessoas jurídicas e demais entes dotados de personalidade processual (art. 337, IX, c/c art. 7º);
- m) a existência de convenção de arbitragem (art. 337, X);
- n) a falta de caução (art. 337, XII, c/c art. 83);
- o) a falta de prestação prévia (art. 337, XII c/c art. 486, § 2º);
- p) a falta de interesse, legitimidade (e a possibilidade jurídica do pedido, todavia remanescente), ou condição da ação, assuntos outrora agrupados sob a equívoca expressão 'carência de ação' (art. 337, XI, c/c 485, VI);
- q) a transmissibilidade da pretensão (art. 485, IX);
- r) a confusão entre autor e réu, em razão da transformação das pessoas jurídicas empresárias e outras razões;
- s) o valor da causa (art. 337, III);
- t) a intervenção do Ministério Público e a oportunidade da sua intimação;
- u) a existência de causa prejudicial (art. 313, V, a, c/c art. 315);
- v) a preterição de litisconsórcio necessário (art. 115, § único);
- x) a admissibilidade da cumulação de pedidos (art. 327);

z) a concessão ao benefício da gratuidade suscitado pelo réu ou pelo autor (art. 100) (ASSIS, 2015. p. 405-406).

Acrescentaríamos ao rol do renomado processualista, como questão processual pendente que também deve ser objeto da técnica prevista no inciso I do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015, a observância, pelo juiz, acerca de pendência de apreciação das tutelas provisórias – de urgência (cautelares ou antecipadas) ou de evidência – que, não raras as vezes, têm suas análises postergadas quando do recebimento da exordial, sob fundamento no art. 10 do código processual, e acabam ficando esquecidas mesmo após o estabelecimento do contraditório.

Assim, ainda que entenda o magistrado pela necessidade de estabelecimento do contraditório antes da apreciação da tutela provisória – o que entendemos, inclusive, ser adequado, ressalvadas hipóteses excepcionais onde o estabelecimento do contraditório poderá implicar em dano grave ou risco ao resultado útil do processo –, certo é que referida decisão não poderá ser postergada para além da etapa de saneamento, sob pena de perdimento da provisoriedade da tutela pleiteada, esvaziando a razão de ser do instituto (tutela provisória).

Cabe-nos ainda fazer uma crítica pontual e respeitosa a Gustavo Gonçalves Gomes e Camila Victorazzi Martta, que tanto contribuíram para o presente estudo. A concepção instrumentalista do processo adotada pelos referidos autores, conforme transcrições abaixo, não se compatibiliza, no nosso entendimento, com a melhor técnica de organização e saneamento do processo que formulamos na presente pesquisa, na medida em que estes defendem a possibilidade de realização de saneamento prematuro do processo, logo quando do recebimento da exordial:

O artigo 352 dispõe que, "verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias". A situação apontada nesse dispositivo ocorre, por exemplo, quando o juiz se vê diante de uma demanda que comporta a existência de litisconsorte passivo necessário e que, por alguma razão, o autor não requereu na petição inicial a citação do outro réu. Quando tal acontece, cabe ao juiz, em atitude de total preservação do processo, determinar ao autor a adoção das providências necessárias à citação do réu ignorado. Ao atuar dessa forma o juiz estará realizando competente saneamento do processo fora do momento indicado no artigo 357 do CPC de 2015 e, consequentemente, resolverá uma questão processual pendente e prejudicial à eficácia da sentença" (GOMES, 2020, p. 213-214).

O prosseguimento do processo só será possível se estiverem preenchidos todos os pressupostos processuais e condições da ação. Como já foi afirmado, o juiz faz um primeiro juízo de admissibilidade ao receber a petição inicial, mas deverá renová-lo quando do recebimento da contestação, pois só com a relação processual completa. Logo, por consequência, objeto da

decisão de saneamento serão diversas questões englobadas nessa rubrica, conforme rol apresentado por Araken de Assis (MARTTA, 2020, p. 113-114):

Conforme já havíamos indicado no capítulo anterior, entendemos mais adequada a realização do saneamento de forma unitária, ou seja, concentrada na etapa dedicada ao saneamento e organização do processo, tal como defendido por Rosemiro Pereira Leal, que rechaça qualquer possibilidade de indeferimento da inicial ou declaração de sua inépcia liminarmente, no momento do seu recebimento (LEAL, 2021, p. 159).

Evidentemente que reconhecemos a necessidade de resolução de eventuais questões processuais pendentes ou incidentais que sobrevenham aos autos após a decisão de saneamento. Justamente por este motivo, optamos pelo termo “preferencialmente unitário” quando da apresentação da proposta de conceito do instituto do saneamento, esboçada no final do capítulo anterior.

Nosso entendimento pela maior adequação do saneamento unitário (ou preferencialmente unitário) se justifica na medida em que, apenas após a citação válida, se consumará a inalterabilidade textual da petição inicial, na medida em que o autor da ação dispõe da faculdade de aditá-la antes que sobrevenha a citação, ou mesmo após a contestação – nesta hipótese, mediante anuência expressa do réu –, sempre antes da decisão de saneamento.

Em termos práticos, acreditamos que a realização do saneamento de forma dispersa, como defendem os instrumentalistas, implicaria na interrupção desnecessária do curso processual (dilação indevida) para realização de atos processuais cujo momento adequado já se encontra expressamente previsto no código.

Ademais, para além da possibilidade de aditamento voluntário da inicial já mencionada acima, podemos destacar também a hipótese de que o próprio magistrado se convença, após o estabelecimento do diálogo processual e maior elucidação da questão debatida, que inexistia, em verdade, qualquer vício a ser sanado, além da hipótese de que, após arguição do vício pela defesa, o autor venha a saná-lo junto à apresentação da réplica, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial.

Por todos estes motivos, entendemos que a resolução das questões processuais pendentes deverá ocorrer de forma unitária na decisão de organização e saneamento do processo, onde todas as questões processuais pendentes serão

resolvidas de maneira concretada, no momento processual adequado e previamente estabelecido em lei, evitando-se dilações indevidas, sob pena de violação à garantia constitucional à razoável duração do processo.

Superada a crítica pontual, devidamente esclarecida, é importante tratarmos ainda, dentro do contexto da resolução das questões processuais pendentes, da teoria da asserção, amplamente utilizada pelos juízes para postergar a apreciação das preliminares para o momento da prolação da sentença, especialmente as questões atinentes à legitimidade e ao interesse processual.

Sobre a teoria da asserção, largamente adotada no Brasil, trazemos o ensinamento de João Batista Lopes:

Uma das vertentes defende a teoria da asserção segundo a qual as condições da ação devem ser analisadas à luz das alegações e fatos constantes da inicial, ou seja, *in statu assertionis*; de outro lado, os partidários da teoria materialista entendem indispensável a análise da relação jurídica no plano do direito material. Sem embargo da polêmica que lavra acerca da matéria, é mais convincente a tese de que as condições da ação devem ser examinadas no plano hipotético (*in statu assertionis*) isto é, a partir da pretensão deduzida na inicial, sem incursão na esfera do mérito. Por outras palavras, é como se o juiz perguntasse a si mesmo: admitindo-se, por hipótese, a procedência do alegado na inicial, é o autor o sujeito ativo e o réu o sujeito passivo da relação jurídica, e estão presentes a exigibilidade do direito e a adequação do provimento pretendido? Conquanto seja objeto de larga polêmica em sede doutrinária - é recorrente, entre os doutrinadores, a reserva à qualificação das condições da ação como verdadeiras condições (em razão disso os autores italianos a elas se referem como *condizioni dell'azione*, isto é, as assim ditas condições da ação) - o certo é que, de lege lata, elas se situam fora do âmbito do mérito (LOPES, 2015, p. 20-21).

À luz da teoria da asserção, o referido autor propõe um questionamento hipotético para aferição das condições da ação – termo abandonado pelo Código de Processo Civil de 2015, que era utilizado para classificar interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido, pressupostos que foram reduzidos, no novo código de processo, a interesse processual e legitimidade.

Segundo o processualista, a partir do questionamento hipotético proposto, caberá ao magistrado analisar efetivamente as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, quando do saneamento e, em havendo resposta negativa a alguma das proposições, deverá, de plano, julgar extinto o processo, ainda que parcialmente, nos termos do art. 354 do Código de Processo Civil.

As considerações sobre a teoria da asserção são relevantes para a presente pesquisa, especialmente para fins de esclarecer aos operadores do direito acerca da

aplicabilidade da teoria durante a etapa de saneamento, no intuito de coibir decisões genéricas supostamente amparadas na teoria da asserção.

Desta forma, eventual decisão de saneamento e organização do processo que entenda pela protelação da análise das questões preliminares sob o argumento de que tais preliminares se confundem com o mérito, deverá, fundamentadamente, demonstrar as proposituras, conforme elucidado por João Batista Lopes (2015), que o levaram à tal conclusão (impossibilidade de apreciação imediata das preliminares).

Por fim, ainda sobre a resolução das questões processuais pendentes, importante esclarecer nossa posição, excêntrica, acerca da melhor aplicabilidade do art. 10 do Código de Processo Civil – que dispõe acerca da vedação à decisão surpresa – à etapa de organização e saneamento:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Nesse sentido, em atenção à garantia constitucional da razoável duração do processo, entendemos que, exclusivamente em relação às matérias sobre as quais deva decidir de ofício, poderá o magistrado, sem que isso implique em prejuízo ao efetivo contraditório como influência, deliberar em decisão de organização e saneamento do processo, excepcionalmente, antes da manifestação das partes sobre a referida questão.

Nosso entendimento excepcional em relação ao referido artigo 10 nesta etapa processual se justifica em razão da disposição prevista no § 1º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, que já impõe contraditório obrigatório antes da estabilização da decisão de saneamento.

Em outras palavras, ainda que decida o juiz sobre as matérias que deva decidir de ofício, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, na etapa de organização e saneamento do processo essa oportunidade de estabelecimento do contraditório já se encontra devidamente assegurada. Dessa forma, a relativização do art. 10 do Código de Processo Civil – exclusivamente na etapa do saneamento, frise-se – não implicará, no nosso entendimento, em prejuízo ao contraditório como influência, uma vez o magistrado ainda estará obrigado a debater com as partes sobre a matéria – para além das hipóteses restritas previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 –, mesmo após uma primeira publicização de seu entendimento solipsista sobre o tema.

3.4.2 *As questões de fato e os meios de prova admitidos*

Resolvidas todas as questões processuais pendentes e realizado o juízo positivo de admissibilidade, passará o magistrado à organização do feito, conforme disciplinam os incisos II a V do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015. Iniciaremos a análise da etapa de organização do processo pelo inciso II, que trata da delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, bem como sobre os meios de prova admitidos.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos.

Será a partir da delimitação adequada das questões de fato relevantes para o provimento final que todos os sujeitos do processo terão compreensão abrangente acerca do objeto da demanda. Nessa etapa, deverá o magistrado, sempre em participação às partes, estabelecer os pontos incontroversos, ou seja, aqueles afirmados na petição inicial e não impugnados pelo réu, bem como aqueles trazidos aos autos na defesa – não contrapostos ao afirmado na petição inicial – e não impugnados em réplica pelo autor da ação (ônus da impugnação específica).

Nesse sentido, importante a contribuição de Alexandre Varela de Oliveira:

Deste modo, com a delimitação adequada das questões de fato, propicia-se aos sujeitos processuais maior compreensão acerca de todo o objeto da demanda, exigindo com que suas argumentações sejam direcionadas à demonstração da dinâmica e das circunstâncias que ensejaram o ajuizamento da ação, auxiliando, demasiadamente, na especificação dos meios de provas que serão procedimentalizados para a fixação dos fatos no processo.

Tal delimitação trará maior clareza ao debate, demonstrando o grau de participação de cada um dos sujeitos na fixação dos pontos controversos, além de contribuir para o entendimento da demanda e atribuição de suas responsabilidades (VARELA, 2019, p. 126).

Sobre tais fatos – não impugnados pelas partes –, ainda que não tenham sido comprovados pelo autor ou réu junto às suas petições, deverá o magistrado, na etapa de organização do processo, defini-los como pontos incontrovertidos, sobre os quais não se fará necessária qualquer dilação probatória, uma vez que as partes, ainda que tacitamente, reconheceram não haver controvérsia sobre a matéria.

Quanto ao artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, entendemos que tal autorização – para que o juiz determine produção de

provas de ofício – deve ser interpretada sempre de forma restritiva, ou seja, limitada a questões de ordem pública que poderão implicar em prejuízo a terceiros, ao Estado ou mesmo à administração da Justiça.

Assim, rechaçamos a utilização, pelo juiz, da autorização prevista no art. 370 do código processual para determinar, de ofício, a produção de provas sobre pontos incontroversos, como instrumento inquisitório, objetivando “checar” se as questões de fato sobre as quais as partes já estabeleceram consenso – ainda que tacitamente – se confirmariam no mundo dos fatos.

Tal medida implicaria em dilação indevida do processo, mediante produção de provas desnecessárias à resolução da lide, bem como em violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e ao próprio princípio dispositivo que vigora em nosso ordenamento.

Uma vez estabelecidos os pontos incontroversos, nos termos acima delineados, sobre os quais será prescindível qualquer dilação probatória, verificará o magistrado acerca da possibilidade de resolução antecipada do mérito, ainda que parcialmente, conforme dispõem os art. 355 e 356 do Código de Processo Civil:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Em sendo hipótese de julgamento antecipado do mérito, em decorrência da constatação de ponto incontroverso suficiente para a deliberação integral sobre o mérito da ação, deverá desde logo prolatar sentença.

Por outro lado, sendo parcial o objeto da ação que se tornou possível deliberar em razão do reconhecimento de ponto incontroverso, decidirá o magistrado, na própria decisão de organização e saneamento do processo, acerca do pedido que se

encontrar maduro ao julgamento, resolvendo parcialmente o mérito. Tal medida deverá ser adotada sempre que possível e em relação a todos os pedidos que se encontrarem em condições de imediato julgamento, em prestígio à garantia da razoável duração do processo, na medida em que a prestação jurisdicional, ainda que parcialmente, não merece ser protelada injustificadamente.

Ademais, certamente que a resolução, na maior medida possível, de pedidos que se encontrarem aptos a julgamento no momento do saneamento do processo, implicará em diminuição do objeto da demanda, tornando-a, possivelmente, menos complexa, permitindo às partes e ao juiz concentrar seus esforços nas questões efetivamente controvertidas, objeto da dilação probatória, tanto no momento da elaboração de suas razões finais como na própria prolação da sentença.

E são tais questões, efetivamente controvertidas – ou controversas –, que deverão ser objeto de delimitação clara pelo magistrado, na decisão de organização e saneamento do processo, estabelecendo, desde logo, a partir dos requerimentos formulados na petição inicial e na contestação, quais serão os meios de prova admitidos em relação a cada uma destas questões, indeferindo os meios de prova que se mostrarem impertinentes ou desnecessários à resolução do mérito.

Evidentemente que esta decisão deverá ser devidamente fundamentada, especialmente quanto ao indeferimento da produção de provas, sob pena de cerceamento de defesa e nulidade do processo, devendo ser autorizada, sempre que possível, a utilização de todos os meios de prova disponíveis e requeridos pelas partes, a menos que se mostrem, seguramente, impertinentes ou desnecessários, em razão de circunstâncias particulares do processo, as quais deverão ser esclarecidas pelo magistrado quando do indeferimento.

O estabelecimento do contraditório sobre tais questões (sobre as quais recairão a atividade probatória e sobre os meios de prova admitidos), como já mencionamos neste estudo, se dará tanto pela observância pelo juiz aos argumentos e requerimentos formulados na petição inicial e na contestação como também mediante pedido de esclarecimentos pelas partes, no prazo de cinco dias, tal como previsto no § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil.

Deverão os advogados se atentar ao que dispõe a lei, apresentando de forma fundamentada seus requerimentos quanto à produção de provas, evitando requerimentos genéricos como os que se percebe na prática forense, sob pena de

indeferimento de seus requerimentos, em prejuízo de seus clientes, e de inviabilização do adequado saneamento do processo.

Uma vez compreendidas e adotadas tais técnicas – o que pode demandar ainda um período de acultramento e de aprimoramento do conhecimento técnico pelos operadores do direito, em especial pelos advogados –, entendemos que o experimentado despacho “em provas”⁷ se tornará cada vez mais desnecessário, resultando (com a sua supressão do *iter* processual) em celeridade, na medida em que será extirpada do processo etapa inútil, considerando que, na perspectiva de saneamento introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, tal especificação justificada dos meios de prova necessários à comprovação dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito deve ocorrer, sempre, quando da apresentação da petição inicial e da contestação.

Sobre o tema, importante a lição de Gustavo Gonçalves Gomes:

A propósito, a praxe forense e os próprios magistrados adotaram uma etapa totalmente incoerente com o sistema que se pretende renovar. Como na petição inicial o autor tem a obrigação de instruir a sua peça com todas as provas e todos os documentos que considera essenciais para a compreensão da lide, inclusive especificando as provas suplementares que pretende produzir, não há necessidade de os juízes manterem, na vigência do CPC 2015, o despacho “em provas” com a mesma configuração do pretérito CPC de 1973.

Conforme se demonstrará adiante, a petição em que as partes, na vigência do CPC de 1973, usualmente especificavam as provas que pretendiam produzir perdeu completamente a finalidade, devendo ser reconfigurada como manifestação antecedente e preparatória às decisões que deverão surgir no ato do saneamento do processo. Ademais, tal situação também se mostra incoerente quando se verifica que a posição do réu na apresentação de sua defesa já sabe quais provas gostaria de produzir, sendo por isso mesmo desnecessária a abertura de uma nova oportunidade para a prática de ato já realizado (GOMES, 2020, p. 223).

Por fim, quanto aos meios probatórios admitidos, entendemos pela plena aplicabilidade do princípio da máxima eficiência dos meios de prova, de modo a permitir às partes a maior liberdade possível durante a fase de instrução, tal como defendido por Leonardo Greco:

Respeitado o núcleo duro e intransponível do respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, todas as provas são admissíveis, numa concepção naturalista de prova, ou seja, de que tudo aquilo que serve para demonstrar a verdade dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano também serve para o Direito (GRECO, 2010, p. 123-124).

Conforme já indicado anteriormente, optamos por dedicar um subcapítulo exclusivo para a técnica de distribuição do ônus da prova, considerando sua

⁷ Despacho para que as partes especifiquem, justificadamente, as provas que pretendem produzir, geralmente proferido após a apresentação da réplica e antes da etapa de saneamento do processo.

relevância dentro do saneamento do processo e a dificuldade que se verifica, na prática forense, quanto ao domínio do assunto pelos operadores do direito. Assim, passaremos agora à análise das questões de direito relevantes para a decisão do mérito e, mais à frente, abordaremos a prova, o ônus da prova e a sua distribuição.

3.4.3 As questões de direito relevantes para a decisão do mérito

A próxima técnica de organização do processo que deve ser observada e efetivada pelo juiz quando da prolação da decisão de saneamento consiste na delimitação, ou fixação, das questões de direito relevantes para a decisão do mérito, tal como determina o inciso IV do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

Assim como já alertamos em relação à necessidade de delimitação das questões de fato sobre as quais recairão a atividade probatória, a fixação das questões de direito também constitui dever do magistrado, possibilitando que as partes, após tomarem conhecimento e influenciarem essa fixação – mediante pedido de esclarecimentos (conforme § 1º do mesmo art. 357) ou durante a audiência de saneamento –, possam concentrar seus esforços na tentativa de demonstração do enquadramento da norma, ou do precedente, à situação fática objeto do litígio.

Desta forma, deverá o magistrado, na decisão de organização e saneamento do processo, proceder com um breve apanhado sobre as questões de direito apresentadas por cada uma das partes, bem como sobre eventuais matérias de ordem pública que entenda como relevantes para a resolução do litígio, indicando desde logo – sempre de forma fundamentada – aquelas que entende prescindíveis ao julgamento da lide e que, portanto, não serão apreciadas em sentença, e de outro lado, todas aquelas questões de direito que entende relevantes ao julgamento da causa, às quais permanecerá vinculado a enfrentar expressamente, quando da prolação do provimento final.

Em relação às matérias de ordem pública mencionadas acima, cabe-nos ressaltar mais uma vez nossa visão restritiva quanto ao *iura novit cúria*, de forma que entendemos que o permissivo para que sejam introduzidas novas questões de direito na lide, pelo magistrado (de ofício), se limitam àquelas matérias de ordem pública que

possam resultar em prejuízo a terceiros, ao Estado ou à administração da Justiça, em consonância com o princípio dispositivo, não inquisitorial, que vigora em nosso ordenamento.

Uma vez arrolada pelo juiz qualquer matéria nova – não articulada pelas partes – quando da fixação das questões de direito relevantes para o julgamento da causa, as partes deverão se manifestar sobre tal questão no prazo previsto para o pedido de esclarecimentos, evitando assim a prolação de decisão surpresa, tal como determina o art. 10 do Código de Processo Civil de 2015.

A adequada decisão de organização e saneamento, após estabilizada, e uma vez proferida em atenção às técnicas objeto da nossa proposição neste estudo, vinculará partes e magistrado, funcionando como verdadeiro roteiro, claro e objetivo, de julgamento da demanda, tal como ensina Gustavo Gonçalves Gomes:

No que tange ao inciso IV do artigo 357 do CPC, o despacho saneador deve conter um resumo bem definido sobre os temas de direito trazidos pelas partes e também sobre outras questões de direito que na visão do juiz possam ser úteis ou essenciais ao julgamento da lide. Afinal, considera-se 'direito' não somente a legislação material aplicável ao caso, mas também todas as fontes disponíveis ao magistrado.

A criação de um roteiro de julgamento cujo conteúdo contenha, de forma organizada e clara, os temas que serão avaliados no momento da prolação da sentença é um importante pressuposto de um processo civil constitucional, mais objetivo e construído com a participação e colaboração de todos os seus sujeitos (GOMES, 2020, p. 238).

Importante destacarmos ainda que as questões de direito a serem fixadas ou delimitadas pelo juiz na decisão de organização e saneamento do processo não se limitam ao enquadramento da norma ao caso concreto, cabendo às partes provocar o magistrado também com questões de direito relacionadas à aplicabilidade de súmulas, enunciados e acórdãos ao caso concreto, na medida em que constitui a jurisprudência fonte relevante do direito no Brasil.

É pertinente destacarmos ainda que a única interpretação constitucional possível, no nosso entendimento, para o termo “relevantes” indicado na no inciso IV aqui tratado, constitui na relevância para todos os sujeitos processuais e não apenas para o magistrado, sob pena de incorrer em decisão solipsista.

Desta forma, ainda que entenda o magistrado que eventual questão de direito suscitada não seja relevante ao julgamento da causa, sempre que houver insurgência quanto à questão – oralmente em audiência ou mediante pedido de esclarecimentos – deverá o juiz incluir a questão entre aqueles relevantes e efetivamente enfrentá-la quando do provimento final, o que legitimará a sentença (PICARDI, 1998),

aumentando a probabilidade de que seja melhor aceita e respeitada pelas partes, implicando, inclusive, em ganho de celeridade, com a potencialidade de diminuição dos recursos interpostos. Neste sentido, já discorreram Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Quinaud:

Ao contrário da forma como vem sendo interpretada por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que, um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos, é fonte geradora de um sem-número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que certamente não auxilia na obtenção de uma razoável duração do processo (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 484).

Acreditamos, por fim, que a observância pelos operadores do direito às técnicas de delimitação objetiva e prévia (em decisão de organização e saneamento participada) de todas as questões de fato e de direito que as partes e o juiz entendam como relevantes ao julgamento da causa – e que deverão ser efetivamente enfrentadas quando da prolação da sentença – constituem pressuposto para um provimento final legítimo e democrático.

3.4.4 *A participação e a audiência de organização e saneamento*

A exposição de motivos da Lei Federal n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) deixa clara a intenção do legislador, ao encomendar o projeto de código de processo, de harmonizar a legislação infraconstitucional às garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, tal como previsto na Constituição Federal de 1988, merecendo destaque o dever de cooperação ou de participação, no intuito de oferecer mais legitimidade ao processo judicial, tal como disciplinado nos artigos 6º, 7º e 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto ao dever de cooperação disposto no mencionado art. 6º, Lúcio Delfino é claro ao esvaziar qualquer interpretação romântica ou altruísta do dispositivo normativo:

(...) o art. 6º do CPC/2015 impõe um dever de cooperação que supostamente envolve “todos os sujeitos do processo”. A literalidade do dispositivo sugere até que parte e contraparte (e advogados antagonistas) unam-se em favor da jurisdição estatal e dos seus resultados. Soa aos ouvidos como uma aposta em Rousseau, como se o legislador desejasse instituir a figura do “bom litigante”, ou seja, aquele que não está preocupado em vencer a lide e superar seu oponente, e sim comprometido em cooperar com o Estado para obter solução de mérito “justa” e efetiva. Trata-se, porém, de visão idealista, romântica, descolada da realidade e não afinada às garantias fundamentais contrajurisdicionais, distante do que de fato ocorre na arena procedimental-

jurisdicional, onde as partes (e seus advogados) posicionam-se intencionadas a lograr êxito em suas pretensões, sempre almejando obter vantagens lícitas. Parte e contraparte não se encontram ali com o intuito de dar as mãos, mas para digladiarem e disputarem bens. Cooperação processual não implica colaboração entre partes (tampouco entre advogados), que são parciais e fomentam cada qual interesses antagônicos. Em resumo: inexistente tal espírito altruísta que enlace os litigantes (próprio do cooperativismo socialista), pois o que cada um deles ambiciona é seu próprio favorecimento (DELFINO, 2020, p. 67-68).

Ainda sobre o dever de cooperação (ou dever de comparticipação), Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron complementam que:

Esse princípio técnico (ou, para alguns, mera técnica de tramitação do procedimento) é decorrência do princípio do contraditório e do devido processo legal. Com previsão legal específica no art. 6º, CPC/2015 que dispõe que ‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’, o mencionado princípio viabiliza uma repartição da direção do processo entre partes e juiz, ao propor uma autorresponsabilização de todos os sujeitos processuais (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 496-497).

Tratando-se da etapa de organização e saneamento do processo, o exercício do contraditório como garantia de influência e não surpresa (comparticipação) poderá ser exercido, no contexto do Código de Processo Civil de 2015, de três maneiras, disciplinadas nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 357, a saber: pedido de esclarecimentos, delimitação consensual e saneamento em audiência:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

[...]

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

O pedido de esclarecimentos previsto no § 1º do art. 357 traz inovação interessante na sistemática do exercício do contraditório, na medida em que autoriza as partes a manifestarem, mediante pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes, no prazo de cinco dias após a publicação da decisão de organização e saneamento, demonstrando evidente interesse do legislador em fortalecer o processo decisório mediante tentativa de acomodação de interesses.

Tal situação só é possível, de forma excepcional na etapa do saneamento – e sem prejuízo ao contraditório –, considerando que sobre todas as questões objeto da

decisão de organização e saneamento, as partes, em tese, já deveriam ter se manifestado quando do estabelecimento da relação processual (apresentação da petição inicial e da contestação).

Desta forma, constitui o pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes de importante técnica fortalecedora do contraditório como influência e não surpresa, permitindo às partes participar e influenciar, de forma efetiva e antes de sua estabilização, na construção compartilhada daquela decisão que servirá como verdadeiro roteiro de organização e julgamento do processo, vinculador das partes e do juiz.

Conforme já destacamos no presente estudo, o pedido de esclarecimentos a que se refere o § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil jamais poderá ser confundido como embargos de declaração, uma vez que, diferentemente dos embargos, seu objeto não é restrito às hipóteses de omissão, contradição ou erro material previstas no art. 1.022 do código.

Pelo contrário, o pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes poderá veicular quaisquer das questões atinentes à etapa de organização e saneamento do processo, sendo dever do magistrado, sob pena de violação à garantia constitucional à adequada jurisdição, apreciar de forma receptível e não inflexível as considerações das partes, prestar os esclarecimentos solicitados e, principalmente, proceder com os ajustes necessários, visando, na maior medida possível, atender os interesses processuais de todos sujeitos, participantes e influenciadores da construção do provimento.

Importante mencionarmos ainda a possibilidade – embora não descrita expressamente na lei – de que, entendendo o magistrado pela necessidade da medida, seja pela complexidade da questão ou por qualquer outro motivo justificado, proceda com a abertura de vistas às partes para que se manifestem, uma acerca do requerimento de outra, quanto aos respectivos pedidos de esclarecimentos e solicitação de ajustes apresentados.

Neste momento (e também antes dele) é autorizado às partes manifestarem em conjunto, nos termos do § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil, apresentando delimitação consensual acerca do objeto da decisão de organização e saneamento, podendo tal consenso se estabelecer sobre a integralidade do objeto do

saneamento ou sobre parte dele – por exemplo, apenas acerca das questões de direito relevantes e que deverão ser objeto de apreciação em sentença.

Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron destacam a presença da autonomia privada participativa, ao analisarem a técnica de delimitação consensual tratada no § 2º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015:

Nos termos postos, o § 2º do art. 357 traz à baila uma faceta da autonomia privada lastreada pela boa-fé objetiva e, dentro do perfil participativo do Código de Processo Civil, de se permitir aos litigantes a apresentação ao juiz de uma delimitação consensual das questões de fato e de direito (pontos controvertidos) a serem elucidadas processualmente, sendo que tal delimitação, se homologada, vincula as partes e o julgador.

Este dispositivo acompanha a tendência de valorização das negociações processuais, observada nos arts. 190 e 191 (cláusula geral de negociação processual e de calendarização) (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 484).

Ressalte-se que, em se estabelecendo o consenso apenas sobre parte do objeto do saneamento, o juiz permanecerá obrigado a proceder com o saneamento e a organização quanto às questões remanescentes, na própria decisão que vier a homologar o consenso parcial, sob pena de violação à garantia constitucional à jurisdição adequada.

Apresentado o requerimento consensual de delimitação das questões atinentes ao saneamento e organização do processo – que entendemos ter natureza jurídica de negócio jurídico processual (art. 190 do Código de Processo Civil de 2015) –, este será apreciado pelo juiz e, não havendo qualquer tipo de deliberação sobre matéria de ordem pública que implique em prejuízo a terceiros, ao Estado ou à administração da Justiça, deverá ser homologado, de forma que, a partir da sua homologação, seus termos produzirão o mesmo efeito da decisão de organização e saneamento estabilizada, vinculando as partes e o juiz até a prolação do provimento final.

Neste sentido, é importante a contribuição de Gustavo Gonçalves Gomes:

Uma vez homologada a petição, o juiz ficará obrigado a apreciar oportunamente e de forma fundamentada os seus termos, sem se sentir vinculado àquilo que foi oferecido como colaboração pelas partes. Significa dizer que muito embora o juiz deva apreciar e se manifestar de forma fundamentada sobre as questões de fato e de direito trazidas ao processo pelas partes, poderá indicar na sentença que proferir, como fundamento, outras questões de fato e de direito que embora não tenham sido expressamente mencionadas na decisão saneadora podem eventualmente contribuir para a construção de um julgamento justo e de qualidade.

Saliente-se que não há aqui nenhum compromisso ou determinação legal para que as partes possam colaborar entre si no sentido de prover auxílio mútuo nas suas estratégias individuais. O que se evidencia é o interesse de se estabelecer um diálogo entre os interessados sobre as questões (controversas ou não) consideradas relevantes para o julgamento da lide.

[...]

Por outro lado, se para o juiz é muito importante construir uma sentença mais legítima e mais democrática, para o jurisdicionado também é válida a

possibilidade de colaborar com a construção dos elementos que servirão de base para a solução da lide. Afinal, uma sentença que aborde detalhadamente todas as questões trazidas de forma conjunta pelas partes certamente será uma sentença mais bem fundamentada e capaz de causar nos litigantes uma sensação de maior conforto, independentemente do resultado (GOMES, 2020, p. 253-254).

Entretanto, exatamente por constituir um negócio jurídico processual, entendemos que a restrição descrita no § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 – de que o objeto da delimitação consensual se restrinja às questões previstas nos incisos II (questões de fato) e IV (questões de direito) do mesmo artigo – não se sustenta dentro da própria estrutura normativa do código, na medida em que o artigo 190 do mesmo diploma autoriza expressamente “as partes a estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e a convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, desde que verse a causa sobre direitos que admitam autocomposição.

Acreditamos, portanto, que o saneamento consensual, tal como previsto no § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil, constitui relevante técnica permissiva aos advogados para que, agindo com probidade e cordialidade junto aos representantes adversariais e ao juiz, possam construir importante instrumento assecuratório de que todas as questões, de fato ou de direito, que entenderem relevantes para o julgamento da demanda, sejam efetivamente enfrentados no provimento final, construindo assim, em comparticipação, uma sentença mais legítima e mais democrática, uma vez que o magistrado, ao homologar o saneamento consensual, também a ele se encontrará vinculado.

Passaremos, por fim, à análise da audiência de saneamento, prevista no 3º parágrafo do art. 357 do Código de Processo Civil, segundo o qual deverá o juiz (mais uma vez o código traz uma imposição) designar audiência para que o saneamento seja feito em comparticipação, sempre que a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito.

Conforme já havíamos apontado quando da análise da legislação estrangeira sobre o instituto do saneamento, no segundo capítulo, durante a presente pesquisa reconsideramos nosso posicionamento e passamos a defender a obrigatoriedade de realização do saneamento mediante audiência (seja na presença apenas dos advogados ou destes e também das partes) apenas nas ações consideradas complexas, tal como previsto no § 3º do artigo 357 do Código de Processo Civil

brasileiro, sob a justificativa de celeridade processual, talvez não seja a melhor técnica a ser empregada à etapa de organização e saneamento.

Conforme já relatamos neste trabalho, após realização de verdadeira análise crítica dos ordenamentos investigados, verificamos que boa parte deles dispõe no sentido da imperiosidade de realização da audiência denominada prévia – em todos os processos (complexos ou não) – sempre com a participação obrigatória do magistrado, justamente com a finalidade de proceder com o saneamento e organização do feito, algo próximo – mas não equivalente – ao que já ocorre no Brasil no próprio rito ordinário previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas – com a denominada audiência inicial (EÇA, 2019, p. 201-204).

No nosso entendimento, o simples fato de acrescentar ao processo uma nova audiência, considerando a relevância do objeto da decisão (de organização e saneamento) a ser proferida nesta assentada, não implicará, necessariamente, em prejuízo à celeridade do processo. Nesse sentido, a própria Justiça do Trabalho brasileira nos indica que não será o acréscimo de uma audiência que implicará em prejuízo à razoável duração do processo, especialmente considerando que, no Brasil, a Justiça do Trabalho tem se mostrado consideravelmente mais eficiente que a Justiça Comum.

Não obstante ao nosso entendimento, fato é que o Código de Processo Civil de 2015, tal como se encontra hoje vigente, dispõe pela obrigatoriedade da designação desta assentada tão somente nas causas em que se verificar complexidade em matéria de fato ou de direito.

Conforme já nos posicionamos quando da abordagem das questões de direito relevantes, também entendemos que aqui, a definição acerca da complexidade da causa deve ser considerada de forma abrangente, ou seja, o critério da complexidade não deve ser objeto de análise solipsista do juiz, de forma que, em havendo requerimento fundamentado de uma das partes – seja no prazo do pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes, ou mesmo na própria petição inicial ou contestação – para que seja designada a referida audiência de saneamento participativo (em razão de eventual complexidade suscitada), caberá ao magistrado acatar a requisição e designar a sessão, na medida em que, na perspectiva constitucional do processo, não competirá ao juiz, de forma autoritária e

centralizadora, definir isoladamente acerca de questões extremamente subjetivas como a complexidade, ou não, da demanda.

Entendemos que a técnica de saneamento e organização em audiência, em prestígio ao princípio da oralidade, seja ainda mais eficiente que a técnica de saneamento nos autos (cujo contraditório se estabelece a partir do pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes previsto no § 1º do art. 357), na medida em que, em razão do seu dinamismo, proporciona aos advogados e ao magistrado momento de maior pessoalidade e convivência para discussão objetiva e clara acerca do roteiro a ser estabelecido para a construção participada do provimento final.

Uma vez designada a audiência de organização e saneamento do processo, todos os pedidos de esclarecimentos e solicitação de ajustes serão apresentados juntamente com a própria compreensão do magistrado sobre o processo, e deliberadas em participação desde logo, mediante esclarecimentos dinâmicos (pelos advogados ou até mesmo pelas partes) acerca da delimitação das questões de fato e de direito relevantes para a resolução da lide, das provas efetivamente necessárias e daquelas dispensáveis, bem como quanto ao ônus de prova que cada um deverá desincumbir.

Além da estabilização imediata da decisão pronunciada em audiência – uma vez que os pedidos de esclarecimentos e ajustes serão apresentados e deliberados de plano e participadamente, evitando a troca de petições e novas remessas dos autos à conclusão (dilações indevidas) –, podemos mencionar ainda, como benefício do saneamento em audiência, a diminuição da probabilidade de que o juiz venha cometer erros ou omissões acerca das questões relevantes que deveria enfrentar no provimento final (GOMES, 2020, p. 261), questões essas efetivamente debatidas, de forma objetiva e dinâmica, quando da realização do saneamento participado em audiência.

Acerca do tempo despendido na realização da audiência de saneamento, já elucidou Gustavo Gonçalves Gomes:

De fato, o tempo gasto na designação de uma audiência especial de saneamento é desprezível quando se considera o tempo economizado no andamento do processo após a realização do detalhamento das questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da lide. Haverá, ao mesmo tempo, economia de tempo na organização das ideias pelo magistrado e, além disso, a decisão terá grande chance de ser construída com mais clareza, uma vez que comportará todas as contribuições pertinentes a cada sujeito do processo (GOMES, 2020, p. 260).

Destacamos ainda os ensinamentos de Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron acerca do carácter estabilizador que a audiência de saneamento poderá ensejar, na hipótese de as partes, na presença do magistrado, se estimularem a celebrar negócio jurídico processual acerca das questões objeto do saneamento – ou mesmo de outras questões processuais –, hipótese essa em que, uma vez celebrado o acordo e homologado pelo juiz em audiência, tais questões restariam estabilizadas pela coisa julgada formal, restando, portanto, preclusa qualquer possibilidade de arguição em futuro recurso de apelação.

O acordo suscitado acima, se levado a cabo na audiência prevista pelo § 3º, poderá se tornar efetivo instrumento técnico que permitirá discutir e sanear todas as questões, inclusive decisões interlocutórias anteriores que, caso não sejam passíveis de agravo de instrumento (haja vista a conotação casuística desta modalidade recursal), poderiam ser objeto de futura apelação, ao passo que, se discutidas em audiência, seriam alvo de preclusão, reduzindo os riscos de anulações postecipadas (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2020, p. 485).

Evidentemente que a técnica de saneamento e organização em audiência demandará de todos os sujeitos processuais, advogados e magistrados, maior preparo para sua realização, exigindo dos advogados, em especial, conhecimento exaustivo acerca do processo, das questões relevantes e de quais meios de prova entendem necessários para comprovação dos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito em debate, possibilitando, assim, um debate verdadeiramente construtivo acerca do melhor roteiro de julgamento a ser estabelecido e a que todos permanecerão vinculados até a prolação da sentença.

Em contrapartida, entendemos que a realização do saneamento em audiência, logo após a troca das peças inaugurais (petição inicial, contestação e réplica), de forma dinâmica e objetiva, implicará em evidente economia processual, na medida em que afastará as questões impertinentes e irrelevantes do objeto de apreciação do magistrado, dispensará as provas desnecessárias e permitirá a concentração de esforços, por todos os sujeitos processuais, nas questões efetivamente relevantes para a resolução da lide.

E mais, implicará também em legitimidade decisória – esta, no nosso entendimento, tão importante quanto a correção decisória – ao assegurar que todas essas questões efetivamente relevantes serão verdadeiramente enfrentadas quando da prolação do provimento final (decidibilidade democrática).

3.4.5 A calendarização e o negócio jurídico processual

A técnica de calendarização processual é, no nosso entendimento, instrumento de extrema eficiência, na medida em que erradica do processo – ou de parte dele – os denominados tempos mortos do processo (dilações indevidas), que nada mais são que períodos de inatividade em que o processo permanece na secretaria do juízo aguardando que um serventuário proceda com a expedição de intimação para uma ou outra parte para a prática de determinado ato, para que os autos sejam remetidos ao perito ou à contadoria, ou mesmo para que sejam encaminhados ao magistrado em conclusão.

Não são raras as vezes em que um processo, especialmente em tribunais mais longínquos, onde a escassez de servidores é ainda mais evidente, permanece paralisado por meses, chegando a completar anos sem que seja expedida uma simples intimação.

Conforme já nos posicionamos em momento anterior neste estudo, entendemos que tanto a delimitação consensual das questões de fato e de direito como a calendarização processual, previstas nos parágrafos 2º e 8º, respectivamente, do art. 357 do Código de Processo Civil, possuem natureza de negócio jurídico processual, instituto tratado no art. 190 do mesmo Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Acerca da inovação introduzida em nosso ordenamento pelo Código de Processo de 2015, Gustavo Gonçalves Gomes sintetiza bem a extensão que o instituto pode atingir dentro do processo, ao descrever de forma não exaustiva o objeto processual transigível, indicando ainda a presença do que classificaremos aqui como condição suspensiva de eficácia do negócio jurídico processual que nada mais é que a necessidade de homologação judicial para que este produza efeitos.

Com essa disposição, o CPC de 2015 passa a permitir expressamente a realização de negócio jurídico processual, antes ou no curso de processo, cujo objeto litigioso verse sobre direitos que admitem autocomposição. Significa que é lícito às partes ajustar os procedimentos de acordo com as peculiaridades da causa, podendo dispor sobre questões como regras de distribuição do ônus da prova, espécies de provas admitidas, recursos cabíveis e prazos processuais diferenciados. A declaração de vontade neste

sentido produzirá efeitos imediatos, desde que os termos sejam devidamente homologados pelo juiz da causa (GOMES, 2020, p. 278).

Necessário trazermos ainda a classificação dos negócios jurídicos processuais apresentada por Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2015, p. 42-44), distinguindo-os entre negócios processuais típicos, aqueles que se encontram expressamente previstos na norma, e negócios processuais atípicos, aqueles que não estão expressamente prescritos em lei, mas que, por outro lado, não encontram resistência legal, podendo ser construídos participadamente pelas partes, no exercício da autonomia privada da vontade, conforme suas necessidades e conveniências.

Entendemos que os negócios jurídicos processuais têm íntima relação com a etapa de organização e saneamento do processo, na medida em que o objeto transacionável se esvazia consideravelmente a partir da estabilização processual que ocorre após a prolação da decisão de saneamento e o decurso do prazo para solicitação de ajustes ou esclarecimentos.

Neste ponto, divergimos de Gustavo Gonçalves Gomes, quando este afirma ser a etapa de saneamento o momento derradeiro para a celebração da transação processual:

Outro ponto importante alude ao fato de o artigo 190 do CPC de 2015 não ter definido o momento limite em que as partes poderiam propor ajustes no procedimento. Em verdade, a fase de saneamento, momento de organização do processo, deveria corresponder ao termo final para apresentação de eventual termo de convenção pelas partes, especificamente até o fim do prazo disposto no § 1º do artigo 357 do mesmo código ou, se designada, até a audiência de saneamento do processo (§ 3º do artigo 357) (GOMES, 2020, p. 283)

Embora seja evidente a diminuição do objeto transacionável a partir da decisão de organização e saneamento, estabilizadora do processo, não podemos ser demasiados ao afirmar que qualquer possibilidade de celebração de negócio jurídico processual se encerre neste momento, até mesmo considerando a larga gama de negócios jurídicos processuais atípicos imagináveis.

Apenas a título ilustrativo, entendemos que nenhum óbice exista quanto à possibilidade de as partes, por exemplo, ao serem intimadas para apresentação de razões finais, apresentarem em conjunto uma petição (negócio jurídico processual) informando que chegaram a um consenso para elastecer o prazo concedido para apresentação das razões finais escritas, diante da complexidade das questões envolvidas na lide.

Voltando à organização e saneamento do processo, e considerando que o negócio jurídico processual mediante delimitação consensual das questões de fato e

de direito relevantes, previsto no § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil (saneamento homologado), já foi objeto de análise neste estudo, passaremos a analisar a calendarização processual, prevista de forma específica quanto à etapa de organização e saneamento no § 8º do referido artigo 357, e de forma mais abrangente no art. 191 do mesmo diploma processual.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

O § 8º do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 traz uma recomendação ao juiz, para, sempre que possível, estabelecer um calendário para a realização dos atos relacionados à prova pericial técnica, estes dispostos no artigo 465⁸ do mesmo código de processo.

Entendemos aqui que o termo “se possível” empregado pelo legislador só pode se referir à aceitação das partes quanto à proposta de calendarização processual a ser apresentada, uma vez que a lei não impõe expressamente à calendarização, mas tão somente recomenda que, sempre que possível, seja instituída. Ademais, sendo a calendarização uma hipótese de negócio jurídico processual típico, conforme acreditamos, evidente que sua implementação seja condicionada à declaração de vontade das partes.

⁸ Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§ 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I - arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso;

II - indicar assistente técnico;

III - apresentar quesitos.

§ 2º Ciente da nomeação, o perito apresentará em 5 (cinco) dias:

I - proposta de honorários;

II - currículo, com comprovação de especialização;

III - contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais.

§ 3º As partes serão intimadas da proposta de honorários para, querendo, manifestar-se no prazo comum de 5 (cinco) dias, após o que o juiz arbitrará o valor, intimando-se as partes para os fins do art. 95.

§ 4º O juiz poderá autorizar o pagamento de até cinquenta por cento dos honorários arbitrados a favor do perito no início dos trabalhos, devendo o remanescente ser pago apenas ao final, depois de entregue o laudo e prestados todos os esclarecimentos necessários.

§ 5º Quando a perícia for inconclusiva ou deficiente, o juiz poderá reduzir a remuneração inicialmente arbitrada para o trabalho.

§ 6º Quando tiver de realizar-se por carta, poder-se-á proceder à nomeação de perito e à indicação de assistentes técnicos no juízo ao qual se requisitar a perícia.

De toda forma, não vemos aqui qualquer tipo de óbice, para quaisquer dos sujeitos processuais, quanto à anuência à sua implementação, na medida em que, conforme já destacamos acima, a calendarização processual tem potencial de aceleração processual extremamente efetivo, cuja concretização é perceptível a todos os sujeitos, na medida em que extirpa, de forma eficiente, um dos grandes obstáculos à razoável duração do processo, que são as etapas mortas do processo, sem implicar, em contrapartida, em qualquer tipo de prejuízo, às partes ou ao processo.

Eventual negativa – injustificada – quanto à sua implementação, deve ser observada com atenção pelos operadores do direito, na medida em que poderá constituir indício de desprezo da parte, ou de seus advogados, para com o modelo participativo de processo, revelando até mesmo eventual desinteresse na celeridade processual (intuito protelatório).

Conforme afirmamos, para além da calendarização prevista no § 8º do art. 357 do Código de Processo Civil, restrita aos atos relacionados à perícia judicial técnica, há ainda a previsão legal (negócio jurídico processual típico) para que a calendarização seja implementada para quaisquer atos do processo, dispensando a intimação das partes para a prática dos atos previstos no calendário estabelecido.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Exatamente por este motivo, criticamos a limitação indicada no § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 quanto às questões de fato e de direito relevantes, uma vez que a norma leva a uma conclusão equivocada de que as demais questões objeto da decisão de organização e saneamento não são passíveis de transação processual – atípica –, inclusive mediante calendarização (por exemplo, quanto ao estabelecimento de ordem e prazos para a produção das provas admitidas, quanto aos prazos para apresentação de quesitos, de documentos, para arrolar testemunhas, etc.).

Ainda sobre os negócios jurídicos atípicos, são importantes as considerações de Camila Victorazzi Martta, ao indicar a divergência doutrinária entre Michele Taruffo (2018, p. 634-657) e Beclaute Oliveira Silva (2017, p. 553) quanto à possibilidade de celebração do acordo processual sobre questão atinente a provas.

Numa análise mais profunda sobre o tema, Michele Taruffo sustenta que não é possível fazer qualquer acordo sobre a questão atinente a provas, pois a verdade é inegociável. Contrariando e criticando as ideias de Michele Taruffo, Beclaute Oliveira Silva afirma que não será a verdade que está a ser negociada, mas os meios para descobri-la ou construí-la (MARTTA, 2020, p. 130)

Adotamos a corrente defendida por Beclaute Oliveira Silva (2017, p. 553) quanto à plena possibilidade de celebração de negócio jurídico processual atípico também quanto aos meios de prova a serem admitidos e empregados – nos processos que versem sobre direitos disponíveis –, na medida em que estes se encontram no campo da autonomia privada da vontade, não cabendo à Função Judiciária do Estado impor como as partes deverão se desincumbir de seus ônus processuais, em contrariedade ao que as próprias partes antagônicas conseguiram estabelecer consenso.

A divergência entre os renomados processualistas, acima destacada, se relaciona, em grande medida, com a distinção entre dever processual e ônus processual que abordaremos no próximo subcapítulo.

3.5 A prova, o ônus da prova e a sua distribuição

Conforme já indicamos na introdução deste capítulo, optamos por dedicar um subcapítulo exclusivo para o tratamento da técnica de distribuição do ônus da prova, considerando tanto a sua relevância dentro da etapa do saneamento e organização do processo como a dificuldade que se verifica, na prática forense, quanto ao domínio desta pelos operadores do direito. Além do mais, entendemos necessário tecer algumas considerações sobre o instituto da prova e do ônus da prova, antes de adentrar propriamente na técnica de distribuição do ônus probatório.

Assim, na tentativa de formular uma proposta mais adequada de técnica de distribuição do ônus da prova dentro da perspectiva constitucional e com base no texto do código processual vigente, abordaremos a seguir, de forma sumarizada, a prova e seu ônus, algumas das principais teorias relacionadas à distribuição do ônus probatório, passando de forma bastante introdutória pelas teorias estáticas objetiva e subjetiva e pela teoria da distribuição dinâmica, adotada excepcionalmente pelo § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Para tanto, contaremos com apoio da minuciosa pesquisa realizada por Camilla Mattos Paolinelli e publicado na obra “O ônus da prova no processo democrático”, de onde foi extraída enorme contribuição para o presente estudo, tal como já contribuiu para outros estudos deste autor sobre o tema (VILELA, 2023, p. 85-102).

3.5.1 A prova

O sentido jurídico costuma-se referir à prova como atividade probatória, meio para se buscar a verdade dos fatos, procedimento pelo qual os sujeitos processuais buscam obter o resultado do processo ou mesmo como mecanismo que leva à formação da convicção do juiz.

Já numa abordagem científico-democrática, fala-se em prova como garantia processual-fundamental das partes, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa no processo e à qual se encontra vinculado um ônus.

Como signatários do constitucionalismo processual democrático, compartilhamos do entendimento de prova como garantia, esboçado pela referida autora: garantia direta e intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e que viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios (PAOLINELLI, 2013, p. 38-39).

Em outros termos, podemos afirmar ser a prova direito fundamental intimamente relacionado à fundamentação dos provimentos e ao contraditório, este na sua concepção mais abrangente, formulada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que entendemos ser a mais adequada: informação-reação-diálogo-influência (DIAS, 2018, p. 228).

Italo Andolina e Giuseppe Vignera destacam que o único meio para obtenção da tutela jurisdicional é através da prova da procedência da sua pretensão:

em definitivo, a tutela jurisdicional de um interesse juridicamente protegido depende da demonstração da sua titularidade pelo sujeito pretendente àquela tutela [...]. Porque (por um lado) o portador de um interesse qualificado tem o direito de obter a tutela jurisdicional e porque (por outro lado) o único meio para obtê-la consiste na prova da procedência da sua pretensão, deriva necessariamente que, se se negar ao titular de um direito subjetivo (ou de um interesse legítimo) o poder de demonstrar aquela sua qualidade, será ele impedido de fato de alcançar a tutela jurisdicional assegurada pela Constituição (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 103-104).

Ultrapassada essa breve conceituação do instituto da prova, passemos a investigar sua natureza jurídica. A prova seria atividade, meio ou resultado? São essas as três principais correntes adotadas pela doutrina.

Autores como Giuseppe Chiovenda, José Alberto dos Reis, James Goldschmidt, Adolf Schönke e Antonio Dellepiane sustentaram que a prova seria atividade, na medida em que se constitui por atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, pelas quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento (PAOLINELLI, 2013, p. 43).

Carnelutti, também nesta linha, definiu prova como a ação de comprovar a existência de um fato, ou o procedimento utilizado para a verificação da exatidão do que é afirmado (CARNELUTTI, 2000, p. 495-496).

Já os autores que definem a natureza da prova como meio defendem que a prova teria vinculação direta com os meios de prova utilizados durante a atividade instrutória desenvolvida em juízo. Nessa corrente se encontram autores de grande relevância como Eduardo Couture, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Rodrigues Wambier (PAOLINELLI, 2013, p. 44).

Segundo Rosemiro Pereira Leal, “provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova. A exemplificar, a perícia é um meio de prova para o exame de elementos de prova” (LEAL, 2011, p.173).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também sustentam a natureza jurídica da prova como meio, ao definir que são as provas:

os instrumentos de que se serve o magistrado, para conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível aqui falar-se em prova documental, prova pericial, etc. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 64-70).

Por fim, uma terceira e minoritária corrente, incluindo autores como João de Castro Mendes, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Misael Montenegro Filho, entende que a natureza jurídica da prova seria de resultado, conceituando-a como o próprio resultado a que a atividade e/ou o meio tendem, na medida em que provar não seria

descobrir, mas confirmar algo já descoberto, embora duvidoso (PAOLINELLI, 2013, p. 44).

Camilla Mattos Paolinelli, aqui amplamente referenciada, em razão do valioso estudo publicado acerca do tema, adota a teoria da prova como atividade, ao sustentar que “a prova e o ônus que a ela se conecta apresentam-se, no processo democrático, como fator de visibilidade da argumentação jurídica. Provar é atividade de demonstrar pelo instituto da prova” (PAOLINELLI, 2013, p. 48).

Nesse aspecto, ousamos discordar da referida autora, para nos filiar à corrente da prova como meio, pois será a partir deste instrumento, a prova, que será assegurado/garantido às partes levar ao conhecimento do magistrado evidências e/ou indícios dos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito invocado.

Passaremos agora à análise do ônus da prova e de sua distribuição, contudo, antes de adentrar ao tema propriamente dito, é importante estabelecermos uma distinção relevante entre ônus e obrigação, que será importante para melhor compreensão do que se segue.

3.5.2 O ônus da prova e sua distribuição

O ônus seria uma desvantagem ou consequência processual pela omissão quanto à prática de um ato que poderia ter sido praticado para evitar esta desvantagem ou consequência. Por outro lado, podemos definir obrigação, de modo didático e para fins desta distinção, como subordinação ao interesse alheio, traduzida numa exigência com coerção (econômica ou não), ou seja, onde não há espaço para a faculdade do sujeito subordinado.

Nas palavras de Camilla Mattos Paolinelli:

[...] enquanto na obrigação ocorre uma submissão do sujeito a interesse alheio, ou seja, o sujeito passivo age a fim de satisfazer interesse que não é seu, no ônus não se pode dizer que isso ocorra. Neste, o sujeito age com total liberdade, a fim de satisfazer interesse próprio. Age para alcançar um fim que lhe seja favorável ou no intuito de evitar algo que lhe seja desfavorável. Dessa forma, enquanto na obrigação existe uma relação de submissão, subordinação, sujeição ao interesse alheio, consubstanciada numa exigência com coerção (econômica ou não); no ônus o sujeito assume com total liberdade as consequências do seu ato, porque só se ‘subordina’ à sua própria vontade. [...] Sem vínculos de exigibilidade, as partes não podem exigir ou serem obrigadas à prática de quaisquer atos processuais. São livres para escolher e converter suas faculdades ou poderes em ônus processuais,

porque se movimentam no espaço procedimentalizado em contraditório de acordo com seus próprios interesses (PAOLINELLI, 2013, p. 56 e 70).

É exatamente dessa distinção que as teorias mais recentes acerca dos ônus processuais surgiram, como a teoria de Elio Fazzalari, que propõe uma revisão do conceito de ônus processual dentro do esquema estruturalista de processo como procedimento em contraditório realizado entre as partes.

A figura do ônus, segundo o esquema fazzalariano, surge toda vez que há consequências legais desfavoráveis ao titular do ato, ligadas à ausência de exercício dos poderes e faculdades. Portanto, em Fazzalari, ônus processual é a consequência desfavorável a ser suportada pela parte que, consciente e voluntariamente, decide se omitir da realização de um ato processual específico (PAOLINELLI, 2013, p. 70-71).

Vitor Salino de Moura Eça é quem melhor sintetiza o tema, ao elucidar que:

Ônus é uma palavra de origem latina, que significa: carga, fardo, peso. Não é, pois, um dever. Logo, a parte só precisará suportá-lo caso tenha interesse em atingir determinado objetivo (EÇA, 2019, p. 222).

E foi a partir da adaptação para o processo constitucionalizado do conceito clássico de ônus como desvantagem ou consequência processual, que Camilla Mattos Paolinelli chegou à definição de ônus da prova que entendemos mais adequada ao prosseguimento deste estudo:

Num modelo constitucional de processo, repete-se, orientado pelo direito constitucional à produção de provas - corolário da ampla defesa como ampla argumentação (e ao qual não corresponde um dever de prova) -, o ônus da prova se constitui como desvantagem processual decorrente da omissão consciente, autônoma e voluntária da parte que decide não produzir provas. Essa desvantagem é previamente definida em lei pelas regras que repartem, no processo, o ônus da prova e orientam não só a atividade probatória das partes, apontando para a possibilidade de desvantagem em caso de omissão, como regulam a atuação decisória do juízo (PAOLINELLI, 2013, p. 78).

Podemos descartar ainda que o ônus da prova, tal como definido acima, na perspectiva democrática e constitucional, possui dupla função, na medida em que (i) orienta as partes quanto ao controle da decisão e quanto à faculdade de produzir provas, ao mesmo passo em que (ii) orienta o juízo quanto à valoração das provas e quanto à fundamentação na construção do pronunciamento decisório final.

Mas como se distribuiu o ônus da prova entre os litigantes? Existem diversas teorias acerca do tema, se destacando as teorias estáticas subjetiva e objetiva e a teoria de distribuição dinâmica, as quais abordaremos de forma bastante sintética a seguir.

Desde o Direito Romano adotava-se a regra de que *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*⁹. Em outras palavras, o ônus da prova cabia ao autor e da negativa não se fazia prova. Esse princípio, extraído dos brocardos romanos, foram acolhidos por um longo período de tempo e levaram à prevalência de um critério de distribuição do ônus da prova que se baseava na natureza ou na qualidade dos fatos.

Afirmava-se que os fatos positivos (ou afirmações) dependiam de prova, enquanto os fatos negativos (as negativas) não podiam ser objeto desta²⁸⁵. O conhecido texto de Paulo encerra a aludida máxima: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Este corolário da denominada “teoria das negativas” conduziu à equívoca afirmação, durante séculos, de que era impossível a prova das negativas (PAOLINELLI, 2013, p. 84).

Contudo, diante da insuficiência da teoria das negativas em resolver os problemas no campo prático do processo, formulou-se um critério baseado na posição das partes, distribuindo entre ambas o ônus de prova a partir de suas respectivas alegações.

Essa formula de distribuição, que surgiu no direito francês e se desenvolveu na maioria dos países ocidentais até os dias atuais, dispõe que as regras do ônus da prova são exclusivamente voltadas a governar a estruturação da atividade probatória das partes e estão aliadas à natureza dos fatos que fundamentam as suas respectivas pretensões (PAOLINELLI, 2013, p. 87).

Posteriormente, a ciência processual constatou que as regras de repartição do ônus probatório poderiam auxiliar o magistrado na tarefa de julgar, considerando (i) a vedação ao *non liquet*, (ii) a obrigatoriedade de consideração de todo o conjunto probatório existente nos autos, independentemente de quem as tenha produzido e (iii) a existência de situações de incerteza quanto às provas produzidas nos autos.

Diante dessas três considerações, o ônus da prova passou a ser compreendido pela doutrina objetivamente, como técnica de julgamento, afastando-se, em situações excepcionais, da regra estática subjetiva de distribuição do ônus probatória.

Concebeu-se, desta forma, por meio da distribuição objetiva do ônus probatório, uma interessante alternativa ao juiz para decidir, nas hipóteses em que não encontrava provas que lhe oferecessem segurança sobre os fatos que deveriam fundamentar sua decisão (PAOLINELLI, 2013, p. 97).

Gustavo Gonçalves Gomes, também ao discorrer sobre o ônus da prova, explicou o fenômeno acima, utilizando-se da nomenclatura utilizada pela doutrina como aspecto objetivo da prova:

⁹ Incumbe a prova a quem diz ou afirma.

O ônus da prova nesse sentido surge como garantia da realização do julgamento, mesmo que não haja convicção judicial acerca da ocorrência ou inoocorrência dos fatos necessários ao julgamento. Na eventual hipótese de o juiz se deparar com um conjunto probatório que não permite a solução completa de julgamento a respeito dos fatos, a lei contribuía e previamente estipulava qual das partes devem arcar com as consequências da não demonstração do direito em questão. Essa conjuntura é o que a doutrina denomina de aspecto objetivo da prova e que acaba considerando a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, ou seja, é utilizada pelo magistrado, com base na aplicação fria da lei, para justificar a procedência ou a improcedência da ação, conforme o caso concreto (GOMES, 2020, p. 232).

Em que pese reconheçamos a utilidade da técnica de julgamento da distribuição objetiva do ônus probatório (teoria estática objetiva) como complemento excepcional à teoria estática subjetiva, é importante fazermos uma ressalva quanto ao seu potencial lesivo, especialmente se utilizada como instrumento de discurso autoritário e solipsista do juiz, dentro de uma perspectiva de juiz ativo (socializador e instrumentalista) que deve “buscar a verdade” a qualquer custo, perspectiva essa que rechaçamos veementemente, pois não coaduna com a leitura de processo constitucionalizado que nos orienta.

Sobre as teorias mencionadas, é importante a lição de Vitor Salino de Moura Eça, ao ensinar que:

A distribuição do ônus da prova se estrutura basicamente em três teorias: estática, dinâmica e convencional. Na teoria estática, que é inclusive a positivada no Brasil como primeira opção, o ônus é distribuído consoante o interesse da parte na produção da prova, como é feito pelos arts. 818 da CLT e 373 do CPC, em que o autor fica com o encargo atinente aos fatos constitutivos de seu direito, enquanto o réu como os fatos extintivos, modificativos e impeditivos. Na teoria dinâmica, também chancelada pelo processo nacional, como nos §§ 1º dos referidos arts. 818 da CLT e 373 do CPC, o magistrado pode atribuir o ônus de modo diverso, desde que o faça fundamentadamente, ficando o encargo probatório com a parte que tiver a melhor aptidão, ou seja, mais condição de produzir uma prova eficiente, capaz de demonstrar o direito discutido no mérito. E, por fim, na teoria convencional são as partes que propõem o modo pelo qual a prova ser disposta em juízo, mas esta forma não é recepcionada pelo Direito Processual do Trabalho, conforme o inciso VII do art. 2º da IN n. 39 do TST (EÇA, 2019, p. 222).

Conforme visto acima, no Brasil vigora, hoje, como regra, o modelo de distribuição estática do ônus da prova, conhecido como *teoria das normas*, amparado em critérios prévios para a definição segura das desvantagens processuais assumidas por cada parte no exercício do seu direito/garantia/ônus de produzir provas, sendo, portanto, compatível, na nossa leitura, com o processualismo constitucional democrático:

As variantes estáticas, de um modo em geral, partem das normas de direito material sustentadas pelas partes, para definir a quem cabe a prova do pressuposto fático da aplicação de tais. Pode-se dizer, dessa forma que, que

a legislação brasileira adota a teoria das normas como regra, na medida em que dispõe caber a cada parte a prova das circunstâncias que compõe a sintaxe fático-normativa (requisitos) do direito por ela invocado. [...] A regra estática tem pretensão de validade geral e preservação da imparcialidade no tratamento das partes, assegurando previsibilidade e segurança de distribuição dos riscos da ausência de prova. Por isso, é perfeitamente compatível com a perspectiva democrático de processo (PAOLINELLI, 2013, p. 115).

Para que não restem dúvidas, imaginemos como exemplo uma ação de usucapião, na qual será incumbido o autor da demanda o ônus de comprovação dos requisitos descritos na norma de direito material – previamente conhecidos – como necessários à declaração da aquisição prescritiva do bem.

Por outro lado, essa regra geral adotada pelo direito brasileiro em hipótese alguma pode ser interpretada como imutável ou inflexível, na medida em que o próprio Código de Processo Civil de 2015, expressamente, dispõe sobre as situações particulares em que a regra geral de distribuição do ônus da prova pode ou deve ser relativizada (dinamizada).

Podemos citar, novamente a título exemplificativo, peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de uma das partes cumprir o seu encargo, e, por outro lado, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, ou da sua produção pela parte adversa, situações essas que autorizam a distribuição dinâmica (excepcional) do ônus da prova.

Ainda segundo Camilla Mattos Paolinelli, parafraseando Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

O ônus dinâmico estabelece que o juízo e as partes devem examinar a complexidade do caso concreto e observar eventuais circunstâncias que indiquem que a prova do fato controvertido depende de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe (ou deveria dispor). Presentes uma dessas circunstâncias, o ônus da prova deverá ser atribuído, por decisão judicial, à parte que tiver maiores possibilidades ou condições de provar o fato controvertido. Não é relevante, portanto, na hipótese de distribuição dinâmica, a posição assumida pela parte no processo ou a natureza dos fatos a serem provados (PAOLINELLI, 2013, p. 119).

Em síntese, a dinamização da distribuição do ônus da prova permite, a partir das particularidades do caso concreto, deslocar o ônus probatório sobre determinado fato mediante decisão prévia e fundamentada, construída mediante a participação e a influência das partes, podendo ocorrer nas hipóteses em que determinada parte que não detém previamente o ônus, mas que dele tenha plenas condições de se desincumbir – por se encontrar em situação de conforto, por deter maior acesso ou mais facilidade na produção da prova, etc.

Vale consignar novamente a imperiosidade de que a referida técnica (de dinamização) se opere sempre *ope iudicis* – por decisão judicial fundamentada – e em conformidade com o que autoriza a lei, considerando a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica às partes para que tenham conhecimento, em tempo hábil, sobre os ônus a que incumbirão, evitando a ocorrência de decisões surpresa em afronta ao princípio do contraditório, este compreendido sempre na perspectiva informação-reação-diálogo-influência, conforme ensinado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

A seguir, desenvolveremos, com amparo nas lições acima abordadas, uma proposta acerca da mais adequada técnica de distribuição do ônus da prova, que seja compatível com o devido processo constitucional e que atenda aos anseios por eficiência, reservando atenção especial aos limites do magistrado e ao momento adequado para a realização da distribuição dinâmica do ônus da prova.

3.5.3 A técnica de distribuição do ônus da prova

Já afirmamos que, na perspectiva do processualismo constitucional democrático, o direito fundamental de provar importa em assegurar às partes meios e fontes de prova necessários para a reconstrução da matéria discutida, com vistas a permitir o sustento de seus argumentos, no tempo e no espaço procedimentais adequados, mediante decisão prévia e fundamentada acerca dos ônus a que incumbirá cada parte.

Também verificamos que a jurisdição é garantia do jurisdicionado, constituindo, como consequência, dever do Estado Julgador, personificado no magistrado, possível de ser excedida sob petição daquele que a invoca e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (DIAS, 2018, p. 92).

Assim, podemos concluir que a distribuição tempestiva (em momento oportuno), compartilhada e fundamentada do ônus da prova é dever do magistrado e garantia constitucional da parte, sem a qual acarretará em afronta ao devido processo legal e ao próprio princípio do contraditório, implicando em nulidade no provimento final.

Verificamos ainda que, em determinadas situações, a efetividade do direito fundamental de provar pode ficar comprometida por diversas razões, situações essas em que a lei autoriza a aplicação da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova,

afastando da parte prejudicada ou em situação desfavorável o ônus probatório que não é capaz de suportar ou desincumbir.

Contudo, ainda nessas situações excepcionais, permanece inafastável a exigência de estrita observância da função jurisdicional à reserva legal, sendo impensável a aplicação da técnica de distribuição dinâmica à revelia das situações previstas em lei e na forma de decisão fundamentada, proferida no momento processual adequado e mediante participação efetiva das partes, de modo a permitir que a parte receptora do novo ônus tenha possibilidade plena de dele se desincumbir durante a fase de instrução (PAOLINELLI, 2013, p. 137-138).

Tais fronteiras são de extrema importância para delimitar o campo de atuação discricionária do magistrado, evitando atuações solipsistas, que sob um viés socializador ou instrumentalista do processo, possam ser adotadas como meio para se atingir uma hipotética “ordem jurídica justa”, “processo justo” ou “verdade real dos fatos”.

Sobre o momento adequado à técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, mais uma vez cabe-nos trazer a lição de Vitor Salino de Moura Eça:

Indispensável, porém, que se saiba que para a validade da inversão do ônus da prova é imprescindível que tal circunstância fique aclarada antes do início da instrução processual, constando expressamente de decisão fundamentada, que pode ser proferida inclusive no próprio termo de audiência, com plena ciência das partes, como fator de garantia do desenvolvimento processual segundo os cânones constitucionais (EÇA, 2019, p. 224).

Pelo exposto, entendemos que, partindo de uma decisão prévia – ou seja, proferida na etapa de saneamento e organização do processo –, produzida em efetivo contraditório e devidamente fundamentada acerca da distribuição do ônus da prova, as partes terão liberdade e segurança jurídica para deliberar, de forma consciente, por produzir, ou não, as provas que julguem necessárias, bem como apresentar, ou não, os argumentos que repute adequados para a construção do provimento final, com arrimo naquilo que restou deliberado acerca do ônus atribuído a cada uma delas.

No mesmo sentido, também o magistrado terá como esteio a própria decisão anteriormente proferida em participação, sobre a qual permanecerá vinculado, juntamente com as partes, atenuando consideravelmente a possibilidade de uma decisão surpresa. Prestigia-se, a um só tempo, contraditório e segurança jurídica.

Gustavo Gonçalves Gomes partilha do nosso entendimento de que a metodologia adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto ao momento e à

forma de distribuição do ônus da prova estimulará a efetiva participação e influência das partes na construção do provimento final, a partir da decisão de saneamento:

Nesse sentido, se o juiz, em determinado momento, decidir que uma parte tem melhores condições de produzir determinada prova, deverá ela assim proceder sem grandes chances de se desincumbir do ônus, o que somente pode ocorrer em situações muito bem definidas. E não é demais registrar que essa metodologia fará muito bem ao processo na medida em que estimulará a plena participação das partes, desde o início, na reunião de elementos e de provas que estejam em seu poder e possam ser úteis ao julgamento da causa. Essa participação na produção de provas repercutirá no fortalecimento dos princípios da boa-fé processual e da transparência (GOMES, 2020, p. 234).

Com arrimo nos estudos acima explanados, passemos então à propositura daquela que entendemos ser a mais adequada técnica de distribuição do ônus da prova, consonante ao devido processo constitucional.

Quanto ao momento adequado para realização da técnica de distribuição do ônus da prova, entendemos que deve ser realizada sempre na etapa de saneamento e organização do processo, oportunidade em que o magistrado, verificando não ser a hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito ou de julgamento antecipado do mérito, intimará as partes – se ainda não tiverem manifestado sobre tais questões na inicial e contestação – para que, em comparticipação: (i) esclareçam acerca de questões processuais pendentes; (ii) delimitem as questões de fato sobre as quais recairão a atividade probatória; (iii) informem, provisoriamente, os meios de prova que pretendem se utilizar; (iv) esclareçam sobre a existência e o fundamento de eventual requerimento de inversão do ônus da prova, indicando sobre qual fato específico o ônus deverá ser redistribuído; (v) delimitem as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; (vi) justifiquem eventual complexidade da causa que enseja a designação de audiência para realização do saneamento e organização do processo.

Cabe aqui pontuar que a proposta de técnica de distribuição do ônus da prova que se pretende formular neste estudo – bem como as técnicas de organização e saneamento tratadas nos subcapítulos anteriores – não se destina, exclusivamente, aos magistrados.

Pelo contrário, tem como destinatários todos aqueles operadores do direito, devendo ser observada tanto pelos serventuários que expedirão os despachos e intimações como também – e especialmente – pelos advogados, procuradores, membros do Ministério Público que, mesmo quando se depararem com o corriqueiro e genérico despacho “em provas”, deverão, objetivamente, se manifestar sobre cada

um dos itens acima listados, de modo a exigir do magistrado uma organização efetiva do processo, tornando-o apto a prosseguir para a etapa instrutória com as questões controvertidas devidamente fixadas e delimitadas, evitando uma decisão surpresa ou solipsista no provimento final.

Pois bem, retomando a proposta acerca da distribuição do ônus da prova, uma vez apresentadas e apreciadas as formulações das partes, o magistrado proferirá decisão fundamentada nos autos, ou designará audiência especificamente para essa finalidade (quando o processo apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito), resolvendo todas as questões eventualmente pendentes, fixando as questões de fato sobre as quais deverão recair a atividade probatória e as questões de direito relevantes, decidindo sobre os meios de provas necessários à resolução do mérito e sobre aqueles dispensáveis (dentro daqueles previamente indicados pelas partes) e, por fim, deliberando sobre a distribuição do ônus da prova.

Especificamente quanto ao fragmento da decisão que deliberará sobre a distribuição do ônus da prova, deverá o magistrado, sempre de forma expressa e fundamentada: (i) consignar a inexistência de requerimentos para inversão do ônus probatório, fixando, nesta hipótese, a distribuição estática adotada como regra geral pelo Código de Processo Civil de 2015 (*teoria das normas*) ou (ii) indicar os requerimentos formulados pela inversão do ônus da prova e decidir sobre cada um deles, esclarecendo sobre qual fato específico o ônus probatório será ou não dinamizado (invertido), diante de quais circunstâncias fáticas e sob quais fundamentos jurídicos (normativos).

Mais uma vez, cabe-nos pontuar que a distribuição dinâmica do ônus da prova somente poderá ocorrer nas hipóteses previamente autorizadas pela lei, em que determinada parte que não o detenha previamente, dele tenha plenas condições de se desincumbir, seja por se encontrar em situação processual de conforto, por deter maior acesso ou mais facilidade na produção da prova, etc.

Assim, não bastará que uma das partes demonstre excessiva dificuldade na produção de determinada prova sobre um fato específico, se não demonstrar também que a parte adversa detém condições mais favoráveis de produzi-la.

Importante destacar ainda que, mesmo que não entenda o magistrado pela designação de audiência de organização e saneamento do processo, às partes deverá ser assegurado, no prazo de cinco dias da prolação da decisão, pedir esclarecimentos

ou solicitar ajustes, oportunidade em que o magistrado deverá apreciar efetivamente os ajustes e esclarecimentos reportados, de modo a concluir o ciclo participativo de construção da decisão, que após este prazo se estabilizará e vinculará a todos os sujeitos processuais.

Como mencionado, será justamente essa estabilização da decisão de organização e saneamento que conduzirá as partes na adoção das estratégias processuais que entenderem pertinentes a partir da ciência inequívoca do ônus que lhes foi atribuído, por exemplo, para dispensar provas anteriormente requisitadas e que, eventualmente, não mais lhes competem produzir em decorrência da inversão do ônus da prova sobre determinado fato.

O próprio magistrado, ao deliberar, mediante participação e influência das partes, na decisão de saneamento, sobre os requerimentos de inversão do ônus da prova formulados, poderá, com maior propriedade, decidir – na mesma decisão de organização e saneamento – sobre a pertinência das provas requeridas pelas partes, observando os ônus que a cada uma delas foram imputados.

Essa estabilização da decisão de organização e saneamento do processo conduzirá o magistrado durante todo *iter* processual, obstando solipsismos e indicando a direção clara – e previamente definida em conjunto com as partes – para construção do provimento final, na medida em que já terão sido fixadas todas as questões de fato e de direito contravertidas e relevantes para o julgamento do feito, sobre as quais deverá se pronunciar em sentença, bem como já restará definida a consequência jurídica para cada uma das partes que deixar de se desincumbir da comprovação dos fatos que lhe foram atribuídos quando da distribuição dos ônus de prova, o que prevenirá contra qualquer forma de decisão surpresa.

3.6 Da estabilidade e da recorribilidade da decisão saneadora

Neste subcapítulo, já caminhando para o encerramento da pesquisa, abordaremos acerca da estabilidade da decisão de organização e saneamento do processo e discorreremos sobre as formas de impugnação (recorribilidade) da mencionada decisão saneadora, autorizadas pelo código processual.

Indicaremos ainda as razões pelas quais rejeitamos a característica da irrecurribilidade, muitas vezes atribuída – equivocadamente – à decisão de organização e saneamento do processo.

A estabilidade da decisão de organização e saneamento está prevista expressamente na parte final no § 1º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que, após decorrido o prazo de cinco dias para pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes, a decisão se torna estável:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Para fins de contextualização, cabe antes destacar que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, todas as decisões interlocutórias eram passíveis de recorribilidade imediata, seja por meio de agravo de instrumento, quando a apreciação seria imediata pelo tribunal *ad quem*, ou na forma retida, quando o agravo permanecia retido nos autos, de forma a obstar a preclusão, permitindo o que tribunal conheça do recurso preliminarmente, por ocasião do julgamento de eventual apelação.

Somente em 2005, com a edição da Lei n. 11.187 de 2005, o art. 522 do então Código de Processo Civil foi alterado para incluir a suscetibilidade de causar à parte lesão grave e de difícil reparação como requisito de admissibilidade do agravo de instrumento, de forma que todas as demais decisões permaneceram sujeitas ao agravo retido, sob pena de preclusão.

Essa recorribilidade imediata de todas as decisões interlocutórias, somada à própria estrutura normativa e axiológica do código anterior, propiciadora de decisões solipsistas, estimulou uma litigiosidade exacerbada na comunidade jurídica contenciosa, de forma que qualquer decisão, na vigência do antigo ordenamento, por mais irrelevante que aparentasse ser, deveria ser impugnada, ora por agravo de instrumento, ora por agravo retido, resultando numa cultura doente, que contaminava o processo (e os tribunais) com uma sequência de recursos impertinentes e desnecessários, sempre tendo como justificativa a necessidade de resguardar toda e qualquer possibilidade de preclusão.

Gustavo Gonçalves Gomes traduziu essa cultura litigiosa doentia em um “grande arsenal de guerra”, considerando que, no contexto do Código de Processo

Civil de 1973, quanto mais o processo se desenvolvia, mais se acumulavam questões contrapostas a serem resolvidas:

A interposição de recurso era sobretudo uma questão de índole cultural e retratava a atitude de uma sociedade viciada e impregnada de litigiosidade. Mais do que isso, a interposição de recurso contra "despacho saneador" sempre era considerada por todos como ato de aguerrimento e de estratégia das partes na medida em que evitava contaminar o processo com o manto da preclusão.

Ao recorrer para evitar a preclusão do que fora decidido, as partes mantinham sub judice todos os temas acessórios ao direito material em si, o que tornava o processo um grande arsenal de guerra que nunca se esgotava. A estratégia, portanto, só era bem executada se a parte, representada por seus advogados, apresentasse todos os recursos necessários à defesa dos seus direitos, mesmo sabendo que algumas das questões recorridas seriam totalmente impertinentes e sem chances de reversão no tribunal (GOMES, 2020, p. 247-248).

Neste ponto, devemos elogiar o avanço alcançado pelo Código de Processo Civil de 2015, já concretamente verificado na rotina forense, ao suprimir do ordenamento a figura do agravo retido, permitindo a recorribilidade mediata das decisões interlocutórias proferidas no curso do processo, por ocasião da interposição de eventual apelação (art. 1.009, § 1º) – na forma de preliminar –, e a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias previstas no rol de incisos do artigo 1.015 do código processual ou quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Daí a nossa crítica, mencionada no início deste subcapítulo, àqueles que descrevem a decisão saneadora como irrecurável.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

[...]

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Importante registrar que a discussão acerca da taxatividade ou não do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe as hipóteses de decisões interlocutórias recorríveis de imediato, mediante agravo de instrumento, resultou em enorme polêmica antes mesmo da publicação do novo código, sendo a matéria pacificada tão somente em 2018, com o julgamento do tema repetitivo 988¹⁰ pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 1.696.396/MT e Recurso Especial

¹⁰ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar a questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato. 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ - REsp: 1696396 MT 2017/0226287-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/12/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 19/12/2018) (BRASIL, 2018).

1.704.520/MT), ao apreciar a seguinte questão: “definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”.

A tese firmada foi no sentido de não taxatividade do rol, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação:

O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Tais alterações legislativas, significativamente positivas no nosso entendimento, têm implicação direta na etapa de organização e saneamento no processo, uma vez que a decisão proferida nessa fase – dada à amplitude de seu objeto – poderia, no contexto do código anterior, ser objeto de uma infinidade de recursos (imediatos) por cada uma das partes, acentuando a litigiosidade da relação jurídica havida entre as partes e majorando o número de questões colocadas ao crivo da Função Judiciária do Estado, quando em verdade deveria o processo servir como meio de apaziguamento social, e não de propagação da litigiosidade.

Pelo contrário, o Código de Processo Civil de 2015, com a sua carga axiológica democrática, teve como premissa o chamamento das partes à participação influenciadora (comparticipação) na construção do provimento, estimulando, o tanto quanto possível, a resolução prévia das questões passíveis de consenso, de modo a concentrar os esforços das partes e do juiz nas questões de fato e de direito verdadeiramente relevantes, das quais não poderá se furtar o juiz quando da prolação da sentença.

Surge então a pergunta: se a decisão de organização e saneamento prevista no código vigente é integralmente recorrível – mediata ou imediatamente –, conforme demonstramos acima, no que consistiria a estabilidade descrita na parte final no § 1º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015?

A estabilidade que se opera após o decurso do prazo do pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes da decisão de saneamento consiste, exatamente, na vinculação que se estabelece entre todos os sujeitos processuais e a decisão proferida, de forma que não poderá o magistrado, em qualquer hipótese, surpreender as partes com decisão que contrarie o roteiro de organização e

julgamento do processo estipulada quando da decisão de saneamento, da mesma forma em que será vedado às partes requerer, em sentido contrário ao que restou estabelecido antes da fase instrutória.

Gustavo Gonçalves Gomes, complementa:

A estabilidade da decisão judicial relativa ao saneamento é a coroação daquilo que se espera do novo processo civil brasileiro, pois a sentença será fundamentada exatamente com as preocupações trazidas pelas partes e com as premissas delineadas pelo juiz para a construção de uma sentença firme e legítima. Registre-se, mais uma vez, que essa novidade trazida pelo CPC de 2015 somente possui coerência e sustentabilidade porque o antigo despacho saneador foi transformado em decisão saneadora compartilhada entre todos. O princípio do contraditório nesse contexto é um garantidor da manutenção dos preceitos fundamentais do processo.

Dessa forma, como há (ao menos em tese) uma construção conjunta do roteiro de julgamento contido na decisão saneadora, o legislador acertou ao impedir que as partes que participaram ativamente do processo de definição das questões de fato e de direito relevantes à lide tenham a oportunidade de se insurgir sobre esse tema antes da prolatação da sentença, o que certamente retardaria (como de fato sempre retardou) o provimento final de primeiro grau (GOMES, 2020, p. 252).

A referida estabilidade da decisão de organização e saneamento somente levará termo na hipótese de provimento de recurso interposto contra questão decidida na etapa do saneamento, seja mediante recurso de agravo de instrumento – nas hipóteses autorizadas pela lei e pela jurisprudência – interposto imediatamente após a prolação da decisão, ou na forma de preliminar de apelação, para as demais hipóteses não recorríveis imediatamente.

Nessas hipóteses, sendo provido o recurso de agravo de instrumento sem que houvesse a concessão de efeito suspensivo, serão declarados nulos os atos processuais realizados que sejam incompatíveis com o novo roteiro de organização e julgamento estabelecido pelo tribunal, sobre o qual se vinculará agora o juiz.

Por outro lado, na hipótese de reforma da decisão de organização e saneamento em preliminar de apelação, sempre que não for possível o julgamento do mérito, de plano (pela teoria da causa madura), pelo tribunal – sem prejuízo ao duplo grau de jurisdição, ao contraditório como influência e ao princípio de vedação à decisão surpresa –, determinará o juízo *ad quem* a cassação da sentença, declarando nulos todos os atos praticados após a decisão de organização e saneamento que sejam incompatíveis com a nova decisão, mediante retorno dos autos para que seja dado prosseguimento ao feito a partir da etapa pós organizacional e saneadora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada e agora consolidada na forma desta dissertação, acreditamos ter colaborado para a instigação da comunidade jurídica acerca da relevância do instituto do saneamento (e da organização) do processo, bem como da potencialidade dessa etapa processual, mediante utilização das técnicas adequadas, para obtenção de um provimento final democrático, compartilhado (legítimo) e célere.

O estudos dos antecedentes históricos do instituto do saneamento, desde o surgimento da ideia de uma fase preparatória do processo, passando pela positivação do despacho saneador no Brasil, até os dias atuais, nos permitiu contextualizar o cenário histórico e axiológico que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015, cujos objetivos centrais consistiam na consecução da democratização processual, no protagonismo do cidadão frente ao Estado e na concretização, no plano infraconstitucional, das garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988.

Nesse novo contexto, a etapa de organização e saneamento do processo deixou de ser um ato solipsista do magistrado para se transformar em etapa participativa dos sujeitos processuais, objetivando a maximização dos resultados com o menor custo econômico e temporal possível, eliminando dilações indevidas e assegurando a efetiva participação das partes na construção do provimento.

A pesquisa crítica comparativa da legislação estrangeira nos permitiu ainda concluir, positivamente, que o ordenamento brasileiro, dentre aqueles investigados, pode ser considerado dos mais avançados e consonante aos anseios da democratização processual, com ressalva quanto à não obrigatoriedade, no nosso ordenamento, de realização do saneamento em audiência nas ações de menor complexidade, o que não se justifica econômico-processualmente, conforme restou demonstrado.

As técnicas de organização e saneamento do processo que o presente estudo nos conduziu a apresentar, partindo sempre do pressuposto de jurisdição adequada e de celeridade processual como garantias constitucionais do jurisdicionado frente ao Estado Julgador – e deveres deste para com o jurisdicionado –, servirão aos advogados, serventuários e magistrados como fio condutor e verdadeiro roteiro de organização e julgamento, dirigindo os sujeitos processuais no desenvolvimento do

processo e na fiscalização do seu regular andamento, de forma a obstar dilações indevidas, decisões surpresa ou solipsistas, em atenção aos princípios do contraditório, da fundamentação das decisões, da vedação à decisão surpresa e da segurança jurídica.

Será a partir da efetiva e recíproca fiscalização, pelas partes e pelo magistrado, quanto ao adequado seguimento do processo, à luz da decisão de organização e saneamento estável proferida na etapa anterior à instrutória, mediante utilização das técnicas agora propostas, que o processo se beneficiará de considerável otimização, tanto em eficiência como qualitativamente, na medida em que todas as questões relevantes, de fato ou de direito, sobre as quais as partes esperam enfrentamento pelo magistrado, estarão claras e previamente definidas para o momento da prolação da sentença.

Caberá ao magistrado, uma vez que se encontrará vinculado à decisão de organização e saneamento, proceder com análise objetiva acerca de cada uma das questões de fato e de direito fixadas comparticipadamente como relevantes quando do saneamento, tendo como parâmetros os argumentos jurídicos das partes e as provas efetivamente produzidas nos autos, à luz das consequências previamente estabelecidas para a hipótese de não desincumbência dos ônus estabelecidos.

A partir da adoção das técnicas de organização e saneamento propostas neste estudo, terão as partes (e o juiz) conhecimento prévio, claro e objetivo acerca de todas as questões relevantes que deverão ser apreciadas em sentença, bem como dos ônus que lhes incumbem e das consequências para a não desincumbência, o que obstará a prolação de decisões surpresa, na medida em que o magistrado se encontrará efetivamente vinculado à decisão de organização e saneamento estabilizada, de forma que eventual não enfrentamento efetivo das questões havidas pelas partes e pelo próprio juiz como relevantes implicarão em nulidade, por afronta à garantia constitucional à adequada jurisdição.

O presente estudo também nos permitiu afirmar que a resolução antecipada das questões processuais que se encontrarem aptas à apreciação na etapa de organização e saneamento implicará em concreta celeridade processual, na medida em que extirpará do processo dilações indevidas, permitindo aos sujeitos processuais concentrarem sua atuação nas questões verdadeiramente relevantes ao julgamento da demanda.

A pesquisa não leva a outra conclusão senão a de que a estipulação prévia e participada de um verdadeiro roteiro de organização e julgamento, sobre o qual estarão vinculados partes e juiz – mediante resolução de todas as questões processuais pendentes, delimitação das questões de fato e de direito relevantes ao julgamento e distribuição do ônus de prova com a indicação dos meios de prova admitidos –, para além dos benefícios já destacados, será benéfico até mesmo para avaliação, pelas partes, no momento pós prolação da sentença, acerca da probabilidade de êxito na interposição de recursos, contribuindo potencialmente para a diminuição no número de recursos interpostos aos tribunais, sem olvidar que o efetivo enfrentamento, na sentença, das questões tidas como relevantes pelas partes, implicará, genuinamente, em ganho de legitimidade ao provimento.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, André Antônio da Silva. **Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual**. São Paulo: Leud, 2004.

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (ZPO)**. Publicado em 30 de janeiro de 1877. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>. Acesso em: 03 de ago. 2023.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Despacho saneador: o saneador no código de processo civil de 1940**. Justitia, São Paulo: v. 69, p. 53-85, abr. 1970.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARGENTINA. **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**. Lei n.º 22.434, de 15 de setembro de 1981. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires: 17 set. 1981.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro: Parte Especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

BAUR, Fritz. **Transformações do processo civil em nosso tempo**. Revista brasileira de direito processual. Uberaba: v. 7, 3º trim. 1976.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Brasília, DF, 1943: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 de ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 de out. 2023.

BRASIL, **Lei 13.105**. Brasília, DF, 2015: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 de out. 2023.

BRASIL, Tribunal Superior de Justiça. **Recurso Especial 780.285/RR**. Processual Civil. Responsabilidade Civil Do Estado, Indenização [...]. Relator: Ministro Francisco Falcão, 14 de março de 2006. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171216/recurso-especial-resp-780285-rr-2005-0150573-0>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

BRASIL, Tribunal Superior de Justiça. **Recurso Especial 1.696.396/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF. Acesso em: 28 de out. 2023.

BARBOSA, Ruy, 1849-1923. **Oração aos moços** / Rui Barbosa; prefácios de senador Randolfe Rodrigues, Cristian Edward Cyril Lyuch. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BUENO, Cássio Scarpnella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. 2 ed. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, v. II. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Fabiano. **Emenda Constitucional 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2009. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/3007?pagina=46>. Acesso em: 27 abr. 2023.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma: 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e garantia**. Londrina: Thoth, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. Grandes temas do novo CPC. Coord. geral Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Uma Crítica à Jurisdição Civil Brasileira**. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 1998.

DELFINO, Lúcio. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Direito Processual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000**. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 8 enero 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed. Londrina: Thoth, 2023.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **O novo saneamento do processo**. 1ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOYCOOLEA, Pia Tavorlari. **La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano**. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia: Universidad de Valencia, 2008.

GRECO, Leonardo. **Instituições de direito processual**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ITALIA. **Codice di Procedura Civile. Decreto del Presidente della Repubblica n. 37, de 22 gennaio 1942**. Gazzetta Ufficiale, Roma: 22 gennaio 1942.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: safE, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 15 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LIMA, Alcides de Mendonça. **As providências preliminares no Código de Processo Civil de 1973**. Revisto de Processo, São Paulo: v. 1, p. 26-42, 1976.

LOPES, João Batista. **Pareceres**. São Paulo: Castro Lopes, 2015.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. V. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2000.

MARTTA, Camila Victorazzi. **Saneamento do processo: a decisão de saneamento e sua funcionalidade no processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2020.

MAZZEI, Rodrigo. **Breve História (ou ‘estória’) do Direito processual civil brasileiro – das ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ, Belo Horizonte: v. 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 jul. 2023.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Belo Horizonte: 2013.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. Barueri: Manole, 2002.

PICARDI, Nicola. **Il principio del contraddittorio**. Rivista di Diritto Processuale. Padova, CEDAM, n. 3, p. 673-681, 1998.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil. Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013**. Diário da República, 1.ª série, n. 121, Lisboa: 26 jun. 2013.

PORTUGAL, **Decreto 3**. Lisboa: 1907. Disponível em: <https://legislacao.regia.parlamento.pt/V/1/95/139/p433>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do Cód. de Proc. Civil e Comercial**, 2ª ed., Coimbra, 1929.

RESENDE, Patrícia Newley Kopke. **A responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional**. Belo Horizonte: 2012.

ROSA, Eliézer. **Alguns Aspectos do Despacho Saneador**. Revista Forense, Rio de Janeiro: v. 44, n. 111, p. 333–335, maio/jun. 1947.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. In: CABRIL, Intonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Flávio Pâncaro. **Do Despacho Saneador**. Revista da AJURIS, Porto Alegre: v. 35, p. 13-29, 1985.

TALAMINI, Eduardo. **O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: v. 34. n. 134, abr./jun. 1997.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Itália da'700 a oggi**, Bologna: I. 1. Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. **Verdade Negociada?** Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro: v. 8. n. 13. p. 634-657, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: 12 dez. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 18 jul. 2022.

VARELA, Alexandre de Oliveira. **Técnica de saneamento e organização do procedimento no código de processo civil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VILELA, Rodrigo Castro. A adequada distribuição do ônus da prova. In: EÇA, Vitor Salino de Mouça (org.). **Processo constitucionalizado e decidibilidade democrática**. 2 vol. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023. p. 85-102.

VILELA, Rodrigo Castro. A razoável duração do processo constitucionalizado. In: EÇA, Vitor Salino de Mouça (org.). **Processo constitucionalizado e decidibilidade democrática**. 1 vol. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022. p. 219-240.