

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

IGOR PINHEIRO DE SANT'ANNA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:
**A “FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO” NO PROCESSO DE ESTRUTURA
COOPERATIVO-DEMOCRÁTICA**

**VITÓRIA
2015**

IGOR PINHEIRO DE SANT'ANNA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:

**A “FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO” NO PROCESSO DE ESTRUTURA
COOPERATIVO-DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

**VITÓRIA
2015**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

S232f Sant'Anna, Igor Pinheiro de, 1980-
A “fase de saneamento e organização” no processo de
estrutura cooperativo-democrática / Igor Pinheiro de Sant'Anna.
– 2015.
167 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Cooperação. 3. Contraditório (Direito). I.
Mazzei, Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

IGOR PINHEIRO DE SANT'ANNA

**A “FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO” NO PROCESSO DE ESTRUTURA
COOPERATIVO-DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

Orientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior

Membro (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves

Membro Externo (UNESC/FUNCAB)

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Wladimir e Anamaria Sant'Anna, que desde sempre me ensinaram o valor e importância do estudo e da educação.

“Com este objetivo é que me propus a escrever este livro, dando minha parcela de contribuição na área do conhecimento que fiz prioritário em minha vida ao qual dediquei o melhor de minha inteligência. Espero que meu esforço não resulte em total fracasso, parecendo aos doutos simplório demais quando disser e aos leigos, hermético demais o que tentei lhes comunicar. Considero-me previamente redimido por força do convencimento de que se nos preservarmos demasiadamente, pelo medo de fracassarmos, nada produziremos. Como tenho sempre presente em meu pensamento que se a perfeição é desejo do homem, pretender alcançá-la é propósito insensato, ousei publicar essa monografia”.

CALMON DE PASSOS¹

¹ CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 01 e 02.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos últimos dois anos muita coisa se passou no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, e também fora dele. Portanto, os agradecimentos são muitos.

Não poderia deixar de iniciar por outra pessoa que não fosse meu estimado orientador, o Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei, que, confiando em um comprometimento que lhe foi afirmado, aceitou, há pouco mais de dois anos, o *munus* de orientar alguém que com pouquíssimo histórico na vida acadêmica.

Mais do que orientador, Mazzei (creio que posso lhe chamar assim, simplesmente) é um grande amigo e incentivador. Amigo não apenas com complacência, mas, sobretudo, quando me chacoalhou e me fez seguir em frente, ao perceber o desânimo inicial que me acometia. Mestre, obrigado!

Agradeço a todos os professores do Programa, em especial aos que tive oportunidade de conviver, ainda que por um único semestre.

Ao Prof. Dr. José Pedro Luchi que, com suas singulares características, fez-nos abrir o horizonte do direito para além das tradicionais disciplinas.

Ao Prof. Dr. Tarek Moyses Moussallem, pela impressionante gana de mostrar a nós, alunos, a importância de desenvolvermos nosso senso crítico, e, principalmente, buscarmos a rigidez científica do direito.

Ao Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, pela tranquilidade, facilidade e assimetria com que dialoga com seus alunos sobre temas sempre tormentosos, um professor efetivamente democrático.

À Prof. Dra. Valeska que, com sua radiante alegria, é, sem sombra de dúvidas, uma das molas propulsoras deste Programa.

Aos companheiros e funcionários do escritório PINHEIRO DE SANT'ANNA & ADVOGADOS ASSOCIADOS, pelo suporte que me deram em cada momento, das mais variadas formas.

Agradeço ao também colega (*rectius*: amigo) de escritório e de mestrado, Julio Cesar Medeiros Ribeiro. O contato diário com alguém que estava em situação idêntica me ajudou a seguir em frente.

Finalizo os amigos de escritório com meu querido irmão (e sócio), Vinicius Pinheiro de Sant'Anna, também mestre por este programa, que me incentivou a ingressar na vida acadêmica, e, muito antes disso, inspirou-me a trilhar o caminho do *direito*.

Agradeço a todos os meus amigos (poucos, mas verdadeiros), por entenderem a relativa ausência nesse período.

Por fim, um especial agradecimento à Flávia, minha esposa, amiga e companheira, não só pela compreensão pelos momentos de reclusão, mas pelo amor incondicional e por tudo o que representa para minha vida. Como se não bastasse isso tudo, por ter me presenteado com minha amada (e muito esperada) *Lara*.

Muitas pessoas elegem *marcos* que mudam o rumo de suas vidas, alguns são marcados pela perda de um ente querido, outros pela superação de uma enfermidade, há os que são marcados por uma viagem, enfim, cada um elege o “divisor de águas” de suas vidas. O da minha, Flávia, é você. Obrigado!

RESUMO

O trabalho tem como objetivo a análise da fase de saneamento e organização do processo como mecanismo de fortalecimento da participação das partes na formação da decisão judicial. Assume-se, antes de tudo, que vivenciamos o marco teórico do *formalismo-valorativo*, em que o próprio *processo* é o polo metodológico da ciência processual, fortalecendo-o como um palco de três atores. Reconhece-se, ainda, que é necessário um *modelo democrático de processo* para assegurar a efetiva participação de todos os atores do núcleo processual (autor, réu e juiz) na formação da decisão. A partir daí, desmembraremos as três principais atividades desenvolvidas na *fase de saneamento e organização do processo*, quais sejam, (i) a tentativa de conciliação, (ii) o saneamento de eventuais vícios e a decisão acerca das demais questões processuais pendentes; e (iii) a organização da instrução probatória, principalmente com a adequada fixação dos pontos controvertidos. Concluiremos, ao final, se a *fase de saneamento e organização do processo* é (ou não) o momento processual mais propício ao almejado *diálogo judicial* e se através dela é possível alcançar uma *decisão justa* (em que se garantiu efetiva participação dos atores do processo) em *razoável duração*.

Palavras-chave: Processo Civil. Cooperação. Comparticipação. Formalismo-valorativo. Modelo Democrático de Processo. Contraditório substancial. Democracia. Diálogo judicial. Saneamento Compartilhado. Organização do processo. Audiência preliminar. Pontos controvertidos. Decisão justa. Razoável duração do processo.

ABSTRACT

This research aim to analyze the judicial sanitation phase of the process and its organization as a mechanism to enforce parties to participate on court's decisions. Nowadays, the judicial system experiences the theoretical framework of formalism and evaluative, where the process itself is the methodological pole of the procedural science, strengthening it as a stage with three different actors. It is assumed that a democratic model of procedures is required to ensure the effective participation of the parties along the formation of the court's decision. Moreover, the research dismembers the three main activities developed during the sanitation phase of the process: the conciliation attempt proclaimed by the judge; the correction of procedural defects added by the decisions regarding any other issues related to procedural disputes; and, at last, the organization of the probative instruction phase, with the proper fixing of the disputed issues. At the end, the research will conclude if the sanitation part of the process is the best moment to develop the judicial dialogue; and if it is possible to reach a fair decision in a reasonable time with the judicial dialog with the effective participation of the parties.

Keywords: Civil Procedure. Cooperation. Coparticipation. Evaluative Formalism. Democratic process. Substantial contradictory. Democracy. Judicial dialogue. Shared sanitation. Organization of procedure. Preliminary hearing. Controversial points. Righteous Decision. Reasonable duration of the process.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	14
1.1. A escolha do tema e os objetivos.....	14
1.2. Organização e estruturação do trabalho.....	19
2. Premissas básicas.....	22
2.1. Fases metodológicas do direito processual.....	22
2.1.1. Considerações iniciais.....	22
2.1.2. Praxismo.....	23
2.1.3. Processualismo.....	23
2.1.4. Instrumentalismo.....	25
2.1.5. Formalismo-valorativo.....	28
2.2. Os modelos processuais: <i>paritário, hierárquico e cooperativo</i>	32
2.2.1. Considerações introdutórias.....	32
2.2.2. Modelo paritário (simétrico).....	35
2.2.3. Modelo hierárquico (assimétrico).....	37
2.2.4. Modelo cooperativo (colaborativo).....	39
2.2.4.a Características do modelo cooperativo e o Estado Democrático Constitucional.....	40
2.2.4.b O contraditório como “valor-fonte” do modelo democrático de processo.....	43
2.2.4.c O princípio da cooperação.....	48
2.2.4.d A cooperação no direito processual português.....	55
2.2.4.e O novo Código de Processo Civil (NCPC) Brasileiro, de estrutura democrática.....	57
3. A “Fase de Saneamento”.....	60
3.1. Considerações iniciais: Distinção entre <i>atividade saneadora, fase de saneamento e decisão em saneamento</i>	60
3.2. Sobre o tema: Saneamento e Organização do Processo.....	63
3.3. Do Julgamento Conforme o Estado do Processo.....	65
3.4. Origem do instituto: “o despacho saneador”.....	71
3.4.1. Origem lusitana.....	71
3.4.2. Antecedentes no direito brasileiro.....	76
3.4.2.a. O Decreto 737, de 1850 e os Códigos Estaduais.....	76

3.4.2.b. A unificação da legislação processual brasileira. O despacho saneador no CPC de 1939.....	77
3.4.2.c. O CPC de 1973: do despacho saneador à audiência preliminar.	79
3.4.2.d. O NCPC: <i>saneamento e organização do processo</i>	82
3.5. Tríplex finalidade da fase de saneamento: Conciliação, Saneamento do processo e Organização das Atividades Instrutórias.....	83
3.5.1. Considerações introdutórias.....	83
3.5.2. Retomada da <i>oralidade</i>	85
3.6. Audiência preliminar.....	88
3.6.1. Breve intróito.....	88
3.6.2. Importância da audiência preliminar no processo civil pautado pela cooperação. O “dia na corte”.....	90
3.6.3. Apenas conciliação?.....	95
3.6.4. Obrigatoriedade da designação de audiência preliminar?.....	98
3.6.5. Comparecimento das partes.....	102
3.6.6. Comparecimento dos procuradores.....	105
3.6.7. Necessidade de o juiz efetivamente conhecer o processo.....	107
3.6.8. Do poder de polícia do juiz em audiência.....	108
3.7. Da conciliação (autocomposição).....	109
3.7.1. Considerações preliminares.....	109
3.7.2. Necessária preparação dos juízes e auxiliares para a atividade de conciliação.....	112
3.7.3. Do cuidado do juiz ao tentar conciliar as partes.....	113
3.7.4. Nulidade pela supressão da tentativa de conciliação?.....	115
3.7.5. Conciliação sobre questões alheias à <i>res in iudicium deducta</i>	116
3.8. A decisão em saneamento: solução das questões pendentes.....	117
3.8.1. Considerações iniciais.....	117
3.8.2. As “questões processuais pendentes” apreciáveis na decisão em saneamento.....	118
3.8.3. Análise de pedido de tutela cautelar ou antecipatória ainda não apreciada.....	122
3.8.4. Eficácia preclusiva do “despacho saneador”.....	123
3.9. Organização da instrução probatória.....	129
3.9.1. Fixação dos pontos controvertidos.....	129

3.9.2. Indicação dos pontos incontroversos <i>relevantes</i>	138
3.9.3. Circunscrição dos fundamentos jurídicos.....	139
3.9.4. Distribuição, pelo juiz, do ônus da prova.....	142
3.9.5. Poderes instrutórios do juiz contemporâneo.....	145
3.9.6. Determinação das provas a serem produzidas e preclusões.....	149
3.9.7. Designação de audiência de instrução e julgamento.....	152
4. Considerações finais.....	153
5. Conclusões.....	156
6. Referências bibliográficas.....	163

1. Introdução.

1.1. A escolha do tema e os objetivos.

Há algum tempo os processualistas contemporâneos, afastando-se das concepções eminentemente privatistas e conceitualistas que marcaram a chamada fase *autonomista* do estudo do direito processual, tem voltado suas atenções e esforços para o estudo do processo em sua essência primeva, de servir ao direito material, não necessariamente à lei *stricto sensu*, mas também (e principalmente) à Constituição Federal.

Isso não significa, por óbvio, o retorno à fase *sincretista* (não autônoma da ciência processual), mas apenas reconhecer que a exacerbada dicotomia entre processo e direito precisava ser revista.

Na atual fase metodológica do direito processual (do *formalismo-valorativo*), reconhece-se, não só a interdependência entre direito e processo - este como instrumento de aplicação da lei (concepção *instrumentalista*) -, mas, sobretudo, como garantidor de direitos fundamentais encartados na Constituição, e, conseqüentemente, como importante ferramenta de consolidação da democracia nos Estados que pretendem se qualificar como *democráticos*.

Almeja-se um processo *dialético* em que a decisão judicial é *construída* a partir do *esforço comum* (cooperação) dos seus principais atores (juiz, autor e réu), chegando-se a um processo civil de *resultados justos*, caracterizado, principalmente, pela efetiva participação, na formação do ato final, daqueles que se sujeitarão à decisão.

Apesar desse novo cenário, do processo calcado na comparticipação, notamos uma acentuada preocupação da doutrina com o “final” do “processo de conhecimento”², ou seja, com a *fase decisória* e seus desdobramentos (recursos, cumprimento de sentença, coisa julgada, etc.).

² Constatação antes já feita por Paulo Hoffman: “o processo – como sói ocorrer com tudo mais – tem começo, meio e fim. A onda de acesso ao judiciário e o princípio constitucional da inafastabilidade garantem esse ‘começo’; constata-se na doutrina um crescente e preocupante inconformismo com o ‘fim’ do processo, circunstância que, se muitas vezes traz ‘justiça’ ao caso concreto, pode ‘eternizar’ a disputa” (HOFFMAN, Paulo. Saneamento Compartilhado. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2001, p. 18).

Muito se escreve hoje sobre “provas”, “dever de fundamentação das decisões”, “recursos” e “execução”. Isso é bom, mas o “meio” do processo de conhecimento, sua *fase de saneamento e organização*, tem ficado relegado.

No atual cenário da ciência processual, em que se privilegia o *poder de influência* e o *dever de debate*, melhor seria uma maior atenção dos juristas ao “meio” do processo (quando é possível viabilizar uma grande aproximação e diálogo entre seus atores) para otimizá-lo, seja através de tentativa de conciliação, do saneamento de vícios que podem leva-lo à extinção anômala ou da organização da fase instrutória.

Essa menor atenção conferida pela doutrina tem se refletido na prática judiciária. E isso nos levou a dissertar sobre o tema.

Creemos que o tema escolhido trata de questão processual das mais relevantes, pois apesar de o legislador (ainda que timidamente) prestigiar a *fase de saneamento e organização do processo*, que exerce influência direta na otimização do processo, nota-se claramente que a prática forense caminha em sentido contrário.

Há um flagrante contrassenso.

A partir da redemocratização, com a Constituição Federal de 1988, o contraditório - “valor-fonte” do modelo democrático de processo - é redimensionado e entendido não apenas como direito de ação-reação, mas como *poder de influência* e *dever de debate*, impondo o constante diálogo³ entre os atores do processo, para a *construção* de uma decisão justa, erigida a partir do esforço comum dos sujeitos do processo. Busca-se a dialética processual.⁴

³ “Não o diálogo desregrado do cotidiano, mas o diálogo submisso a regras que demarcam seu campo de atuação e, dentre essas, a da pertinência. Não é qualquer diálogo, portanto: dialética, diálogo regrado. O diálogo é um atributo da existência humana” (BORGES, José Souto Maior. O Contraditório no Processo Judicial - uma visão dialética. p. 83).

⁴ “Os reflexos da dialeticidade no processo são sentidos, de maneira marcante, nos poderes do juiz na condução dos desígnios do processo, os quais lhe serão indicados através do que lhe for dado extrair das atitudes processuais das partes, com seus arrazoados, resistências e insurgimentos voltados para a formação do convencimento do julgador. Atua, pois, a dialética, como um sistema de equalização de dois objetivos em constante ebulição no processo civil: a imparcialidade do julgador, como meta do princípio dispositivo, e o interesse do Estado na pacificação social mediante o processo” (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. A defesa no Processo Civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento - 3. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 251).

Apesar haver a previsão legislativa para um momento processual que possibilita o almejado *ponto de encontro* entre todos os personagens do processo - entrelaçando a audiência preliminar, o antigo “despacho saneador” e a organização da instrução probatória -, isso é cada vez menos aproveitado no dia a dia forense.

O “saneamento compartilhado”⁵, se bem conduzido, pode ser um dos mais eficientes mecanismos de “aceleração” do processo, atendendo sua *razoável duração*⁶, sem prejuízo da justiça da decisão, porquanto pautado no efetivo contraditório.

O adequado preparo e um pouco mais de empenho dos juízes poderia resultar em mais conciliações, a mais almejada forma de solução dos litígios. A maior atenção à fase de saneamento preveniria a declaração futura de nulidade, e a indesejável marcha à ré no processo. A apropriada fixação dos pontos controvertidos evitaria desperdício de tempo e dinheiro com realização de diligências probatórias inúteis.

Todas essas providências se concentram na fase de saneamento, principalmente na *audiência preliminar*, tal como prevista no Código de 1973.

Na prática judiciária testemunhamos, sob o (frágil) argumento da busca por celeridade, os operadores do direito praticamente suprimirem essa importante fase do processo, o que, por conseguinte, pode gerar justamente o efeito reverso, a dilatação do litígio, seja porque não foi efetivamente tentada a conciliação, por não ter sido sanada alguma

⁵ Expressão cunhada por Luiz Rodrigues Wambier (*in* A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de Redução da atividade recursal das partes. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier-formatado.pdf>, acesso em 20/08/2014) e adotada por Paulo Hoffman e que dá nome a obra sobre o tema, fruto de sua tese de doutorado na PUC/SP (HOFFMAN, Paulo. Saneamento Compartilhado. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2001). Apesar de indicarmos a expressão em algumas passagens e de concordarmos em grande parte com as posições adotadas pelo autor, não a adotaremos aqui em todas as ocasiões, simplesmente por acreditarmos que não precisamos adjetivar cada fase processual como cooperativa ou compartilhada, pois a participação dos atores processuais é, hodiernamente, imposta em todo *iter* processual.

⁶ “Embora razoável duração seja expressão de difícil conceituação, é possível estabelecer parâmetro de razoabilidade para a duração do processo, levando-se em conta dentre outros aspectos, o direito subjetivo em jogo, a dilação probatória necessária em função da complexidade das questões controvertidas, a urgência na assecuração ou satisfação desse direito, a verossimilhança do que se alega a as particularidades do caso concreto. A rigor, só se tem noção do que é razoável, porque se sabe, precisamente, o que não é, assim como o justo só faz sentido diante da noção do injusto. Portanto, não há como querer, num arroubo racionalista, fixar o prazo razoável. É preciso isto sim, afirmar e demonstrar o caráter não razoável do que acontece, para que num processo dialético de convencimento dos usuários atuais e futuros do sistema, estabelecem-se novos parâmetros de razoabilidade para a duração do processo, buscando-se o equilíbrio entre os valores da segurança, da efetividade e do risco” (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. A Dogmatização da Ampla Defesa: Óbice à Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 123).

irregularidade sanável, ou mesmo por não se ter (adequadamente) definido o que seria objeto de prova.

Não é raro, para quem vive o cotidiano forense, encontrar a fase de saneamento limitada aos seguintes “despachos”: “digam as partes sobre a possibilidade de acordo”⁷; ou “intimem-se as partes para, justificadamente, indicarem as provas que pretendem produzir” (isso sem sequer ter havido fixação de pontos controvertidos); ou “partes capazes e bem representadas, dou o feito por saneado”.

Na atual fase evolutiva da ciência processual - em que se prega a necessidade de um processo civil de *resultados justos*, garantidor de direitos fundamentais – é inaceitável que a prática forense caminhe em sentido diametralmente oposto, pois é isso que acontece quando um juiz profere um despacho com esse conteúdo, marcha na contramão da evolução da ciência processual.

A prática judiciária hoje parece muito mais afeita às metas de *quantidade* às de *qualidade*. Não negamos a importância de se realizar uma célere prestação jurisdicional, com a tão almejada *razoável duração do processo*, mas isso não pode, a nosso ver, servir de justificativa para ceifar a entrega do *resultado justo*, que materializa a real *efetividade e eficiência*, também impostas pela Constituição Federal.⁸

Essa fase intermediária do processo, que antecede a instrução probatória, é crucial para o atingimento dos mais nobres fins do processo (contraditório substancial, ampla defesa, imparcialidade, igualdade formal e material, etc.), que levam à obtenção de uma decisão judicial *justa em tempo razoável*.

⁷ “Acredita-se que nem pelo aspecto temporal o expediente sugerido de indagar às partes quanto ao interesse na realização da audiência preliminar representa celeridade, porque, em diversas comarcas, o lapso de tempo para o despacho, intimação pela imprensa oficial, manifestação das partes e retorno dos autos à conclusão para saneamento, ultrapassaria o prazo à realização da audiência, em que, baldada a conciliação, se passaria à fixação dos pontos controvertidos e intimação do saneamento” (ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. Saneamento do Processo: Saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual. São Paulo: LEUD, 2004, p. 119)

⁸ “O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social (em sede penal) no momento oportuno, proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. [...] O *direito ao processo sem dilações indevidas*, consagrado em vários ordenamentos jurídicos, é conceituado como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à *tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo, 1997. pp. 197/198).

Pretendemos ao final do trabalho constatar se *a fase de saneamento (principalmente quando realizada em audiência) é um estorvo à razoável duração do processo ou é uma forma de otimizá-lo*. Será que a *devida atenção à fase de saneamento e organização do processo é incompatível com sua razoável duração?*

Ansiamos, ainda, verificar se o “*saneamento compartilhado*” entre os atores processuais é ou não a forma adequada para a realização das garantias constitucionais do contraditório e da razoável duração do processo, com a obtenção de um resultado justo. Nesse ponto, almeja-se responder se o saneamento através de ato isolado do juiz, sem a formação da “*comunidade de trabalho*”, atende ao contraditório tal como concebido hodiernamente.

Registre-se: o legislador constitucional não assegurou a “rápida” resolução do processo, mas sim sua *razoável duração*, justamente porque a propalada celeridade não pode abalar o fim último do processo, a decisão judicial *justa*, que necessariamente passa pelo *procedimento em contraditório*, com franco e amplo debate judicial.

O açoitamento no processo leva, quase que invariavelmente, à injustiça da decisão, por não franquear às partes o poder de influir lógica e juridicamente na formação do ato a que devem se submeter. Como diz a sabedoria popular: “apressado come cru”.

O problema é que, no processo, o apressado muitas vezes é o juiz, justamente aquele que não sofre os efeitos da decisão judicial. Isso significa que no processo não é o apressado quem come cru, mas sim as partes que sofrem a consequência da decisão *injusta!*

As linhas que seguem, portanto, tem por desígnio trazer uma análise sobre a (segunda etapa da) *fase de saneamento*, mais precisamente como esse importante momento processual – que se bem trabalhado em seus três aspectos (tentativa de conciliação, saneamento do processo e organização da instrução probatória) - pode contribuir para harmonizar o contraditório substancial com a tão almejada razoável duração. Para nós, já antecipando a nossa posição final, não são possibilidades que se repelem.

Certo da importância do tema, inicia-se o desafio de realizar uma leitura contemporânea da segunda etapa da *fase de saneamento* (prevista no art. 331, do CPC de 1973).

1.2. Organização e estruturação do trabalho.

Para chegar ao desiderato final do trabalho (analisar se a fase de saneamento do processo – realizada através da cooperação entre os atores processuais – é meio eficaz para atingimento dos fins constitucionais do processo), percorreremos caminhos afluentes que são importantes para fixar as premissas das quais partimos para afirmar a importância do “saneamento compartilhado”.

Passado o presente capítulo introdutório, traremos, no segundo capítulo, as premissas básicas assumidas para o desenvolvimento do trabalho.

Faremos uma análise do direito enquanto fenômeno cultural, discorrendo sobre as fases metodológicas da ciência processual desde o período de sua “pré-história” (*praxismo* ou *sincretista*), passando pelo *processualismo*, e seguindo pelo *instrumentalismo*, que precedeu ao contemporâneo *formalismo-valorativo* (ou *neoprocessualismo* como preferem alguns).

Far-se-á, ainda, breve incursão no que a doutrina chama de “modelos processuais”: *isonômico*, *hierárquico* e *cooperativo*; destacando, dentro de cada um deles, o papel do juiz e partes, anotando, desde logo, que os modelos são nomeados (qualificados) tomando em conta a *distribuição do trabalho entre os atores do processo*.

Depois de tecidas breves considerações sobre os dois “primeiros” modelos, trataremos de forma mais vertical do processo civil de corte *cooperativo*, que é a base para compreensão deste trabalho.

Indicaremos as principais características do modelo e sua importância no Estado Democrático Constitucional.

Apontaremos o contraditório como “valor-fonte” do modelo democrático de processo. Durante a análise desse aspecto, abordaremos como antes era concebido o contraditório e como é visto hoje, redimensionado em seu campo de abrangência e importância.

Trataremos, por fim, da incidência e força, no processo, do *princípio da cooperação*, expressamente positivado no novo Código de Processo Civil (NCPC), indicando de forma sumária os deveres dele decorrentes.

No terceiro e principal capítulo do trabalho, subdividido em quatro partes, desenvolveremos nossa análise sobre a *fase de saneamento* do processo, para verificar se as atividades que nela devem ser desenvolvidas são um estorvo à sua razoável duração ou se são meios eficientes de atingi-la.

Na primeira parte do capítulo trataremos de aspectos gerais sobre a *fase de saneamento*, abordando pontos como: (i) a origem do clássico “despacho saneador”, (ii) o seu histórico na legislação brasileira, (iii) as suas finalidades, e (iv) a audiência preliminar.

Nas três partes seguintes, separaremos cada uma das “etapas” da fase de saneamento (conciliação, decisão em saneamento e organização da instrução probatória).

Em cada um desses pontos, indicaremos como deve ser a divisão do trabalho entre juiz e partes na *fase de saneamento do processo de estrutura cooperativa*, como deve se pautar a atuação da “comunidade de trabalho”, a fim de que seja privilegiado o diálogo, como instrumento para obtenção do resultado justo em razoável tempo-espaço.

Não será aberto tópico específico para tratar do direito comparado, sendo que nos reportaremos, basicamente, à legislação (e doutrina) portuguesa, pois é do direito português a gênese da nossa “audiência preliminar”, desde quando deles importamos o clássico “despacho saneador”, a primeira aparição no nosso direito do que hoje temos por fase de saneamento.

Ademais, recentemente (em 2013), entrou em vigor novo Código de Processo Civil luso, com expressa previsão do princípio da cooperação, tal como ocorre com a nossa

nova legislação. O nosso novo Código de Processo Civil (NCPC) também será abordado pontualmente, sem capítulo próprio.

Antes de finalizarmos, traçaremos no penúltimo capítulo nossas *considerações finais*, com um breve fechamento indicando, principalmente, o que esperamos ver aplicado na prática sobre os estudos feitos, e a imprescindível mudança de atitude dos operadores do direito para que a *fase de saneamento* se materialize no cotidiano forense, atingindo suas nobres finalidades.

Ao final, traremos as conclusões pontuais extraídas dos estudos e consignadas no trabalho, com a indicação, no último capítulo, das referências bibliográficas consultadas e citadas ao longo do trabalho.

2. Premissas básicas.

Antes de iniciarmos o desenvolvimento do tema, que se dará no terceiro capítulo, indicaremos agora quais são as premissas básicas adotadas para seu desenvolvimento. Fundamentalmente partimos de dois pontos.

O primeiro concerne à atual fase metodológica da ciência processual. Assumimos que vivenciamos a fase teórica do *formalismo-valorativo*, em que o *processo* (não mais a jurisdição) é o polo metodológico (centro) da ciência processual, estabelecendo-o como um “palco” de três atores (não mais um monólogo judicial). No formalismo-valorativo o processo é concebido como instrumento de viabilização dos direitos e garantias fundamentais.

A segunda premissa refere-se ao *modelo* de processo adotado nos países que pretendem se proclamar democráticos, como o Brasil.

Tomamos, assim, a necessidade de haver um modelo *cooperativo* de processo, em que as atividades processuais estão divididas entre os atores do núcleo processual, que não estão concentradas nem nas mãos das partes nem no Estado-juiz; os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* se equilibram.

É a evolução até chegarmos a essas premissas que passarmos a tratar nesse capítulo.

2.1. Fases metodológicas do direito processual.

2.1.1. Considerações iniciais.

Como se costuma dizer que não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*), e não menos certo é que não há lugar para o direito sem sociedade (*ubi jus ibi societas*)⁹. Essa estreita relação entre direito e sociedade se deve à *função ordenadora* do direito, ou

⁹ “No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mas ainda os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que; não haveria, pois, lugar para o direito na ilha do solitário Robinson Crusóé, antes da chegada do índio Sexta-feira” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 25).

seja, a coordenação dos interesses sociais, “*de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros*”¹⁰.

Percebe-se, assim, que o direito é indiscutivelmente um fenômeno *cultural*¹¹ e reflete a sociedade de sua época, comportamento, crenças e valores. Não por acaso, é dinâmico, adequando-se a necessidade de cada sociedade em cada momento de sua história.¹²

Assim como a sociedade, portanto, o direito passou por diversas mutações e evoluções ao longo de sua existência. E o direito processual, como ramo autônomo do direito, não poderia deixar de seguir essa regra.

De curial, nessa quadra, que o direito processual civil tenha experimentado diferentes perspectivas metodológicas, já que toda experiência nesse fecundo campo encerra um modo de ver e trabalhar com o processo, evidentemente condicionada à cultura social historicamente considerada, já que essa opera mesmo como uma “lente através do qual o homem vê o mundo”¹³.

E justamente por esse caráter dinâmico (evolutivo), impõe-se a verificação, ainda que de forma sucinta, das chamadas *fases metodológicas* do direito processual: *praxista* (ou *sincretista*), *processualista* (*autonomista* ou *conceitualista*), *instrumentalista* e, por fim, a fase do *formalismo-valorativo* (ou *neoprocessualismo*), que receberá maior atenção, por ser, a nosso sentir, a base para a construção de um processo civil calcado na cooperação entre os atores processuais, com poderes e deveres adequadamente distribuídos entre eles.

2.1.2. Praxismo.

Assim como a sociedade, o direito processual teve sua “fase pré-histórica”, conhecida como fase *praxista* (ou *sincretista*). Nesse período, não se concebia o direito processual

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 25.

¹¹ “Cultura”, nos dizeres de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, significa “o complexo dos padrões de comportamento, das crenças, das instituições e doutros valores espirituais e materiais transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade; (...) O desenvolvimento de um grupo social, uma nação, etc., que é fruto do esforço coletivo pelo aprimoramento desses valores;” (in Novo Dicionário Aurélio. Rio de Janeiro/RJ: Editora Nova Fronteira S.A., 1986, p. 508).

¹² No mesmo sentido é a posição de Laura Fernandes Parchen in *Impacto do Princípio da Cooperação no Juiz*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013.

¹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

como direito autônomo, era considerado um *apêndice* do direito material. O processo era entendido como “*procedura*” (procedimento), não como “*diritto processual civile*”.

A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito material processual com ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica.¹⁴

Em decorrência desse longo período de sincretismo, até hoje é muito comum encontrar no dia-a-dia forense, e até mesmo na doutrina, referência ao direito processual civil como “direito adjetivo” ou “lei adjetiva”, o que recebe forte crítica por parte da doutrina¹⁵.

Justamente pela não percepção do direito processual como ciência autônoma em relação ao direito material, essa fase, que perdurou dos primórdios até a metade do século XIX, é também conhecida como *sincretista*.

2.1.3. Processualismo.

Rompendo completamente com a fase anterior, a fase *processualista* se caracteriza pela *autonomia* do direito processual civil em relação ao direito material, por isso é também denominada *autonomista*.

Essa ruptura se deveu, principalmente, à processualística alemã, que, a partir da metade do século XIX, passa a conferir um tratamento científico ao direito processual civil. O objeto da “nova” ciência é a *relação jurídica processual*.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁵ Por todos, Galeno Lacerda: “Erro arraigado, cometido até por doutrinadores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atual. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol.8, t. I, p. 23)

A obra de Bülow¹⁶ é mencionada por Dinamarco¹⁷ como sendo a *certidão de nascimento do direito processual civil*¹⁸. Nessa fase de grandes construções científicas nascem os conceitos da ciência processual, motivo pelo qual o período é também conhecido como *conceitualista*.

A ciência processual era tida como uma ciência eminentemente *técnica*, quase que matemática, afastada do caráter *cultural* do direito. Pretendia-se uma *ciência pura*, de “todo infensa a valores”¹⁹.

O Código de Processo de 1973 é fruto dessa concepção do direito processual, como ressalta nossa doutrina:

Ao apresentar o Projeto do Código de Processo Civil de 1973, expondo-lhe os motivos, Alfredo Buzaid asseverava que a elaboração de um Código de Processo encerra uma empresa “eminente técnica”. Em outra oportunidade, ao gizar as linhas fundamentais de nosso Código, em conferência na Universidade de Keyo, Buzaid fora mesmo mais enfático: o “processo civil é uma instituição técnica”. Ressai de logo nessas assertivas o espírito de toda uma época, o processualismo científico, de início incontestável em Oskar Bülow, no final do século XIX, parcialmente sistematizado ainda àquele tempo por Adolf Wach, desembarcado no Brasil pela mão da Escola Italiana do século XX, cujo mestre fora Giuseppe Chiovenda, trazido na bagagem de seu discípulo Enrico Tullio Liebman.²⁰

Apesar de sua inegável importância para a concepção da autonomia do processo em relação ao direito material, porquanto o processo deixava de ser visto como um apêndice do direito material, essa fase gerou grave efeito colateral, qual seja, a prevalência da forma sobre o direito material, conforme registrou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A nova empresa volta-se para acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo definitivamente se separa do direito material. Tal postura metodológica, conquanto justificada e até necessária em certa medida, não alcançou vislumbrar, contudo, por fechada em si mesma, os liames com as finalidades do instrumento. Incorria-se no grave equívoco de ver o processo como a medida de todas as coisas, a forma prevalecendo sobre o fundo. É importante observar, contudo, que essa compreensível exacerbação

¹⁶ Die lehre von den prozessenreden und die prozessvoraussetzungen.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Vol. 1 e 2. p. 258.

¹⁸ Daniel Mitidiero, apesar de concordar, faz, com base em Pontes de Miranda, a seguinte ponderação: “Anote-se, contudo, que antes de Bülow a doutrina já esboçava a compreensão do processo como relação jurídica. Com efeito, a ideia de que o processo é uma relação jurídica veio de Hegel, sendo lembrada mais tarde por Bethmann-Holweg, para só então ser trabalhada por Bülow” (MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.* p. 35).

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.* p. 36.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.* pp. 25-26.

conceitual do *processualismo* acabou gerando consequências indesejáveis. Se, de um lado, o direito processual civil ganha em precisão e refinamento, de outro, resta fragilizado o seu relacionamento com o direito material e desligado da realidade social. A absoluta separação do direito material do direito processual acabou comprometendo a finalidade centra do processo – servir à realização do direito material com justiça.²¹

A visão do processo nesse período foi extremamente introspectiva, valia a máxima do *processo pelo processo*.

Como consequência desse nefasto efeito colateral, começou a ganhar força a ideia de que o direito processual, embora autônomo ao direito material, não poderia se afastar deste por completo, pois o processo seria um *instrumento* a serviço do direito material.

Esse culto exacerbado à forma, no afã de garantir a autonomia da nova ciência, levou o processo a um distanciamento da realidade, e, de forma autofágica, essa fase foi sendo superada e dando origem ao *instrumentalismo*.

2.1.4. Instrumentalismo.

Considerando que a ciência processual é jovem, tem aproximadamente 150 anos, a fase instrumentalista, apesar de ser tida como muito recente não é tanto, pois se iniciou há algumas décadas. Para se ter uma ideia, a primeira edição da obra de Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, data de 1987, sendo que antes mesmo disso já se falava em instrumentalidade.²²

A fase instrumentalista veio para romper com um sistema extremamente apegado aos conceitos e formalidades, pregando que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a serviço do direito material.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010. 19-20.

²² Mitidiero ressalta que “a bem da realidade, a preocupação com a instrumentalidade do processo pode ser sentida muito antes da aludida obra de Dinamarco, com ensaios seminais de Galeno Lacerda (como, por exemplo, O código com sistema de adequação legal do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativo do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976. P. 161-170; O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, 1983, n.º 28, p. 7-14). A ele, aliás, ao que se sabia, coube a primazia com o trato do tema na doutrina brasileira (rigorosamente, além dos ensaios antes lembrados, já em sua clássica tese cátedra, publicada pela primeira vez em 1953, Galeno Lacerda preocupava-se com o tema da instrumentalidade do processo; apenas, na oportunidade, aludia à ‘função de economia do processo’, para designar aquilo que a doutrina, posteriormente, passou a identificar com a ideia de instrumentalidade, conforme *Despacho Saneador*. 3. Ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. P. 5-6)” (MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*. p. 37, nota de rodapé 64.)

O processo deixa de ser visto apenas por seu ângulo interno, negando seu caráter puramente técnico, e passa a ser visto em termos *sociais* (educação - conscientizar a sociedade de seus direitos e obrigações - e persecução da paz social), *políticos* (reafirma a autoridade do Estado e a liberdade dos cidadãos) e *jurídicos* (realizar a “vontade concreta do direito” – realização do direito material), por isso, “constitui mérito inolvidável da obra de Cândido Rangel Dinamarco a superação, em larga escala, da perspectiva puramente técnica do direito processual civil”²³.

Evoluiu, portanto, a ciência processual mais uma vez, conscientizando seus estudiosos que a importância real do processo está em seus resultados. Passou-se a buscar meios para a necessária efetividade do processo, qual seja, um sistema processual apto para servir como verdadeira e eficiente via à “ordem jurídica justa”. Caracteriza-se por ser uma fase eminentemente crítica, assumindo que, conquanto a ciência processual já tenha alçado inigualável desenvolvimento, esse desenvolvimento não foi seguido pelo sistema processual que continua inapto ao seu primordial escopo. Reconhece que o processo não tem como seus destinatários os operadores do direito, os juristas, e sim, os jurisdicionados, que são os verdadeiros consumidores da função jurisdicional. Não basta um processo eminentemente técnico e com primor científico, plenamente apto a agradar seus operadores e estudiosos: roga-se por um processo eficaz e célere, apto à solucionar as crises do direito material e benévolo aos que dele necessitam diuturnamente como seus destinatários²⁴.

Nessa fase, procurou-se relativizar a dicotomia entre direito material e processo (sem deixar de reconhecer a autonomia deste), e a *jurisdição* passou a ser o polo metodológico (centro) do direito processual²⁵, “haja vista que essa constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para consecução dos fins do próprio Estado”²⁶.

Refuta-se a colocação do processo como polo metodológico da ciência processual.²⁷ O processo passa a ser tido como o instrumento destinado à realização do direito material,

²³ MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 36.

²⁴ FERREIRA, Ricardo Santos. Direito material e direito processual: a problemática advinda da incompreensão do binômio. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1265, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9283>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

²⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, pp. 90 e ss.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 40.

²⁷ “Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destituiu ao processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. E, por isso, o processo em si próprio, com o conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indissociável marca de formalismo. A ideia de procedimento é inseparável do conceito de processo. Colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas ate onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual): não fosse assim, chegaria a própria teoria geral do processo até a disciplina dos negócios jurídicos, o que não seria capaz de enriquecer conhecimentos ou aprimorar soluções. Não obstante se diga teoria geral do processo e se continue sempre a dizer direito processual, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do poder e do seu

e, como consequência, caberia à jurisdição realizar a vontade concreta da lei (direito material), sendo que um dos principais (quicá o principal) valores defendido nesse período é o da *efetividade* do processo²⁸.

Apesar de reconhecer a inegável importância da teoria *instrumentalista*, parte da doutrina passou a discutir alguns pontos básicos da teoria, como, por exemplo, o “grande dissenso sobre os casos que autorizam a aplicação do instituto”²⁹, mas, principalmente, o fato de que nessa fase se outorga à jurisdição função meramente declaratória (declarar a vontade da lei), restringindo a importância dos sujeitos do processo (partes e juiz).

Em suma, censura-se essa fase por colocar a *jurisdição*, e não o *processo*, no centro no centro da teoria processual, desconsiderando, assim, que o processo é um palco de (pelo menos) três atores: autor, réu e juiz.

Além disso, critica-se que no *instrumentalismo* o Direito Constitucional “não é colocado em lugar de destaque e geralmente é compreendido tão somente na ótica das garantias, vale dizer, como noção fechada”³⁰, apenas como garantidor contra eventual arbítrio do Estado.

2.1.5. Formalismo-valorativo.

A atual fase emerge da percepção por parte dos juristas da força direta que a Constituição exerce sobre toda a legislação infraconstitucional, e, nesse caso, sobre as normas processuais, gerando a chamada “constitucionalização do processo civil”³¹.

exercício e esse é o fator de unidade que reúne em uma teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 93.

²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*, pp. 20-21.

²⁹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 01.

³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*, p. 21.

³¹ “Visa-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por consequência, também tem força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de *Neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito...*, vol. 01, p. 27).

Sobre essa nova fase é importante esclarecer, inicialmente, que adotaremos³² aqui o termo cunhado pelo prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³³, *formalismo-valorativo*, ao invés do termo *neoprocessualismo*, utilizado por outros não menos renomados doutrinadores³⁴.

Voltando ao tema, o primeiro ponto a ser destacado é que o termo *formalismo* não é utilizado pela doutrina que o emprega para superestimar a forma.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a *forma* em *sentido estrito* é *modo* como o ato processual se exterioriza, seu “invólucro”, que, somado às condições de *lugar* e *tempo* do ato, constituem os elementos da *forma* em seu *sentido amplo (lato)*, ou, simplesmente, o *formalismo*, que

Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia de processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário³⁵.

Percebe-se, pelo excerto acima transcrito, que o formalismo é indispensável para (01) a *organização do processo*; (02) para *disciplinar o poder* do juiz, evitando o arbítrio

³² Apesar de indicarmos a adoção por um dos termos, registramos que a questão do *nomen iuris* é algo de menor importância, seja ele formalismo-valorativo ou neoprocessualismo, pois, como sabido, o nome não altera a substância da coisa. Mitidiero registra que “não há dúvida que se trata de simples opção terminológica, sendo, por isso mesmo, aspecto menos importante do que o reconhecimento daquilo que pelo nome é designado” (MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, pp. 51-52).

³³ Além de Daniel Mitidiero (*Colaboração no Processo Civil*, 2009), Hermes Zaneti Júnior (*in* A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição – 2. Ed. – São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014) e outros.

³⁴ Eduardo Cambi (*Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009) e Fredie Didier Júnior (*curso de direito Processual Civil*, 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. I, pp. 27-29). FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo*. Revista Ética e Filosofia Política, p 103-117, Nº 15, Volume 2, Dezembro de 2012.

³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. E ampl. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 251-252.

estatal; e, por fim, (03) *controlar possível excesso de uma parte em relação à outra*, servindo como meio de igualar as partes dentro do processo.

O que não se admite no processo, então, é o *formalismo* excessivo, vazio, oco. Ao revés, o que se busca é um *formalismo-valorativo*. O adjetivo *valorativo* é empregado justamente para indicar que o formalismo, embora necessário ao processo, tem que ser imbuído de valores sociais encartados na Constituição, conforme destaca Mitidiero:

A alusão ao “valorativo” tem por desiderato realçar que toda normatividade só se justifica no Estado Constitucional se ancorada nos valores encarnados na Constituição. A expressão cumpre o papel de deixar absolutamente claro que o processo justo só pode ser concebido mediante a normatização e posterior concordância prática entre os valores da igualdade, participação, efetividade e segurança visando ao alcance do valor justiça.³⁶

O formalismo-valorativo rompe com o instrumentalismo no que toca, também, ao papel das partes e do juiz no processo, como constatou Claudio Penedo Madureira:

A opção teórico-valorativa por atribuir à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo (que, como dissemos, inscreve-se como caractere fundamental do instrumentalismo) é objeto de crítica contundente dirigida à teoria da instrumentalidade, pautada na afirmação de que, sob tal premissa, não existiriam mecanismos adequados ao controle da atividade jurisdicional. O que se dá é que o instrumentalismo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o Juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo, o que abre campo, de um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, de outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual. (...) o instrumentalismo, quando assume como postura metodológica sua a tarefa de realizar no processo um direito material pré-existente, ou de bem aplicar as prescrições normativas abstratas que compõem o direito positivo ao caso concreto, parece filiar-se a acepção de justiça própria do pensamento positivista, de inspiração liberal-burguesa, segundo a qual justo seria tudo quanto estivesse impresso nos textos legais.³⁷

É inadmissível compreender que a jurisdição, através do processo, visa simplesmente “declarar a vontade concreta da lei”, sem constituir algo novo, “pois acaba por apoucar o papel do juiz e das partes ao longo do processo”³⁸.

³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*. p. 52.

³⁷ MADUREIRA, Claudio Penedo, 1973-M183d. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* / Claudio Penedo Madureira. – 2009. 226 f. Orientador: Francisco Vieira Lima Neto. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, p. 48-49.

³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...* p. 21.

Certo é que “a jurisdição, longe de apenas declarar o direito, opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo, tendo por matéria-prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa”³⁹.

A lei inegavelmente se subordina aos direitos fundamentais encartados na Constituição e o papel do interprete deixa de ser simplesmente de declarar a vontade da lei, e “cabe agora ao jurista, seja qual for sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”⁴⁰.

O processo deve ser informado por *valores* de justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança.

Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem, não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, constituindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas em um novo conceito, o de cidadania processual.⁴¹

O formalismo-valorativo se distancia do instrumentalismo, principalmente, quando coloca o *processo* como polo metodológico da ciência processual, e não mais a jurisdição. Isso significa ver o processo como um cenário de três atores (autor, réu e juiz) e não apenas como um monólogo judicial, que tem no juiz o “dono do processo”.

[...] a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. [...] Vale dizer: o processo é ato de três pessoas (*iudicium est actum trium personarum*). Não se nega, evidentemente, o papel fundamental que se atribui à jurisdição no quadro do processo. [...] Essa ideia de processo como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo bem responde ao caráter essencialmente problemático assumido pelo direito hoje, para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito. A propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário.⁴²

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*, p. 21.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*, p. 23.

⁴² MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 48-9.

É no formalismo-valorativo que a *cooperação* dos sujeitos do processo encontra terreno fértil para seu afloramento. É aqui que ela alcança desenvolver seus ideais máximos, para chegarmos à tão almejada formação dialética do direito.

É também, nesse cenário, que se exorta a importância da *fase de saneamento* do processo, que, como se verá em capítulo próprio, tem tripla função: (i) tentativa de conciliação, (ii) expurgar do processo as irregularidades sanáveis e (iii) organização da instrução probatória.

Considerando que a cooperação “entre” os atores do núcleo processual impõe a formação de uma “comunidade de trabalho”, através da distribuição de responsabilidades entre eles, a fase de saneamento é o momento mais adequado para isso, pois o legislador prevê, no processo, um “ponto de encontro” entre aqueles que dele participam (a *audiência preliminar*), a fim de que desenvolvam, em comparticipação, as importantes atividades previstas na fase.

É nesse “ponto de encontro” que a *cooperação* (e os deveres dela decorrentes) mais se aflora no jogo democrático do processo, através da comparticipação.

Todavia, antes de analisarmos como seria esse “saneamento compartilhado”, imprescindível identificarmos os três modelos básicos de processo destacados pela doutrina.

2.2. Os modelos processuais: *paritário, hierárquico e cooperativo*.

2.2.1. Considerações introdutórias.

Por ser uma manifestação cultural, o direito processual civil reflete, dentre outras coisas, as características da relação havida entre indivíduo, sociedade e Estado, e, como consequência disso, o “formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito”⁴³, não apenas ao império da lei (sentido estrito).

⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 55.

Os *modelos de processo*⁴⁴ variam - sobretudo, mas não somente - de acordo com a relação havida entre indivíduo, sociedade e Estado, e, de modo geral, “o modelo de organização política da sociedade condiciona a maneira como vai se resolver o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o juiz e as partes”⁴⁵⁻⁴⁶.

Ao lado desse fator político-social (mas ainda como fenômeno cultural) e com igual força, contribuem para a predominância de um ou outro modelo de processo (ou seja, na forma como se dará a divisão do trabalho entre os atores do processo) a maior ou menor influência, sobre direito local, da tradição da *common law* ou da tradição romano-germânica⁴⁷, o que, diga-se de passagem, não afasta a noção do direito como fenômeno cultural, ao revés, reafirma.

Notaremos que ao longo da evolução do direito processual pode se perceber três modelos básicos de processo, o *paritário* (ou *simétrico, isonômico, adversarial, liberal*), o *hierárquico* (ou *assimétrico, inquisitorial, social*) e, finalmente, o *cooperativo* (ou *colaborativo, democrático*), sendo que cada um deles coloca de maneira diferente a *divisão do trabalho* entre os sujeitos do processo⁴⁸.

⁴⁴ Fredie Didier indica que “há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por *devido processo legal*, que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 207).

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁶ Importante consignar que Fredie Didier Jr. critica a pura e simples associação dos modelos de processo aos regimes políticos não autoritários (liberais) ou autoritários das sociedades em que estão inseridos. Confira-se: “A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem freqüente na doutrina. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 207).

⁴⁷ Registre-se que as lógicas jurídicas são radicalmente diferentes nas duas tradições. “Há uma radical contraposição entre argumento e demonstração, entre lógica discursiva (dialética) e a lógica apodítica (matemática). Tomados com arquétipos, em abstrato e pelas características predominantes, as grandes tradições jurídicas apresentam traços e elementos que podem ser reduzidos em complexidade para facilitar a comparação” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Op. Cit.*, p. 49).

⁴⁸ “A ‘divisão do trabalho’, no processo, entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento, à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores. Com relação a cada um dos tópicos em que se desdobra a matéria, é concebível – e tem de fato acontecido – que ora se dê maior relevo ao papel do órgão judicial, ora ao dos litigantes. Admite a disciplina uma série de matizes e combinações, sendo raras – se alguma já existiu – as soluções ‘quimicamente puras’” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Problema da “Divisão do Trabalho” entre Juiz e Partes: Aspectos terminológicos. Revista de processo: RT, jan/1986, vol. 41, p. 7).

A denominação e cada um deles varia sobremaneira na doutrina, o que é de pouca importância para esse trabalho. Importa ficar claro que, com pequenas variações de um ou outro autor, *o que basicamente distingue um ou outro modelo é o papel exercido pelos atores do processo em cada um deles, ou seja, como é feita a divisão do trabalho.*

Compete advertir, antes de ingressarmos ao tema objeto do presente capítulo, que inexistem modelos “puros”⁴⁹, o que se esquadrinhará são os elementos predominantes em cada um desses três modelos fundamentais: o simétrico, o assimétrico e o cooperativo. Basicamente como se dá a distribuição do trabalho dos sujeitos no processo.

Abre-se parêntese para frisar que a análise dos “modelos de processo” não é o objeto principal deste estudo. Entretanto, entendemos que para o leitor compreender ou mesmo infirmar as afirmações feitas ao longo do trabalho, principalmente sobre o imperativo diálogo processual, é necessária prévia passagem pelo que se convencionou chamar de *modelos de processo*.⁵⁰

Nesse cenário, sem pretender estabelecer modelos imaculados, apresentamos a estrutura básica deles (com foco na distribuição do trabalho entre os sujeitos do processo, principalmente na atividade do juiz)⁵¹, que, frise-se, não são infensos a variações de acordo com a cultura e tradição das sociedades em que estão inseridos.

Depois de vistos os três modelos, e abraçando o modelo *cooperativo*, será possível entender a dimensão da importância da *fase de saneamento* no processo civil contemporâneo, pelas atividades nela desenvolvidas.

⁴⁹ A inexistência de modelos puros foi muito bem ressaltada e ilustrada por ZANETI: “não há o modelo puro, mas, simplificando na comparação, apresentam-se os modelos como na arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio. Nada obsta que a unidade externa seja quebrada ou desmentida pelo interior da morada, contudo as características de sua fachada ainda assim permitem identificar a forma de fazer arquitetura”. (*Op. Cit.*, p. 49)

⁵⁰ “Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizadas e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema” (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos... p. 42).

⁵¹ “A extensão dos poderes do juiz vincula-se estritamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Evidentemente, entre os poderes das partes e do órgão judicial constata-se sempre uma interferência recíproca e dialética, na medida em que a potencialização daqueles interfere, em maior ou menor medida, na força destes e vice-versa” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*, p. 184).

2.2.2. Modelo paritário (simétrico).

O primeiro modelo de organização processual, chamado de *paritário* (ou *isonômico*, *simétrico*, *dispositivo*, “*adversarial*”, *liberal*) é marcado por centralizar nas *partes* as atividades processuais, com um juiz espectador. O contraditório é altamente potencializado.

É característico das sociedades em que não há acentuada indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo. Essa particularidade se reflete no processo, e o juiz, enquanto representante do Estado, está no mesmo “nível” das partes, sem acentuada hierarquia. Prestigia-se o *juízo do indivíduo pelos seus pares*. Essa relação isonômica (simétrica) entre as partes e o juiz foi característica muito bem visualizada nas políticas gregas e ítalo-medieval.⁵²

Em relação aos gregos, por exemplo, o termo *hierarquia* era praticamente desconhecido, sendo que uma das principais características dessa sociedade era o valor dado à liberdade, caracterizada como o poder de influir na coisa pública, e uma das formas mais marcantes da isonomia dessa sociedade era a equivalência entre o cidadão e aquele que o julgava.⁵³

Em paralelo, constata-se também que o modelo *paritário* é mais presente nas sociedades em que o direito é fundado na tradição jurídica da *common law*, que, não por acaso, segue a tradição clássica grega de simetria entre os sujeitos do processo.⁵⁴

⁵² “No direito comum clássico, o eixo do juízo era constituído pela regra *audiatur et altera pars* (hoje, diríamos pelo princípio do contraditório), entendida como método dialético e ético à disposição do juiz, com a colaboração das partes, para a busca da única verdade que podia ser alcançada dessa maneira, a verdade “provável”. O contraditório, na época praticado em versão potente, era resolvido com um diálogo que garantia reciprocidade e igualdade fundamental entre as partes e em relação ao juiz. A construção interna do procedimento, em outros termos, era marcada pela isonomia, ou seja, pela paridade de tratamento entre governantes e governados (*princeps citationis defectum supplere non potest*), entre juiz e partes (*iudex non potest supplere in factum*) entre as próprias partes (*ordini...tradito renuntiari non potest etiam consensu partium*; para as fontes v: Picardi, *Processo civile, diritto moderno*, em “*Enciclopedia del Diritto*, vol XXXVI, Milão, 1987, p. 116). O processo, em outros termos, era estruturado como *ordem isonômica*” (PICARDI, Nicola. Apresentação, processo jurisdicional democrático, p. 14).

⁵³ A bem da verdade, como registra Mitidiero, invocando a doutrina de Ugo Enrico Paoli, a história do processo grego, no fundo, não é outra coisa que a história da democracia grega, o juiz tinha como função básica velar pela regularidade do processo, sem interferir na esfera jurídica das partes, e sequer era obrigado a conhecer a lei para decidir a demanda, se não fosse alegada e debatida entre as partes. (MITIDIERO, Daniel. Colaboração..., p. 73.)

⁵⁴ “A concepção garantista do direito comum clássico encontra a suas extensões – mesmo com inegáveis mudanças e transformações – na *common law*, cuja posição central admite as metáforas básicas do *due process of law* e do *fair trial*” (PICARDI, Nicola. Apresentação, processo jurisdicional democrático, p. 15).

No direito da *common law* o processo civil (constitucional) é informado pelo ideal de justiça e da prevalência da ação ao direito. O juízo é predominantemente *argumentativo* e marcado pela *lógica discursiva (dialética)*, sendo a *jurisprudência* a principal responsável pela construção do direito.⁵⁵

No *modelo paritário*, a concentração dos poderes de condução do processo nas mãos das partes - conferindo efetiva partição pelo diálogo (debate judicial) -, gera, por outro lado, um distanciamento exacerbado do juiz, que se apresenta, até certo ponto, indiferente ao longo da atividade processual, principalmente na instrução probatória.

Com isso, via de regra, esse modelo “assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”⁵⁶.

Por isso, costuma-se indicar que nesse modelo há uma preponderância do *princípio dispositivo* em relação ao *princípio inquisitivo*, este último mais marcante no modelo hierárquico.

Essa dicotomia entre os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* está relacionada à atribuição de poderes às partes e ao juiz. Quando o legislador reforça a atuação deste independente da vontade daquelas, identifica-se a *inquisitividade*, e, do contrário, quando se prestigia a livre atuação das partes, identifica-se a *dispositividade*.⁵⁷

Destacamos então que, a nosso sentir, o ponto áureo desse o modelo, pautado pela *dispositividade*, é o debate (diálogo) travado entre as partes, que tende a legitimar as decisões judiciais. Por outro lado, seu ponto negativo é a excessiva passividade do Estado-juiz na condução da atividade processual.⁵⁸

⁵⁵ ZANETI JR., Hermes. A Constitucionalização do Processo, p. 49.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 207-217.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Fundamentos... p. 43.

⁵⁸ Importante notar, todavia, que “a ‘dispositividade e a ‘inquisitividade’ podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o ‘princípio dispositivo’ e, em relação a outro, o ‘princípio inquisitivo’. (...) Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitoriedade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações e elementos *adversariais* e *inquisitoriais*. O Mais recomendável é falar em predominância em cada um dos temas: em

Diametralmente oposto é o modelo *hierárquico (ou assimétrico)* de processo.

2.2.3. Modelo hierárquico (assimétrico).

No final do século XVII, na Europa continental, passou-se a erigir a jurisdição como expressão da soberania, e a construção interna do processo naturalmente passa da ordem isonômica para a hierárquica, porquanto baseada na autoridade Estatal.⁵⁹

O Estado apropria-se do processo, e o juiz, enquanto representante desse poder estatal, tem completamente alterado seu papel (agora de “burocrata”), passando a centralizar em si as atividades processuais. Desvaloriza-se sobremaneira o contraditório.

Esse modelo é comumente relacionado às sociedades em que há clara distinção entre indivíduo, sociedade e Estado. O juiz se coloca, ao longo de todo o procedimento, hierarquicamente acima das partes, como soberano, e, por isso, o modelo é chamado de *assimétrico ou hierárquico*.

É *normalmente* (mas não somente) característico dos Estados menos democráticos (não necessariamente ditatoriais), em que há nítida distinção entre indivíduo, Estado e Sociedade. Essa característica de relação vertical de poder entre Estado e indivíduo reflete no processo, como foi, por exemplo, nos Estados Modernos, notadamente no período do absolutismo (e, com mais força, no regime francês).

Nesse modelo, o juiz, enquanto representante do Estado, tem seus poderes intensificados, pois seu papel no processo sofre influxo da relação vertical havida entre indivíduo e estado.⁶⁰

Essas particularidades sociopolíticas se refletem no processo, onde o juiz tem amplos poderes para a sua condução, e essa intensificação dos poderes conferidos a ele (como

matérias de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso do processo etc.” (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos... p. 44).

⁵⁹ PICARDI, Nicola. Apresentação, processo jurisdicional democrático, p. 15-6.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração... pp 74 e 77.

invariavelmente sói ocorrer) induz ao enfraquecimento do formalismo, importante mecanismo de contenção do arbítrio.⁶¹

Como consequência disso, também há significativa redução do papel atribuído às partes no processo. O processo se torna menos democrático, pela menor dialeticidade.⁶²

A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permite o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa, como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarísticos da cabeça de alguém.⁶³

O modelo hierárquico é também é associado aos Estados em que, mesmo tidos como mais democráticos, o direito sofre influência da tradição romano-germânica⁶⁴.

No direito romano-germânico, os juízos mostram-se predominantemente demonstrativos e a construção do direito resta apropriada totalmente pelo legislador (*code-based legal systems*); esses últimos seguem a tradição “moderna” europeia (sec. XIX), de predominância do Estado-juiz na relação processual (juízo assimétrico), intimamente ligados à noção germânica (bárbara) do direito a serviço da pacificação social, o direito exclusivamente como elemento de estabilização da sociedade.⁶⁵

Ao contrário do que ocorre com o modelo *simétrico*, típico da *comom law*, em que se alça mão de uma *racionalidade prática* para a solução dos litígios, principalmente através do *diálogo*, o modelo *assimétrico* se vale de uma *racionalidade teórica*, de lógica *apodítica*, ao argumento de tornar mais segura e certa a aplicação do direito positivado.

O juízo é predominantemente *demonstrativo* e a edificação do direito está totalmente concentrada nas mãos do legislador. Nesse modelo de processo, o poder é centralizado

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração... p. 76.

⁶² “O Estado apropria-se do direito, reclamando o seu monopólio. Vale dizer: não reconhece qualquer manifestação jurídica que não tenha origem em si mesmo. O direito processual civil converte-se do mesmo modo em direito estatal. (...) O papel do juiz, agora tido como representante estatal, sofreu influxo inegável em virtude da relação assimétrica entretida entre indivíduo-Estado. (...) o processo, controlado pelo soberano, revela um preciso programa de ‘atuação de escolhas políticas’, cujo principal desiderato está na concretização dessas diretrizes cotidianamente” (MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.* p. 77-79).

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. Ed (ano 2008), 4 reimpr. – Curitiba: Juruá, 2012, p. 164.

⁶⁴ “A influência do Direito Romano no Direito praticado no mundo ocidental é inestimável, estando presente nas entranhas dos institutos e instituições jurídicas, ainda que muitas vezes não seja percebida”. (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da Ampla Defesa: Óbice à Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

⁶⁵ ZANETTI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*, p. 49.

no órgão jurisdicional, que é um aplicador lógico das leis, a pretexto, frise-se, de uma (hipotética) segurança jurídica.

[...] fundado na legalidade (Estado de Direito), vê na *lei elaborada pelos representantes eleitos o garante da liberdade* e possui um parlamento eleito que reflete a vontade popular, sendo os *juízes os técnicos habilitados à identificação lógica e “racional” desse direito*, através de um raciocínio demonstrativo, subsuntivo e apodítico, que tem na sua premissa maior *a lei*, que constitui a vontade do legislador.⁶⁶

O principal predicado desse modelo é, provavelmente, a postura mais ativa do juiz na atividade processual (quando não arbitrária).

Contudo, quando autoritária essa atuação, enfraquece (e até mesmo elimina) o importante o diálogo entre os atores do processo, praticamente suprimindo o contraditório (substancial), afastando a possibilidade de obtenção (construção) de uma decisão judicial mais democrática.

O contraditório é concebido (no modelo hierárquico) como mera bilateralidade, bastando a simples participação no processo (ação e reação), sem efetivo poder de influência na formação da decisão judicial, e sem que esta tenha sido construída através de esforço comum dos atores do processo, mas, ao revés, pela “imposição” do Estado-juiz.

Diante da exacerbada dicotomia entre os dois clássicos modelos (isonômico e hierárquico), constatou-se, depois de alguns séculos, que nenhum dos dois atende às necessidades da sociedade contemporânea, democrática. Passou-se, então, a arquitetar um modelo que conjugasse as características (positivas) dos dois modelos, para melhor dividir a atividades dos atores processuais.

2.2.4. Modelo cooperativo (colaborativo).

O modelo *cooperativo (ou colaborativo, democrático)* de processo será tratado de forma mais vertical em relação aos demais modelos analisados, por servir de premissa para a compreensão da importância de uma melhor utilização prática da *fase de saneamento* no processo civil contemporâneo.

⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. A Constitucionalização do Processo..., p. 50.

2.2.4.a Características do *modelo cooperativo* e o Estado Democrático Constitucional.

Com a redemocratização dos Estados se constatou que o modelo hierárquico de processo, com as atividades concentradas na mão do juiz, era insuficiente para assegurar a participação dos jurisdicionados nos provimentos judiciais, enfraquecendo a democracia que deve nortear todos os poderes do Estado.

Por outro lado, também não se concebe a possibilidade de um processo com as atividades concentradas, sobretudo, nas mãos das partes (modelo paritário).

Entendeu-se, então, que era necessário conjugar as duas ordens (paritária e hierárquica), a fim de garantir a participação dos jurisdicionados na formação do ato a que estariam sujeitos, ao invés de simplesmente lhes ser imposta por ato solitário do Estado-juiz.⁶⁷

Apesar de o modelo refletir a ainda existente distinção entre Estado, sociedade civil e indivíduo, a diferença na relação entre eles se mostra menos acentuada, e, principalmente, *reorganizada*, característica do Estado contemporâneo, que, através da Constituição outorga a participação da sociedade e do indivíduo na gestão do Estado Democrático Constitucional⁶⁸.

Diríamos que essa nova concepção foi o passo seguinte à (então) necessária construção dos Estados Modernos, cujos ideais não mais se fazem necessários nos Estados Contemporâneos, principalmente após as duas Grandes Guerras.

⁶⁷ “Percebe-se, ainda, que, na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social, que somente poderá ser alcançada sobre o fio condutor do policentrismo processual e da comparticipação, capazes de implementar uma responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais, segundo uma perspectiva paritária acesso e participação técnica na formação dos provimentos.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*...p. 50)

⁶⁸ “Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao poder judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que este abra suas portas ao cidadão, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais” (RIBEIRO, Darci Guimarães e SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009, p. 163).

Essas características imprimidas pela sociedade nos Estados Contemporâneos, através das Constituições, evidentemente acabam repercutindo no processo, principalmente na posição ocupada pelo juiz (com o reescalonamento de seus poderes e deveres).⁶⁹

No Estado Democrático Constitucional repudiam-se análises solipsistas do juiz, impondo-se uma perspectiva de participação processual, e “propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilegio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação das decisões”⁷⁰.

No processo, a construção de uma *sociedade justa* é alcançada quando a decisão judicial está conforme os direitos e garantias fundamentais, e não apenas em conformidade com a lei (infraconstitucional), sendo que, para isso, é necessário um processo pautado pela dialeticidade, que pressupõe a *cooperação* de seus atores para obtenção da decisão justa.

O juiz do processo civil de corte *cooperativo* é um juiz *paritário* na condução do processo e *hierárquico* quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel: simétrico no diálogo e assimétrico na decisão.⁷¹

Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo⁷² e torna-se ferramenta indispensável para o atingimento dos fins constitucionais pelo Estado-juiz.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos

⁶⁹ A nossa Constituição, por exemplo, estabelece que o Estado Brasileiro “constitui-se em Estado Democrático de Direito” e tem como um dos fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e como um dos objetivos “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I).

⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. Processo..., 196.

⁷¹ HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, p. 48-9.

⁷² MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*, p. 81.

sujeitos processuais. O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia.⁷³

A cooperação não é somente entre os sujeitos (subjéctiva), mas principalmente destes *com* o processo, uma *cooperação objectiva* (com o objecto “processo”), para que este atinja os seus fins constitucionais.

Há um dever dos sujeitos de agir em cooperação, não necessariamente com a parte contrária, mas sim com o núcleo processual, transcendendo a esfera e interesses individuais. O comprometimento dos sujeitos com o processo e seu resultado justo é além do interesse dos demais sujeitos.

O objectivo final da dialéctividade processual é a edificação do processo pela efectiva participação na construção da decisão daqueles que são os seus destinatários finais, consagrando a democracia participativa no processo.

A redemocratização imposta pela Constituição Federal de 1988 e a principialização da Constituição (e do próprio direito) exortou o fortalecimento do *contraditório (substancial)*, fundamental para a concretização da democracia através do processo.

Como consequência, o processo passou a privilegiar “um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica”,⁷⁴ um *modelo democrático do processo fundado no policentrismo*.

o modelo de processo cooperativo não se calca apenas em formação de contraditório mais refinado, decorrente de deveres processuais que são impostos ao julgador (notadamente no dever de consulta), mas também na aplicação conjunta de outros princípios, em especial os do devido processo legal e da boa-fé processual (objectiva), eis que a idéia é a formação de processo justo, que segue ritmo sem surpresas e que exige de todos os seus actores atuação hígida e concentrada para o melhor (e útil) desfecho do processo. Por tal passo, se constituiu o modelo cooperativo como o mais adequado para as nações que ostentam (ou ao menos querem ostentar) regime democrático.⁷⁵

⁷³ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, pp. 211/212.

⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*, p. 52.

⁷⁵ MAZZEI, R. R. *Op. Cit.*, p. 371.

Através da cooperação se busca criar uma “comunidade de trabalho”, pautada pela efetiva participação de todos os atores do processo (democracia). Por isso, cremos que a *fase de saneamento* do processo é o momento processual que melhor tem condições de propiciar e fomentar essa comparticipação, pois é o momento criado pelo legislador para o encontro de todos os atores do processo (autor, réu e juiz).

É nesse “ponto de encontro” que a democracia no processo pode atingir seu ápice, já que, por força da oralidade (da audiência preliminar), bem como da concentração de atos e da imediatidade daquela decorrente, as partes podem, em um debate franco e leal, influenciar lógica e juridicamente as decisões que serão adotadas pelo juiz naquele momento (conciliação, saneamento de eventual nulidade e organização da instrução probatória).

Prestigia-se o *poder de influência* e o *dever de debate*. O contraditório redimensionado passa, pois, a ser a alma do processo democrático.

2.2.4.b. O contraditório como *valor-fonte* do modelo democrático de processo.

É inegável que o direito processual é um fenômeno cultural, e, por isso, sua estrutura interna sofre forte influxo dos ideais e interesses (sociais, políticos e econômicos) da sociedade na qual está inserido.⁷⁶ Essa influência de ideais e interesses, por óbvio, não é estanque, varia no espaço e tempo, impondo a adaptação do processo às novas tendências e clamores culturais.

Com a redemocratização brasileira e o advento da Constituição Federal de 1988, o processo civil pátrio foi definitivamente alçado a um nível constitucional, decorrente da inclusão e ampliação de institutos a ele inerentes no rol dos direitos e garantias

⁷⁶ “Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20%288%29%20-formatado.pdf>, acesso em 23/08/2014)

fundamentais. Incluiu-se, por exemplo, o *devido processo legal*, e ampliou-se o *contraditório*.⁷⁷

A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v. g., devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g., contraditório), assumiu expressamente essa postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção do processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tenha sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (kooperationsmaxima). Trata-se de “*extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração*”. O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia de resposta, mas sim como direito de influencia e dever de debate.⁷⁸ [...] A decisão judicial segue sendo sempre o resultado do caminho percorrido para a sua obtenção, controlada, debatida, jamais fazendo raciocínios puristas que transformam o direito na simples abstração dos juristas em seus gabinetes, afastando-o da justiça, seu objetivo teleológico. É justamente nesse quadro que o contraditório surge como “valor-fonte” do processo constitucional. Para Búlgaro, *judicium est actum trium personarum*: juiz autor e réu. Como ficou claro dos estudos mais recentes, o juiz também esta sujeito ao contraditório. De outra sorte, o direito tem sido progressivamente compreendido, dentro da teoria do “discurso jurídico”, como um “discurso prático do caso especial” e, como Ressalta Michel Villey, os meios do direito são os meios lógicos dialéticos “*audiatur et altera pars*”.⁷⁹

Com o deslocamento do próprio processo para o centro da ciência processual (não mais a jurisdição, como no instrumentalismo), o processo civil, do marco teórico do *formalismo-valorativo*, passa a ser concebido com um palco de três atores: juiz, autor e réu. Não mais como um monólogo judicial.

O contraditório é redimensionado e alçado a verdadeiro pilar do processo justo e equo. Constitui hoje elemento essencial do processo, que é visto como *procedimento em contraditório*. O processo é gênero do qual é espécie o procedimento, qualificado pelo *direito de influência e dever de debate*.

Não se manifesta apenas como ação-reação, mas, notadamente, pela efetiva participação no processo, através do *diálogo* entre *todos* os sujeitos do processo (não só entre as partes). Percebeu-se que é a vivência de prévio debate (diálogo) que legitima a decisão

⁷⁷ ZANETI. A Constitucionalização do Processo. P. 179. Para Nelson Nery Jr., o devido processo legal é o “princípio fundamental do processo civil”, a base sobre o qual todos os outros princípios processuais se sustentam, é gênero do qual todos os demais são espécie (Cf. NERY JR., Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* - Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – vol. 21. São Paulo, RT, 2002, p. 31; e NERY JR., Nelson Nery; NERI, Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo, RT, 2006, p. 134).

⁷⁸ ZANETI. Constitucionalização do processo. P. 179-80.

⁷⁹ ZANETI. Constitucionalização do processo. P. 182.

judicial quando, deixando a posição isonômica, o juiz se coloca em posição assimétrica apenas para decidir.

Enfatiza-se que quanto maior a participação das partes, maior legitimidade terá a decisão advinda daquele processo, uma vez que agregará maior número de expectativas legítimas. Note-se, pois, que esta concepção de formação de contraditório está intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito, na medida em que a participação efetiva no processo (de forma igualitária) permitirá que a decisão seja obtida com segurança jurídica e como resultado do debate democrático no âmbito judicial.⁸⁰

É corrente na doutrina contemporânea, portanto, que não basta mais a entrega da prestação jurisdicional de forma célere, pois, além de “rápida”, a tutela deve ser prestada através de um procedimento *dialético*, com efetiva *participação* dos sujeitos, atuação essa que deve ser pautada pela real *cooperação* dos atores do núcleo processual, em busca de uma decisão justa/democrática, sendo que, para isso, é indispensável também um juiz ativo e participativo.

O formalismo-valorativo, afastando-se da concepção de que o processo é apenas o instrumento para a aplicação do direito posto, acrescenta que a decisão proferida no processo deve ser justa, e que essa decisão somente terá esse predicado se for tomada com base em prévio diálogo entre os sujeitos do processo, ou seja, a partir de um *modelo democrático de processo*, necessariamente pautado pelos direitos fundamentais insculpidos na Constituição e pelo debate.

O contraditório - diversamente do que ocorre no modelo *assimétrico (hierárquico)* de processo, em que é compreendido apenas como *bilateralidade* (ação e reação) - no modelo cooperativo (do formalismo-valorativo) é compreendido, em sua essência, como *mecanismo de diálogo*, para uma *participação real (efetiva)* das partes, com a *possibilidade de influírem lógica e juridicamente nas decisões judiciais*.

O juiz, nesse novo cenário, assume papel de *garantidor dos direitos fundamentais*, para que se alcance (construa) uma decisão justa (*democrática*) a partir do esforço comum das partes e do órgão julgador.

⁸⁰ MAZZEI, R. R. Embargos de Declaração: Recurso de saneamento com função constitucional. Tese (Doutorado em Função Social do Direito) Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2012, p. 369.

[...] a *leitura dinâmica da garantia do contraditório*, como incentivador ao aspecto *dialógico* do procedimento, impõe uma efetiva *comparticipação* dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões. Cria-se, assim, uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis, mas de modo a se implementar uma *participação real* com a assunção da *corresponsabilidade endoprocessual* por todos. Insta, desse modo, registrar que o *papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais*, diretor técnico do processo, impõe a este *dialogar* com as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual, e não através de um exercício solitário do poder. A *comparticipação* advinda da *leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais)* importa uma *democratização* do sistema de aplicação de tutela. Assim, chegaremos a uma aplicação de *tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito*. Enfim, o “processo justo”, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do *esforço e participação das partes e do juiz*. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes *influir, lógica e juridicamente*, com seus argumentos, na formação do julgado. O “processo justo”, como adverte Comoglio, não convive com a possibilidade de julgamentos “de surpresa”, qualquer que seja o seu conteúdo⁸¹.

Tratando justamente da comunhão de esforços para alcançar objetivo comum, a decisão justa, Sérgio Gilberto Porto leciona o seguinte:

É com esse espírito que a combinação das atividades do autor, do demandado e do juiz assumirá a estrutura ínsita do conceito de cooperação. Se cada um desses sujeitos trabalhar debruçado sobre a mesma matéria fática e jurídica, cada qual poderá trazer valiosas conclusões para iluminar o *thema decidendum*. O processo transforma-se em um laboratório, no qual todas as partes são convidadas a trabalhar, tal como cientistas fossem. [...] Essa seria uma manifestação positiva do princípio da colaboração. A investigação solitária do órgão judicial, nos dias atuais, mostra-se inadequada [...] Quando se fala em colaboração entra as partes, admite-se que é justamente pela soma de seus esforços que o órgão judicial encontrará condições plenas para a aplicação do direito. Em outras palavras, é da soma de comportamentos parciais (tese, esposada pela pretensão + antítese, representada pela defesa) que o processo alcançará a justa síntese. Este, então, é o método de trabalho preconizado pela adoção do princípio do contraditório.⁸²

Conclusão inafastável desse novo quadro é que “a democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório”⁸³. O contraditório, nesse aspecto, se manifesta de duas formas.

⁸¹ THEODORO Jr., Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 33, nov./dez. 2009, pp. 17-8.

⁸² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.54-55.

⁸³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V 1., 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 45.

A primeira e a mais básica é o direito de participação (bilateralidade), como o contraditório era entendido até bem pouco tempo atrás, ou seja, se a parte tivesse participado (falado) do processo teria sido garantido o contraditório.

Esse seria o elemento *formal* do instituto. Entretanto, isso é um mínimo⁸⁴ que - embora necessário - está longe de efetivar o que realmente é o contraditório, que em seu aspecto *substancial* é marcado/caracterizado pelo que a doutrina alemã chama de “poder de influência”.

A intervenção dos contraditores, e aí incluído o juiz (além de autor e réu), deve ser operacionalizada mediante uma equitativa distribuição de direitos e deveres, faculdades e ônus, assegurando-se efetiva equivalência de atuação, sempre sob o manto da *boa-fé processual*.

Essa comparticipação dos atores do processo, baseada em uma estrutura dialética (*audiatur et altera pars*), objetiva criar uma “comunidade de trabalho” dentro do módulo processual, para *construção* de uma decisão judicial efetivamente *democrática* e conseqüentemente mais justa.

É comum, pela concepção de processo até bem pouco tempo difundida, que associássemos o *contraditório* somente às partes, ao direito de ação e reação. Entretanto, o juiz, e principalmente ele, está hoje sujeito ao contraditório, pela imposição do poder de influência e do dever de debate.

Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo. O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação (COMOGLIO, 1988, p. 2), assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual.⁸⁵

⁸⁴ “O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contradita-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais na efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expedidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, 1998, v. 15, p. 16).

⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, p. 227

No contraditório redimensionado do Estado Democrático Constitucional, assegura-se aos destinatários “condições reais e efetivas” de participar na formação do ato final, a que estarão sujeitos.⁸⁶

Não basta a parte ter direito de participar do processo, mas deve, principalmente, ter o poder de influenciar a decisão do magistrado, “interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso a garantia do contraditório estará ferida”⁸⁷, e para isso o órgão jurisdicional deve cooperar com as partes.

Nessa linha, a *comparticipação* e o *policentrismo* passam a ser os *horizontes para a democratização* do processo, e o contraditório se revela como uma garantia de não-surpresa, e exige do juiz que provoque o debate “acerca de todas as questões”, evitando decisões sobre fatos completamente estranhos à discussão judicial.

Nesse processo *policêntrico* e *comparticipativo*, o *princípio da cooperação* e os deveres dele decorrentes surgem como mecanismos de controle da atividade das partes e, sobretudo, do juiz.

2.2.4.c. O princípio da cooperação.

Inicialmente cumpre registrar que adotaremos, aqui, o termo *princípio da cooperação*, ao invés de *colaboração*⁸⁸, primeiro por ter sido o adotado pelo NCPC, e, ainda, porque não vemos significativa distinção entre eles, sendo que, inclusive, são indicados como sinônimos por Aurélio Buarque de Holanda⁸⁹.

⁸⁶ “..., o princípio do contraditório deve ser compreendido como a imposição de que o destinatário da atuação do Estado-juiz possa influenciar na decisão a ser proferida ou, quando menos, de que tenha condições reais e efetivas de fazê-lo” (SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil (Coleção de direito e processo: técnicas de direito processual)*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85).

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 46.

⁸⁸ O termo *colaboração* é utilizado, principalmente, por Daniel Mitidiero, em sua “Colaboração no Processo Civil, Pressupostos sociais, lógicos e éticos” (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

⁸⁹ “Cooperar. [Do Lat. *cooperare, por cooperari.] V. t. i. 1. Operar ou obrar simultaneamente; trabalhar em comum; colaborar: cooperar para o bem público; cooperar em trabalhos de equipe. Int. ajudar, auxiliar; colaborar.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 472).

Pois bem, o processo de estrutura cooperativa, que redistribuiu de forma mais igualitária os papéis dos atores processuais, é informado pelo princípio homônimo.

De origem alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (Fragerecht), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (Frege und Aufklärungspflicht). Admite, inclusive, o direito alemão, recurso, quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes.⁹⁰

Difícil é delimitar e esclarecer seu conteúdo, mas o *princípio da cooperação*, decorrente do contraditório redimensionado, impõe, basicamente, que os sujeitos do processo atuem através de uma “comunidade de trabalho”, pautada pela boa-fé e lealdade processual, objetivando a decisão de mérito justa.

Confira-se lição de Fredie Didier Jr. sobre o ponto:

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*) “e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”, e há as *regras de cooperação*, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível). *Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam.* A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao *integrar* o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).⁹¹

A participação das partes no processo de construção da decisão judicial constitui direito fundamental no Estado Democrático. Podemos afirmar, assim, que a base constitucional do *princípio da cooperação* é extraída do direito fundamental de participação⁹².

⁹⁰ GRASSI GOUVEA, Lucio. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 184.

⁹¹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, pp. 216/217.

⁹² “a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais.

A *cooperação* no processo civil se manifesta inicialmente através do *diálogo* (do latim *dialogu*, do grego *diálogos*), que significa *entendimento através da palavra*, “troca ou discussão de ideias, de opiniões, de conceitos, com vista à solução de problemas, ao entendimento ou à harmonia”.⁹³

Desponta, assim, a necessária observância da boa-fé processual. Isso significa que os sujeitos do processo (partes e juízes) devem se pautar pela lealdade, além de agirem sem o intuito de lesar os demais sujeitos.

Por esses contornos e observando inicialmente o plano de sua incidência na relação entre as partes (autor e réu) talvez se pense ser impossível exigir cooperação das partes que estão litigando, ou seja, estão em lados opostos, o que não é verdade.

O *dever de lealdade* entre as partes (e conseqüentemente de cooperação) está, há muito, positivado no nosso ordenamento jurídico, na regra contida no art. 14 do Código de Processo Civil.⁹⁴ Aqui há manifesta determinação de cooperação entre as partes (autor e réu) e todos que de alguma forma participam do processo.

A cooperação que se exige no plano autor-réu é, basicamente, essa. Esperamos que ninguém creia que o *princípio da cooperação* impõe que autor e réus saiam abraçados das audiências, um ajudando o outro a provar fatos contra si.

Entretanto, mesmo que as partes estejam em posição opostas, elas devem cooperar, não entre si, mas com o processo (cooperação objetiva), pautados pela boa-fé processual. Não se admite, por exemplo, que uma delas não exponha os fatos conforme a verdade ou que formule pretensão *ciente* de que está destituída de fundamento.⁹⁵

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf), acesso em 19/01/2015).

⁹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 585.

⁹⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁹⁵ Ainda que a cooperação possa *inicialmente* parecer utópico, é algo sim *aceitável*, *atingível* e, principalmente, *necessária*. Para entendermos que a cooperação na relação entre as partes que não é algo tão inalcançável, como pode parecer *prima facie*, basta nos colocarmos num dos lados do litígio (como autor ou réu) e imaginar a parte contrária

Assim, entendemos que na relação entre as partes (autor e réu), não é crível, *a priori*, falar em cooperação “entre si”⁹⁶ ou “cooperação intersubjetiva”. Frise-se: ninguém imagina uma parte colaborando *com* a outra. Do contrário, provavelmente sequer haveria o litígio. O que se espera é lealdade.

Muito lúcida é a posição de Paulo Hoffman sobre a incidência do princípio da cooperação na relação autor-réu:

No que tange às partes, apesar de se tratar de visão ultrapassada enxergar o processo ainda com um “duelo” (ou como uma guerra), em que, portanto, cada um dos lados tem evidente e declarado interesse em vencer, pode-se afirmar que, de todo modo, mesmo num duelo ou numa guerra espera-se ética e honra. Não se pode seriamente esperar das partes que contribuam no sentido de trazer ou ressaltar elementos que sejam favoráveis à parte contrária. Evidente que não! [...] Encaramos, assim, o dever de veracidade das partes e cooperação como facetas da mesma moeda, caracterizada pela exigência de uma nova forma de atuação delas – e também do juiz – dentro do processo.⁹⁷

De outro giro, tão ou mais importante que o dever de cooperação imposto às partes, é o dever de cooperação cominado ao órgão judicial. Novamente sobressai a relevância da *lealdade (boa-fé objetiva)*, mas através de outros deveres.

Se a violação do dever de lealdade por uma das partes já causa repulsa, indignação, inconformismo na parte contrária, imagine os sentimentos em que a parte mergulha quando a violação desse dever de lealdade parte do Estado-juiz?!?!

Portanto, o princípio da cooperação, que marca a ferro e fogo o *processo democrático*, impõe dever recíproco de lealdade (boa-fé processual)⁹⁸ entre as partes e, com igual força, entre estas e o juiz, impondo a este, também, os deveres de *esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio*.

infringindo qualquer um dos deveres previstos no art. 14 do Código de Processo Civil. A violação de algum um desses deveres pela parte contrária certamente gerará uma sensação de indignação e repulsa na outra parte. Essa reação negativa demonstra que, mesmo inconscientemente, exige-se uma cooperação dos os litigantes na busca pela justa solução do litígio, e essa cooperação, frise-se deve ser constante ao longo de todo processo.

⁹⁶ Apesar de ser assim a redação do art. 6º do NCPC: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁹⁷ HOFFMAN, Paulo. Saneamento... p. 58-9.

⁹⁸ “A tutela constitucional do processo, além de conceder oportunidades às partes para o exercício de posições jurídicas no processo, impõe limites e exige que o processo seja pautado pela lealdade e pela colaboração entre as partes, e entre as partes e o poder judiciário” (VINCENZI, Brunela Viera De. A Boa-fé no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 176).

Essa subdivisão dos deveres decorrentes da cooperação, aqui adotada, é indicada pelo português Miguel Teixeira de Sousa⁹⁹ e adotada no Brasil, entre outros, por Daniel Lúcio Grassi de Gouvea¹⁰⁰, Daniel Mitidiero¹⁰¹, Fredie Didier Jr.¹⁰², Paulo Hoffman¹⁰³.

A observação desses quatro deveres “se coaduna com a de um processo civil que busca a aplicação plena do princípio da igualdade de armas, aproximando as decisões do que se convencionou chamar de verdade real”¹⁰⁴, e representam as formas de manifestação, no processo, da necessária cooperação entre órgão julgador e partes.

A complexa *fase de saneamento* que engloba (i) tentativa de conciliação, (i) atividade saneadora em si e (i) organização da fase probatória, é campo fértil para a incidência dos deveres decorrentes da cooperação.

O *dever de esclarecimento* impõe ao órgão julgador que - diante de eventuais dúvidas que tenha em relação às alegações ou pedidos formulados pelas partes em juízo - solicite que a parte explique (elucide) sua alegação ou pedido, evitando-se, assim, tomar decisões com base em percepções equivocadas¹⁰⁵.

Esse dever se sobrepõe na fase de saneamento¹⁰⁶, sendo também uma forma de o juiz participativo, do modelo cooperativo, viabilizar o que a doutrina moderna chama de *paridade de armas no processo*.

Ressalta-se, por seu turno, que se por um lado o órgão julgador tem o dever de solicitar o esclarecimento à parte, esta tem o dever de prestá-lo.¹⁰⁷

⁹⁹ SOUSA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o novo processo civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

¹⁰⁰ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Op. Cit.*, p. 186.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo, p. 84.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. P. 15.

¹⁰³ HOFFMAN, Paulo. Saneamento... p. 51-5.

¹⁰⁴ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Op. Cit.*, p. 195.

¹⁰⁵ Há espalhadas no CPC/73, diversas manifestações (já positivadas) desse dever (ainda que de forma velada). Podemos extraí-lo, por exemplo, dos arts. 14, I, e 339.

¹⁰⁶ Isso significa, por exemplo, que se o magistrado, durante a organização retrospectiva do processo, entender que da narrativa fática não decorre logicamente o pedido, deve, antes de indeferir a petição inicial, intimar o autor para que esclareça (indique) o que quis dizer ou qual é a sua real pretensão. Ou mesmo se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade (como a capacidade postulatória ou a capacidade processual), antes de tomar qualquer decisão deve pedir esclarecimento à parte.

¹⁰⁷ Esse dever da parte, de prestar o esclarecimento, fica claro pela redação do art. 340, do CPC/73: “Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”.

O *dever de esclarecimento* também não se limita ao dever de o magistrado se esclarecer junto à parte (e de esta prestar o esclarecimento), mas, igualmente, de *ser claro em seus pronunciamentos*, isto é, deve esclarecer (tornar clara) suas próprias posições, o que se manifesta, principalmente, através do dever de motivar todas as decisões, imposta pela Constituição (art. 93, IX), registrando-se, sempre, que a decisão obscura pode ser alvo de aclaratórios.

Já o *dever de prevenção* impõe ao julgador a obrigação de informar (advertir) à parte sobre eventuais deficiências formais de sua pretensão, evitando que a pretensão possa ser frustrada por uma questão formal sanável, e, justamente por isso, tem especial relevo durante a *fase de saneamento*.

São quatro, basicamente, as áreas de aplicação do dever de prevenção: (i) explicitação de pedidos pouco claros, (ii) o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, (iii) a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e (iv) a sugestão de certa atuação pela parte.¹⁰⁸

Cabe ressaltar que o juiz não deve apenas advertir e determinar que a parte sane os *defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito*, mas, principalmente, indicar (explicitar, *esclarecer*) quais são os defeitos ou irregularidades constatadas, sob pena de frustrar o dever de *prevenção* materializado nos artigos 267, § 1º e 284, ambos do CPC/73.¹⁰⁹

O *dever de prevenção* possui amplo campo de incidência, mormente na fase de saneamento do processo, mas “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”¹¹⁰. Vale sempre a regra de que a parte não pode ser prejudicada por uma

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. P. 19.

¹⁰⁹ “Verificando o juiz que a inicial não atende aos requisitos legais ou se ressentir de defeitos ou ambiguidades, deve ensejar ao autor sua emenda, em despacho esclarecedor. Para cumprir o dever jurisdicional, não deve o magistrado limitar-se ao lacônico ‘intime-se o autor a emendar a inicial, no prazo legal’, mas tornar explícito o defeito daquela peça (v. g., mencionar a falta de indicação do valor da causa, imprecisão do pedido, obscuridade na narração dos fatos, etc.)” (João Batista Lopes - Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. *in* Os poderes do Juiz e o controle das decisões, p. 267). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. P. 20.

¹¹⁰ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Op. Cit.*, p. 188.

passividade do órgão julgador, diante de uma questão sanável, privilegiando, novamente a paridade de armas.

Também é imposto ao julgador, como corolário do contraditório e do dever de lealdade, o *dever de consultar*, que consiste na obrigação de submeter às partes qualquer questão, antes de decidi-la, mesmo as cognoscíveis de ofício. Decorrente do contraditório redimensionado, esse *dever de debate* confere às partes o *poder de influenciar* na decisão a ser proferida, possibilitando, inclusive, uma mudança no pensamento do órgão julgador.

Assim, não basta que o órgão judicial esteja convencido do acerto da decisão se esta não foi obtida de maneira correta e verificável. A decisão judicial, qualquer que seja, não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela força intrínseca de sua persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo.¹¹¹

De todos os quatro deveres impostos aos magistrados, o *dever de consulta* é, muito provavelmente, o mais ligado ao contraditório, em sua “versão” redimensionada, entendido como “poder de influência”¹¹². Está intimamente ligado ao diálogo judicial, característica marcante do modelo de processo cooperativo do Estado Constitucional Democrático.

Por fim, o julgador tem o “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeça o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”¹¹³. Esse é o *dever de auxílio*.

A atenção a esse dever também prestigia a *paridade de armas* entre os litigantes e evita, por exemplo, que a parte tenha contra si decisão desfavorável pelo fato de não ter conseguido obter documento ou informação *que* não estava a seu alcance.

¹¹¹ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Op. Cit.*, p. 191.

¹¹² O *poder de influência*, essência do contraditório efetivo, é tão importante que o Código afasta a regra de que “transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão” se o assistente “alegar e provar que pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, *fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença*” (CPC 55, I).

¹¹³ SOUSA. Miguel Teixeira. Estudos sobre o novo processo civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67.

Por ele, o Estado-juiz, em todas as fases do processo, deve auxiliar *as partes na superação de eventuais dificuldades que impeça o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais*, seja para obtenção de uma decisão justa (no processo de conhecimento) ou mesmo para a satisfação de seu crédito no processo (ou fase) de execução.

Em suma, através desses quatro deveres impostos ao juiz, que na verdade são *espécies do gênero que é o princípio da cooperação*, melhor se consegue visualizar e delimitar o conteúdo deste.

2.2.4.d. A cooperação no direito processual português.

O Código de Processo Civil Português, em vigor desde 2013, positivou expressamente o dever de cooperação (e suas espécies).

No artigo 3º, que trata da “necessidade do pedido e da contradição”, consta, no item 3, a determinação de que o juiz não pode “decidir questões de direito ou de facto” antes de ouvir as partes. Eis o *dever de consulta*.¹¹⁴

O item 2, do artigo 6º (“dever de gestão processual”)¹¹⁵, comina ao juiz o poder-dever de indicar à parte eventuais deficiências formais de sua pretensão, convidando-a a saná-las, evitando que a pretensão possa ser frustrada por uma questão formal sanável. Manifestação do *dever de prevenção*.

Em seguida o artigo 7º consigna expressamente o *princípio da cooperação* (gênero) entre os sujeitos do processo, e, em seu primeiro item, determina que “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias

¹¹⁴ A redação do dispositivo é a seguinte: “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

¹¹⁵ CPC português: “o juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”.

partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.¹¹⁶

Também no artigo 7º (itens 2 e 3), o legislador português assinalou o *dever de esclarecimento*¹¹⁷, impondo que o magistrado se esclareça com as partes sobre eventuais dúvidas sobre as afirmações e pretensões destas, prestigiando, também, a *paridade de armas* no processo.

Não poderia o CPC português, nesse cenário, deixar de lado o *dever de auxílio*, e não o olvidou. Determinou (ainda no artigo 7º, item 4) que “sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

Ainda tratando da cooperação, previu o CPC Português, no art. 8ª (que trata do “dever de boa-fé processual”), que “as partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”.

Da leitura desses dispositivos percebe-se que há imposição aos sujeitos do processo do dever de cooperação.

Antes mesmo das claras previsões da atual legislação, o CPC Português de 1995 já trazia a previsão expressa do dever de cooperar (art. 226º)¹¹⁸ e suas espécies. Tratando

¹¹⁶ A regra é reveladora da atual fase do processo, que tem como desiderato o atingimento dos fins constitucionais pelo juiz. Busca-se, com a cooperação dos atores processuais (partes e juiz), a obtenção breve e eficaz da decisão *justa*. Não se admite uma decisão qualquer!

¹¹⁷ Artigo 7.º - Princípio da cooperação. (...). 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

¹¹⁸ CPC Português de 1995. Artigo 266.º Princípio da cooperação.

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

dos fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português, Fredie Didier leciona o seguinte:

A previsão expressa do princípio da cooperação no CPC português foi, indiscutivelmente, inspirada na legislação alemã. Mas o legislador português foi além, pois previu uma cláusula geral de cooperação, enquanto na Alemanha há apenas *regras* de cooperação. O pensamento jurídico lusitano, contudo, reputa o art. 266º, 1, uma norma programática, com reduzida eficácia normativa. É preciso que a doutrina e jurisprudência se mirem, também aqui, nos alemães, que transformaram a cláusula geral da boa fé em norma fundamental do sistema jurídico alemão, com eficácia normativa direta e produtora de inúmeros institutos jurídicos, como se viu. Sem a “importação” da metodologia jurídica desenvolvida na Alemanha sobre o manuseio das cláusulas gerais, de muito pouco terá servido a inspiração para a criação de textos normativos.¹¹⁹

O atual Código de Processo Civil Português, assim como o revogado, além de mencionar expressamente o *dever de cooperação* (gênero) dos sujeitos do processo, é claro ao indicar suas espécies: o *dever de consultar*, o *dever de prevenção*, o *dever de esclarecimento*, além do *dever de auxílio*. Mas certamente continua valendo a mesma advertência final feita pelo doutrinador.

A nossa futura codificação não fica atrás e também positiva o dever de cooperação, agora como uma norma fundamental do processo e de forma mais clara.

2.2.4.e. O novo Código de Processo Civil (NCPC) Brasileiro, de estrutura democrática.

Indiscutivelmente a Constituição emana sua força por todo ordenamento jurídico, que deve ser orientado sob o manto dos *direitos e garantias fundamentais*, pois as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas dentro do sistema (contexto) em que se encontram inseridos (isto é, em sua “unidade sistemática”)¹²⁰.

A redemocratização e a constitucionalização do direito impuseram o reconhecimento de que o direito material (e aí incluído o direito processual) não é composto somente por regras (fechadas) com premissas e consequências, mas também por regras com forte

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie. Fundamentos... p. 108.

¹²⁰ “Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferece-las ao estudo, em um encadeamento lógico. (...) Ninguém pode tornar-se efetivo senhor de disposições particulares sem primeiro haver compreendido a milímoda variabilidade do assunto principal na singeleza de ideias e conceitos de maior amplitude; ou, por outras palavras, na simples unidade sistemática” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 5.

carga de indeterminação, elevando o direito constitucional e a Constituição ao posto de “fator de unidade do ordenamento jurídico”.¹²¹

A lei, portanto, ao contrário do que se pensava (não muito tempo atrás), deve ser interpretada dentro do sistema em que está inserida e se subordina aos princípios e aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, não bastando sua conformação formal a um prévio processo legislativo.

A partir dessa visão do direito como uma *unidade sistemática*, não se pode conferir legitimidade à superada ideia de jurisdição voltada para a simples aplicação vontade da lei, sem que se faça a adequação desta aos direitos fundamentais encartados na Constituição.

Nesse contexto, a grande novidade introduzida pela nova legislação processual é a “parte geral” (em seus primeiros artigos), que, atenta à necessidade de fazer valer no processo as normas constitucionais, positiva as concepções e ideias trazidas pela doutrina contemporânea, do marco teórico do *formalismo-valorativo* e do *modelo democrático de processo*.

O Capítulo I, do Título único, do Livro I, do NCPC, trata “*das Normas Fundamentais do Processo Civil*”, e, de simples leitura de alguns de seus dispositivos, percebe-se que o legislador busca uma nova concepção de modelo constitucionalizado de processo, com a *cooperação e comparticipação* dos sujeitos do processo.¹²²

¹²¹ ZANETTI. Constitucionalização do processo. P. 52.

¹²² O relatório geral - de 08/05/2013 - do NCPC, destacando à época “as principais alterações realizadas no Projeto de lei n.º 8.046, de 2010” na Câmara dos Deputados, indicou o seguinte: “b) *Princípio da cooperação* - o novo Código de Processo Civil deve estar ajustado ao contexto contemporâneo, devendo refletir os valores e os fundamentos do Estado Constitucional, que é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático, consoante estabelece o art. 1.º da Constituição Federal de 1988. O Estado Constitucional é um Estado com qualidades, sendo um Estado democrático de direito. A principal característica do Estado democrático, sem embargo do pluralismo político, está na prévia participação de todos. A participação, inerente à ideia democrática, reclama que o poder seja exercido com a colaboração de todos que se apresentem como interessados no processo de decisão. A participação desborda dos limites estritamente políticos para se projetar em todas as manifestações da vida em comunidade. É pela participação que se legitima a conduta dos agentes de Estado que implementam o quanto deliberado nas instâncias próprias. Em outras palavras, a atuação do Estado, para ser legítima, há de decorrer das deliberações democráticas. Inserido nesse contexto, o projeto do novo Código de Processo Civil consagra, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a proliferação de “decisões-surpresa”. As partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O processo há, enfim, de ser cooperativo. É preciso deixar expressa tal característica. Daí a previsão, no presente relatório, da inserção de novo dispositivo tratando especificamente do princípio da cooperação. A necessidade de participação, que está presente na democracia contemporânea, constitui o fundamento do princípio da cooperação. Além de princípio, a cooperação é um modelo de processo plenamente coerente e ajustado aos valores do Estado democrático de direito. Além da vedação de decisão-

Institui, em seu primeiro dispositivo, que o processo civil deve ser garantidor dos direitos fundamentais encartados na Constituição.¹²³

Em sequencia, traz para a legislação infraconstitucional a garantia constitucional da *razoável duração do processo*¹²⁴ e a determinação de que o juiz deve, na aplicação do ordenamento processual, atender aos fins sociais, promovendo a *dignidade da pessoa humana*.¹²⁵

Nessa linha, também prestigia a *paridade de armas* e a *isonomia*.¹²⁶

Consagra o *dever de lealdade*¹²⁷ e o *princípio da cooperação* no processo, a fim atingir a “decisão de mérito justa e efetiva”.¹²⁸

A inserção do *princípio da cooperação*, como cláusula geral, decorrente do contraditório redimensionado, materializa a nova ordem democrática (comparticipativa) do processo civil brasileiro. Quadra notar que sua aplicação independe de regras jurídicas específicas.

Ressalta a importância do *contraditório* como forma de assegurar a democracia através da participação dos contraditores da formação da decisão judicial a que estarão sujeitos, determinando que incumbe ao juiz zelar pelo *efetivo contraditório* (art. 7º), consagrando o *poder e influência* e o *dever de debate*, ao prever que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º, *caput*).

surpresa, o processo cooperativo impõe que o pronunciamento jurisdicional seja devidamente fundamentado, contendo apreciação completa das razões invocadas por cada uma das partes para a defesa de seus respectivos interesses. É didática e pedagógica a função de dispositivo que preveja expressamente a cooperação no processo, sendo importante sua inserção no novo Código de Processo Civil.”.

¹²³ NCPC. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹²⁴ NCPC. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹²⁵ NCPC. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹²⁶ NCPC. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹²⁷ NCPC. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹²⁸ NCPC. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Por fim, veda a *decisão surpresa* (decisão de “terceira via”) ao assinalar que “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” (art. 10).

Todos esses aspectos, expressamente consignados na novel carta processual, são de extraordinária importância e aplicabilidade quando do *saneamento e organização do processo*. A *cooperação*, a *razoável duração do processo*, os *deveres de consulta e esclarecimento*, a *paridade de armas*, etc., são preceitos que encontram sua máxima aplicação através do contato direto entre os atores do núcleo processual.

Mas não basta a positivação dessas regras - que, a bem da verdade, já deveriam ser aplicadas por estarem dentro de um sistema jurídico que tem a Constituição como fonte norteadora - é necessária a efetiva aplicação desses preceitos, sob pena de se fazer letra morta à nova codificação. Somente o tempo dirá se essa mudança de mentalidade efetivamente ocorrerá na prática¹²⁹.

3. A “fase de Saneamento”.

3.1. Considerações iniciais: Distinção entre *atividade saneadora*, *fase de saneamento* e *decisão em saneamento*.

Para melhor compreensão do tema, entendemos pertinente realizarmos a distinção do que trataremos aqui como (i) *atividade saneadora*, (ii) *fase de saneamento* e (iii) *decisão em saneamento*.

O critério de distinção a seguir lançado foi (arbitrariamente) adotado e a aferição da cientificidade do que será afirmado ao longo do trabalho deve se submeter aos conceitos adotados, não a outros eventualmente existentes.

¹²⁹ Nesse sentido: “diante dessas considerações, pode-se afirmar que não basta uma salutar mudança dos regramentos jurídicos norteadores do processo civil brasileiro, especialmente o da expressamente introdução em nosso ordenamento jurídico do *princípio da cooperação*, se essa mudança também não alcançar o pensamento daquelas que são responsáveis para aplicação e interpretação dessas modificações processuais” (SOUZA, Artur César de. O Princípio da Cooperação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *RePro*. 225, p. 80).

Inicialmente, precisamos reforçar que partimos do marco teórico do formalismo-valorativo, em que o *processo* é o polo metodológico da ciência processual (não mais a jurisdição), e também que vivenciamos o *modelo* de processo civil democrático (mais adequado ao momento da ciência processual), em que os atores do processo atuam como uma “comunidade de trabalho”, em *cooperação*.

Ao longo do processo de conhecimento, os atores processuais, juiz, autor e réu (no esquema mínimo) exercem *atividades*, de naturezas distintas, mas tendentes ao mesmo fim, a decisão judicial *justa*, em tempo *razoável*.

Até esse fim almejado, uma das atividades exercidas é a de *saneamento*, em que o juiz e as partes observam atentamente os aspectos formais do processo. Exercendo essa atividade de circunspeção, *identificam* (juízo interno) e *apontam* (juízo externo) a existência de eventuais vícios, que, sempre que possível e o quanto antes, devem ser sanados (os insanáveis levam à extinção do processo).

Essa constante busca por *identificar* e *apontar* eventuais vícios no processo - que pode ser realizada tanto pelo juiz como pelas partes - se inicia com o despacho inicial, passando pela defesa do réu, sentença, recursos até a “execução”. Essa é a chamada *atividade* saneadora. Não é circunscrita a uma determinada fase ou momento, manifesta-se em todo *iter* processual.

É atividade intelectual de extrema importância para evitar que o processo avance à fase seguinte sem que esteja apto a tanto. Evita-se assim o retrocesso, prestigiando a tão almejada *eficiência* e *razoável duração do processo*.

A *fase de saneamento*, como identificado, é aquela situada entre a fase postulatória e a instrutória (do “processo de conhecimento”). Iniciando-se com as *providencias preliminares* e findando com a *decisão em saneamento* (CPC 331, § 2º).¹³⁰ É definida,

¹³⁰ “De antemão, há de se ter presente que a fase de saneamento do processo, que não necessariamente se concentra em um único despacho do juiz (o que se tinha pelo momento ímpar do despacho saneador), tem como fundamento reconhecer, sempre que possível e o quanto antes, a existência de matérias preliminares e/ou prejudiciais que possam efetivamente obstar a análise meritória propriamente dita, tudo em nome da economia e da celeridade processual. Por outro lado, o saneador provoca a concentração do material de conhecimento neste ato do processo, e habilita o juiz a dirigi-lo com perfeito domínio da causa, o que, sem dúvida, representa para a sentença uma garantia de segurança e

basicamente, pela preponderância da atividade saneadora exercida nesse momento (tempo) do processo. A *fase de saneamento* se divide em duas etapas, as *providências preliminares* e a *decisão em saneamento* (o antigo “despacho saneador”).

Por fim, a *decisão em (fase de) saneamento* é aquela que o juiz, deixando a posição de simetria que necessariamente deve ter mantido com as partes na *fase de saneamento*, volta a sua posição hierárquica de representante do Estado e impõe às partes à decisão construída após o diálogo franco e em mútua cooperação, para identificação e sanação das eventuais irregularidades do processo e organiza a instrução probatória.¹³¹

Percebe-se que entre as três “figuras” há uma relação de continente e conteúdo. A *atividade* saneadora é a mais ampla, é exercida ao longo de todo o processo por partes e juízes. A *fase* de saneamento é o momento processual em que a *atividade saneadora* se sobrepõe às demais atividades (postulatória ou probatória) e, por fim, a *decisão em saneamento* é o ato final dessa fase complexa.

Assim, quando mencionarmos “atividade saneadora” estaremos nos referindo à circunspeção feita pelos atores processuais ao longo de todo o processo para identificação de eventual irregularidade. Já a “fase de saneamento” é aquela compreendida entre as providências preliminares e a “decisão em saneamento”, que, por sua vez, é o ato judicial indicado pelo § 2º do art. 331, do CPC, que declara saneado ou não o processo e organiza a instrução probatória.

Não trataremos da *atividade saneadora* exercida ao longo de todo o processo, mas sim da *fase de saneamento*. Aliás, também dentro desta, faremos outro corte.

3.2. Sobre o tema: Saneamento e Organização do Processo.

Vista a distinção acima sobre os “saneamentos”, cabe registrar qual é (para fins deste trabalho) o momento processual que será objeto de análise. Visando a mais adequada

de justiça.” (RUBIN, Fernando. Matérias não sujeitas a preclusão para o estado-juiz. Revista Judiciária do Paraná, Ano VIII, n. 6, novembro/2013, p. 82-3)

¹³¹ Intencionalmente excluímos, daqui, a decisão que fixa os pontos controvertidos e que defere ou indefere a produção de terminada prova, por entendermos que não se trata mais de *decisão em saneamento*, mas sim da primeira decisão referente a organização da instrução probatória.

análise do que chamaremos de *fase de saneamento* do processo, importa procedermos ao seu enquadramento no todo em que integra (a fase de conhecimento do processo).

Tratando apenas do rito ordinário¹³² (esse é nosso primeiro corte metodológico), reconheceremos como *fase de saneamento* aquela compreendida *imediatamente depois da fase postulatória*, ou seja, após a petição inicial e defesa, e *antecedente à fase instrutória*, entendida esta como o momento em que serão efetivamente materializados os atos de instrução.¹³³ Em seguida, teríamos a quarta e última fase, a *decisória*, normalmente fundida com sua antecessora, compondo a fase de *instrução e julgamento*.¹³⁴

Registre-se, todavia, que as *fases* do procedimento não correspondem, em termos temporais ou cronológicos, a momentos isolados e estanques. Estão todas interligadas ao ponto de, não raras às vezes, verificarmos uma interpenetração entre elas. Por isso, o nome atribuído a cada uma das fases é decorrente da atividade *preponderante* em cada momento.

O exame dos modelos conhecidos no direito moderno evidencia que, se em geral se podem distinguir no itinerário processual diversas etapas, correspondentes aos tipos de atividades acima indicados [*postulatória, instrutória e probatória*], a caracterização de cada uma delas antes se liga à *predominância* que à *exclusividade* do respectivo exercício. Ter-se-ão, assim, uma fase predominantemente postulatória, uma fase predominantemente instrutória e uma fase predominantemente decisória. Mas, de um lado, as fronteiras entre elas nem sempre são muito nítidas; e, de outro, aqui tampouco se trata de compartimentos estanques: a produção de provas, por exemplo, começa a realizar-se desde a fase postulatória, e mesmo após o encerramento desta podem, eventualmente, praticar-se atos por natureza assemelhados à demanda ou à defesa. A nitidez da diferenciação entre as várias fases naturalmente varia em sentido inverso ao do grau de *concentração* do procedimento. Quanto mais concentrado seja este, mais se esfumam as linhas divisórias das fases. No sistema do Código de Processo Civil, *v. g.*, é bem mais fácil discernir uma divisão de fases no procedimento ordinário do que no sumário.¹³⁵

Essa referência escalonada e sequencial que se faz às fases do procedimento são, a nosso ver, decorrentes da necessidade - ou simplesmente conveniência - de organização

¹³² Título VIII, do Livro I (do processo de conhecimento), do CPC 1973.

¹³³ Salienta André Antônio da Silveira Alcântara, que “a fase instrutória é marcada pela produção de provas, recordando-se que instruir o processo significa prepara-lo para o convencimento judicial” (ALCÂNTARA. André Antônio da Silveira Alcântara. Saneamento do Processo..., p. 50).

¹³⁴ André Antônio da Silveira Alcântara também indica quatro fases, postulatória, ordinatória, instrutória e decisória. (ALCÂNTARA. André Antônio da Silveira Alcântara. Saneamento do Processo..., p. 48). À nossa fase de *saneamento* ele chamou de *ordinatória*.

¹³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5.

legislativa (e também didática)¹³⁶. A par disso, a compreensão exata de cada uma das fases só é alcançável com o conhecimento das demais, através de uma visão panorâmica e dinâmica do procedimento como conjunto.

Indicaremos aqui, independentemente de outras divisões, a existência de quatro fases do procedimento comum ordinário, a saber: *postulatória*, *saneadora*, *instrutória* e *decisória*, frisando que as duas últimas são comumente fundidas, formando a *fase de instrução e julgamento* (até mesmo por influência do ato processual homônimo – audiência *de instrução e julgamento*).

O processo em sua primeira fase (*postulatória*) é, via de regra, menos sinuoso. É “comparável a uma estrada sem desvios de rota, com curso retilíneo. *Petição inicial, citação, resposta, réplica, nenhum desvio de percurso apareceu até agora*”¹³⁷, o que não ocorre mais a partir de então (como veremos no tópico que trataremos especificamente *do julgamento conforme o estado do processo*).

Após a primeira fase (a *postulatória*), segue a *primeira etapa* da fase de saneamento, com as *providências preliminares*¹³⁸, que “são soluções contingentes que visam a organizar o processo para o julgamento conforme seu estado (CPC 329 e 330) ou, se for o caso, para a instrução da causa”¹³⁹. Antecipa-se: não é objeto do presente estudo.

Apesar de algumas vezes esquecidas como integrante da *fase de saneamento*, é inegável que as *providências preliminares* (previstas nos artigos 323 a 327¹⁴⁰) já integram esse

¹³⁶ Sem esquecer, é claro, que essa estrutura formal e estanque das fases do processo decorre, também, da necessidade de que se tenha uma “marcha para frente”, associando-se, normalmente, ao fenômeno da *preclusão*, que impede a prática posterior de ato que deveria ter sido praticado em determinado *tempo e modo*.

¹³⁷ CÂMARA, Alexandra Freitas. Lições..., vol. I, p. 364.

¹³⁸ “Tais providências, em seu conjunto, constituem a primeira etapa da *fase* de saneamento (não da *atividade* de saneamento, inaugurada com o próprio despacho liminar). Essa fase vai encerrar-se com a prolação de decisão que, em princípio, completa semelhante atividade e à qual tradicionalmente se chama de “despacho saneador” – ressalvadas as hipóteses em que o processo se abrevia, terminando desde logo, quiçá com julgamento de mérito, em vez de prosseguir em direção à audiência de instrução e julgamento” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 49 e 50)

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil Anotado: artigo por artigo / Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

¹⁴⁰ CPC/73. Art. 323. Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capítulo. Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

importante momento processual,¹⁴¹ tendo em vista a nítida carga saneadora dos dispositivos ali lançados pelo legislador, bastando observar, por exemplo, que a parte final do artigo 327, do CPC/73, estabelece que “*verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias*”.

Para fins didáticos, observando a topologia do código, excluiremos do trabalho a análise mais aprofundada dessas *providências preliminares*, frisando também, como indicado por Barbosa Moreira, que a *atividade* saneadora, em si, inicia-se com o despacho inicial e ocorre ao longo de todo processo¹⁴², sendo inviável abordar todos esses momentos nesse trabalho.

Enfim, o que trataremos aqui é, basicamente, o que outrora era denominado pelo código como “do despacho saneador” e hoje é tratado como “da audiência preliminar”, que integra o capítulo que trata *do julgamento conforme o estado do processo*, mais precisamente o art. 331 do CPC de 1973. No NCPC, é tratado sob o título “do saneamento e da organização do processo”.

Não será feita uma análise fria do que estabelece o dispositivo. Pretende-se uma leitura com a “lupa” da Constituição Federal, de como deve se dar a atuação dos atores do processo, autor, réu e, sobretudo, o juiz, nessa importante fase do processo, impondo-se a adoção do princípio da cooperação como pedra angular e exponencial do processo civil do Estado Contemporâneo.

3.3. Do Julgamento Conforme o Estado do Processo.¹⁴³

Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

¹⁴¹ Discordamos, portanto, de Marcelo Abelha Rodrigues que inclui as providências preliminares na fase postulatória: “Didaticamente falando, o processo costuma ser dividido em quatro diferentes fases: postulatória (petição inicial, resposta do réu e providências preliminares), saneamento, instrutória e decisória” (Manual de Direito processo Civil: Teoria Geral: Premissas e Institutos Fundamentais – 5. Ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 463).

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49.

¹⁴³ Na exposição de motivos do CPC de 1973, Buzaid indicou o seguinte “cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz profere julgamento conforme o estado do processo. Esta atribuição lhe permite, logo após os articulados, ou extinguir o processo ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos art. 271 e 273, II, III, IV e V; ou decidir imediatamente a causa, quando ocorrer a revelia ou quando a questão de mérito for unicamente de

Após a *fase postulatória* e a primeira etapa da *fase de saneamento* (providências preliminares), o processo chega a um entroncamento. Ao juiz, o legislador apresenta três distintos caminhos, e, ao menos em tese, apenas um deles é o correto.

Estabelece o CPC/73 (art. 328) que “*cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte*”.¹⁴⁴

Da sinuosidade dos caminhos que se apresentam ao juiz após as *providências preliminares*, exsurge também a importância do tema aqui tratado, principalmente na atual fase metodológica da ciência processual, em que se exige do juiz uma postura de garantidor de direitos fundamentais, não apenas um impávido aplicador da lei. Um juiz que prestigia o debate (não o combate) judicial.

O “capítulo seguinte” a que se refere o art. 328 do CPC trata justamente *do julgamento conforme o estado do processo*, que atualmente se subdivide em três seções que versam, sucessivamente (i) Da Extinção do Processo¹⁴⁵, (ii) Do Julgamento Antecipado da Lide¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ e (iii) Da Audiência Preliminar.

O novo CPC já trouxe pequena alteração, indicando, nos arts. 354 a 357, quatro seções: (i) Da Extinção do Processo, (ii) Do Julgamento Antecipado do Mérito, (iii) Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito e (iv) Do Saneamento e da Organização do Processo.

direito, ou, sendo do direito e de fato, não houver necessidade de produzir provas em audiência (arts. 333 e 334). O que o processo ganha em condensação e celeridade, bem podem avaliar os que lidam no foro. Suprime-se a audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim, não se pratica ato inútil. De outra parte, não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, porque esta já se acha amplamente discutida na inicial e na resposta do réu.

Como a adoção desta nova técnica, bem se vê quanto ficou simplificado o sistema do processo civil.”

¹⁴⁴ O NCPC tem redação idêntica: “art. 353. Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o Capítulo X”.

¹⁴⁵ CPC/73. Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo.

¹⁴⁶ CPC/73. Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

¹⁴⁷ Parte da doutrina critica a expressão “julgamento antecipado da lide”, sugerindo que melhor seria tratá-la como “julgamento imediato da lide” ou “julgamento imediato do mérito”. Nesse sentido: Athos Gusmão Carneiro, (Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares, Brasília/DF: Gazeta, 2014, pp 8 e 13) e Alexandre Freitas Câmara (Lições de direito..., vol. 1, p. 367).

Nota-se que o NCPC inclui o *Julgamento Antecipado Parcial do Mérito* e altera a seção denominada *da audiência preliminar*, para passar a tratar *do saneamento e da organização do processo*. A despeito da supressão do termo “audiência”, ainda persiste, mesmo em caráter excepcional, a previsão para a realização do ato¹⁴⁸, ponto que será mais densamente abordado adiante.

Apesar de antecederem topologicamente a seção que trata *da audiência preliminar* no CPC de 1973 e *do saneamento e da organização do processo* no NCPC, as seções (i) Da Extinção do Processo, (ii) Do Julgamento Antecipado da Lide e (iii) Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito, não integram a fase de *saneamento do processo*, mas sim a *fase decisória*, dispensada, por previsão legal, até mesmo a passagem pela *fase instrutória*.¹⁴⁹

Das três hipóteses de *juízo conforme o estado do processo* as duas primeiras - extinção do processo (art. 329) ou julgamento “antecipado” da lide (art. 330) – já integram a fase decisórias, porquanto a atividade saneadora terá se encerrado com as providências preliminares (primeira etapa da fase de saneamento). Somente a *audiência preliminar* integra a fase de saneamento, sendo sua segunda e derradeira etapa.

A segunda etapa da *fase de saneamento* se instaura, então, quando não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 329 e 330 do CPC/73¹⁵⁰.

Entende o legislador que as hipóteses (i) da *Extinção do Processo* e (ii) Do Julgamento Antecipado da Lide tendem a racionalizar o desenvolvimento do processo, determinando que nesses casos, em regra, o julgador deve proceder ao *juízo conforme o estado do processo*, sem a designação de audiência.

¹⁴⁸ NCPC. Art. 357. (...). § 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.

¹⁴⁹ Aqui fica clara a *interpenetração* entre as fases do procedimento, mencionada alhures.

¹⁵⁰ Igualmente, no NCPC o art. 357 prescreve que se instaura a fase *do Saneamento e da Organização do Processo*, quando não ocorrer nenhuma das hipóteses do capítulo: (i) *Da Extinção do Processo* (Art. 354); (ii) *Do Julgamento Antecipado do Mérito* (Art. 355) ou (iii) *Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito* (Art. 356).

A doutrina dominante é firme no sentido de que, sendo caso de “extinção do processo”, ou de “julgamento antecipado da lide”, o juiz tem o dever de assim proceder, sem designação de audiência preliminar.

Todavia, apesar de não aderirmos por completo à tese de Paulo Hoffman, para quem a realização da *audiência preliminar* é sempre obrigatória¹⁵¹, destacamos que apesar da disposição legal, uma leitura contemporânea do processo conduz à conclusão de que, mesmo nas hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 do CPC/73, a realização de audiência deve ser privilegiada no modelo de processo civil democrático.¹⁵²

Como será visto adiante, a *audiência preliminar* prevista no art. 331, do CPC/73, tem tríplice finalidade: conciliação, saneamento e organização probatória.

Assim, mesmo nas hipóteses dos artigos 329 e 330 do CPC/73, é possível, em muitos casos, tentar a conciliação¹⁵³, até mesmo com prévia advertência às partes de que, não havendo acordo, o processo será julgado na própria audiência, assegurando-se relativa economia de tempo e dinheiro, pois se dispensaria posterior intimação pela imprensa oficial¹⁵⁴.

O art. 330, I, por exemplo, estabelece que “o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Por outro lado, também é dever do juiz tentar, a qualquer momento, conciliar as partes (CPC/73, 125, IV). Não há razão para que o juiz, antes de seu último pronunciamento (a sentença), seja impedido de promover a derradeira tentativa de conciliar as partes, desde

¹⁵¹ HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, pp. 141 e ss.

¹⁵² “Importante frisar que o art. 331, *caput*, do CPC não proíbe a realização da audiência preliminar nesses casos, mas somente excepciona sua obrigatoriedade, em razão de não ser ‘vedado’ ao juiz designá-la” (HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, p. 144).

¹⁵³ “É de bom alvitre que o magistrado, mesmo diante de forte convicção quanto à extinção do processo, tente solucionar o conflito definitivamente, devendo ser bastante sincero com a parte que já poderia ter o pedido julgado em seu desfavor, seja para que ela o demova de suas convicções ou para que faça concessões visando ao acordo. Ressalte-se que, mesmo já convencido do resultado, jamais o magistrado pode forçar o acordo ou agir como se estivesse coagindo a parte a transigir contra sua vontade” (HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, p. 143).

¹⁵⁴ “Outro argumento de apoio a refutar a ideia de que tal audiência representa perda de tempo é que, nesses casos, pode o juiz – se não for convencido pela parte – proferir a sentença na própria audiência, correndo desse momento o prazo recursal” (HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, p. 144).

que essa audiência não se limite à tradicional indagação: “tem acordo?”. Isso não é tentativa de conciliação!

Já o art. 329, do CPC de 1973, prevê o julgamento conforme o estado do processo nas hipóteses do art. 267¹⁵⁵ e nos incisos II a V do art. 269¹⁵⁶.

Não é necessária a designação de audiência *quando o réu reconhecer a procedência do pedido* (CPC/73, 269, II), quando as partes transigirem (CPC/73, 269, III) ou quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação (CPC/73, 269, V), mas situação inversa se dá em relação ao pronunciamento da prescrição (CPC/73, 269, IV).

Nesse ponto, cabe registrar nosso posicionamento no sentido de que, apesar de poder conhecer de ofício, o juiz não pode pronunciar a prescrição antes de ouvir as partes, mesmo aquele que, em tese, será beneficiado. Isso porque, a prescrição pode, inclusive, ser renunciada, nos termos do Código Civil¹⁵⁷.

Se a parte não alegou a prescrição em sua contestação e tem o direito de renuncia-la, até mesmo tacitamente, não pode o juiz pronuncia-la sem ouvir o beneficiário.

¹⁵⁵ CPC/73. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao no II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao no III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

¹⁵⁶ CPC/73. Art. 269. Haverá resolução de mérito: (...) II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

¹⁵⁷ CC/02. Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

A parte em tese beneficiada pelo reconhecimento da prescrição pode, ainda, pretender superá-la para ver reconhecido seu pagamento, fazendo incidir, contra o autor da ação, a hipótese do art. 940 do Código Civil¹⁵⁸.

Ademais, pode ser que apesar da aparente prescrição, tenha havido alguma causa interruptiva¹⁵⁹. Portanto, uma decisão do juiz sem prévia consulta às partes pode ensejar, ao contrário da pretendida celeridade, um imenso atraso no processo, pois a parte prejudicada poderia recorrer, invocando a causa interruptiva, e, depois de anos, a sentença seria anulada, provavelmente retornando à origem para instrução, atrasando por anos o processo (se não estivesse pronta para julgamento).

Dai exsurge a importância do diálogo no processo, do contraditório redimensionado, entendido como *poder de influência* e *dever de debate*, em outras palavras a *participação* das partes na formação da decisão judicial a que estarão sujeitas.

Nas hipóteses de extinção previstas no art. 267 do CPC/73, a possibilidade de designação de audiência se mostra mais ampla e igualmente relevante,¹⁶⁰ não só para tentativa de conciliação, mas principalmente para que o juiz *advirta, informe e oriente* a parte a sanar o eventual vício constatado, que ensejaria a extinção anômala do processo.¹⁶¹ Trata-se de observar o *dever de prevenção* decorrente do princípio da cooperação.

¹⁵⁸ CC/02. Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

¹⁵⁹ CC/02. Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

¹⁶⁰ “O nosso hodierno art. 331 pode ser aplicado até mesmo nos processos em que o magistrado verifique a possibilidade de extinção do feito sem julgamento de mérito, pois é sabido que a extinção sem julgamento do mérito resulta na possibilidade de o autor ingressar novamente com a ação. Portanto, se o processo pode ser novamente incoado, o que significa maiores despesas e perda de tempo, nada mais lógico do que se procurar uma conciliação que evitara a extinção do feito e nova propositura” (Mauro Alves de Araújo. Extinção do processo – saneamento. P. 175.)

¹⁶¹ Afirmando que na fase de saneamento do processo “o juiz tem o dever de extingui-lo o mais brevemente possível em verificando quaisquer das hipóteses do art. 267, (consoante art. 329, CPC)”, Mitidiero registra, por outro lado, que “ em um ambiente processual pautado pela cooperação, tem o órgão jurisdicional de possibilitar às partes oportunidade para que argumentem a propósito de eventual deslinde da causa sem resolução de mérito por esse ou aquele motivo, inclusive indicando o Estado-juiz a sua possível visão jurídica do material do processo” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração... pp. 136-7).

A precaução, além de evitar a interposição de recurso, evita a multiplicação de demandas, já que a ação, nesses casos, pode ser novamente proposta.

É inegável que no Estado Constitucional Democrático, em que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são alçadas a fundamentos da República, quanto maior for a participação das partes na formação da decisão judicial, mais justa e democrática será a resolução do conflito, atendendo, assim, aos fins constitucionais do processo.

A audiência preliminar, portanto, deve ser privilegiada mesmo quando se impõe, em tese, a aplicação dos arts. 329 e 330 do CPC/73. Em último caso, entendendo-se pela não realização da audiência, o debate processual não pode ser afastado, devendo haver prévia intimação das partes para que argumentem, ainda que por escrito, sobre a extinção do processo, perdendo-se, nesse caso (manifestação por escrito), a imediatidade e a concentração de atos propiciada pela audiência.

Apesar das considerações, que não poderíamos nos furtar de tecer, frisamos que esse não é o ponto central do trabalho. Versaremos aqui, especificamente, do que o CPC de 1973 tratou como *da audiência preliminar* (outrora chamado “despacho saneador”), isto é, a seção III, do capítulo V (do julgamento conforme o estado do processo), do Título VIII (do procedimento ordinário), do Livro I (do processo de conhecimento).

3.4. Origem do instituto: “o despacho saneador”.

Parafraseando o historiador grego Heródoto, precisamos “*pensar o passado para compreender o presente e idealizar o futuro*”.

Crédulos nessa máxima, propomo-nos a trazer as origens históricas do “despacho saneador”, para que possamos melhor compreendê-lo em sua roupagem atual (principalmente com o novo CPC), bem como para seu constante aperfeiçoamento e adequação às necessidades do processo civil democrático (cooperativo).

3.4.1. Origem lusitana.

A doutrina aponta, essencialmente, o Direito Português quando busca as origens do “despacho saneador”. A expressão clássica (deveras criticada) nos envia, imediatamente, ao problema das *nulidades* no processo.

O problema das nulidades é tão antigo como o próprio processo, pois a experiência nos ensinou que muitas vezes o interessado em uma solução favorável da demanda procura colocar obstáculos que afastem a possibilidade de vitória da parte adversa. E nada melhor para alcançar tal desiderato – caso se vislumbre solução desfavorável – do que erguer barreiras que dificultem o andamento normal do processo. Já se pensava assim em Portugal desde o tempo das Ordenações que vigoravam do século XV ao século XIX. Entretanto, ainda na vigência das Ordenações Filipinas foi que encontrei o primeiro vestígio da tomada de posição para evitar o prejuízo à celeridade e à economia, em obra publicada por Innocência de Sousa Duarte. Dizia o escritor lusitano que “pela Circular n.º 152 da Procuradoria Régia de Lisboa, foi recomendado aos Magistrados do Ministério Público, que procurasse evitar as nulidades do processo e que fizessem suprir em tempo as que pudesses ser supridas, porque o Procurador Régio, quando os processos subissem em apelação, tornaria efetiva a responsabilidade aos seus subalternos pelos erros que cometesses ou deixassem de cometer. E a Portaria do Ministério da Justiça de 1º de dezembro de 1840, e Ofício de Procuradoria Régia aos seus ajudantes em 25 de abril de 1841, ordenou que estes tomassem apontamento daqueles erros no processo, para a devida repreensão aos agentes do Ministério Público e servissem essas notas para informação anual ao governo”¹⁶².

Vê-se que em Portugal, séculos atrás, através de ato administrativo (circular da Procuradoria Régia de Lisboa)¹⁶³, *buscou-se responsabilizar os magistrados que deixavam o processo avançar sem sanear-lo adequadamente, ocasionando decretação de nulidade futura.*

Os primeiros passos (embora ainda não legislativos) para a criação e consolidação do que posteriormente se convencionou chamar de “despacho saneador” surgiram, então, de “advertência” dirigida aos magistrados portugueses (integrantes da Magistratura do Ministério Público), que não desejavam ter suas carreiras deslustradas.

¹⁶² LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*, 3ª ed. p 40.

¹⁶³ Flávio Pancaro da Silva registra que “em Portugal até 1975 os juízes de Direito eram escolhidos entre os Delegados da Procuradoria da República, órgão pertencente à Magistratura do Ministério Público. A partir de então, com a entrada em vigor do Código de Organização Judiciária Português, passaram a existir a Magistratura Judicial e a do Ministério Público, sendo ambas de carreira, oriundas do Centro de Estudos Judiciários, com sede em Lisboa, equivalente à nossa Escola Superior da Magistratura, porém com cursos regulares e exames periódicos por três anos. Durante o período são ministradas aulas teóricas e práticas de audiências (estas nos pretórios), com trabalho de oito horas diárias e com remuneração paga pelo Governo, equivalente a 80% do que percebe um Juiz de Direito ou um membro do Ministério Público. Após o primeiro ano o candidato faz sua opção por uma das Magistraturas” (Prólogo à segunda Edição. *Despacho Saneador* / Galeno Lacerda, p. VII, nota de rodapé 3).

A Portaria da Procuradoria Régia de Lisboa foi, nesse contexto, o embrião daquilo que mais tarde passamos a conhecer como “despacho saneador”¹⁶⁴, abrindo porta para a posterior inserção legislativa.

O doutrinador português Paulo Pimenta, tratando do instituto no direito local, indica que “o Decreto n.º 3, de 29 de maio de 1907, corresponde à primeira intervenção legislativa marcada por uma preocupação saneadora do processo”¹⁶⁵⁻¹⁶⁶, o que é ratificado pelos estudos, já no Brasil, de Galeno Lacerda¹⁶⁷, Flávio Pancaro da Silva¹⁶⁸, André Antônio da Silveira Alcântara¹⁶⁹ e José Lopes de Oliveira¹⁷⁰.

Evoluindo em sua reconstrução histórica, o professor luso registra que o decreto n.º 12:353, de 22 de setembro de 1926, “marca o início de uma série de medidas legislativas de reforma do processo civil, que culminou no CPC de 1939”¹⁷¹, e que foi propósito do legislador português, com o referido decreto, “não se iniciar a produção de prova senão quando haja segurança de que o juiz conhecerá do objeto da causa”¹⁷².

O que estava em jogo era, pois, evitar “chegar-se ao fim de um processo longamente instruído e preparado, com uma larga produção de prova e alegações complicadas, e o juiz abster-se de conhecer do pedido, ou por incompetência do tribunal, ou por ilegitimidade das partes, ou por vício de forma”. (...) Podemos, assim, dizer que o diploma em análise lançou as bases de uma nova fase processual, dirigida ao saneamento do processo, a qual funcionava como um crivo, antecipando para o despacho saneador a apreciação de questões (formais) que, até então, eram relegadas para a sentença (cfr., de novo, o art. 283º do CPC de 1876).¹⁷³

Bem escreve André Antônio da Silveira Alcântara, quando afirma que se nota a evolução gradativa da preocupação dos portugueses com as irregularidades do processo, impondo um saneamento em seu curso, salvando o processo de uma frustrada decisão sem resolução de mérito.¹⁷⁴

¹⁶⁴ SILVA, Flávio Pancaro da. Prólogo à segunda Edição. Despacho Saneador (Galeno Lacerda), pp. X e XI.

¹⁶⁵ PIMENTA, Paulo. A fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 20.

¹⁶⁶ Ressalta Paulo Pimenta, ao tratar da legislação processual portuguesa, que “em bem rigor, o próprio CPC de 1876 também não contemplava qualquer momento saneador do processo declarativo” (PIMENTA, Paulo. A fase do Saneamento do Processo..., p. 17).

¹⁶⁷ Prólogo à segunda Edição. Despacho Saneador (Galeno Lacerda), p. XVI.

¹⁶⁸ Prólogo à segunda Edição. Despacho Saneador (Galeno Lacerda), p. XVI.

¹⁶⁹ ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira. Do Saneamento do processo..., p. 20.

¹⁷⁰ José Lopes de Oliveira. Despacho Saneador, p. 24.

¹⁷¹ PIMENTA, Paulo. A fase do Saneamento do Processo..., p. 21.

¹⁷² PIMENTA, Paulo. A fase do Saneamento do Processo..., p. 21.

¹⁷³ PIMENTA, Paulo. A fase do Saneamento do Processo..., pp. 21 e 22.

¹⁷⁴ ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira Alcântara. Saneamento do Processo..., p. 32.

Posteriormente, o Decreto n.º 18:552, de 1930, ampliou o âmbito do “despacho saneador”, que “deixou de confinar-se ao conhecimento de questões estritamente formais tornando-se também o meio adequado ao conhecimento do mérito da causa, verificadas que fossem certas condições”¹⁷⁵, ou seja, se findo os *articulados*¹⁷⁶ o processo já estivesse em condições de imediato julgamento, assim deveria proceder o juiz (tal como é hoje o nosso “julgamento antecipado da lide”).

Seguiram-se, ainda, o Decreto n.º 21:287, de 26 de maio de 1932, que compilou a legislação processual civil e comercial espalhada em várias leis, e, posteriormente, o importante Decreto n.º 21:694, de 29 de setembro de 1932.

Com esse último comando, avançou-se na modernização do processo civil lusitano, “criando-se um mecanismo destinado a ordenar a acção, ao nível da questão fática, e a preparar as fases subsequentes, definindo, antes de mais, o objeto da instrução”¹⁷⁷, o chamado *questionário* (equivalente aos nossos “pontos controvertidos” de hoje).

Até então o processo civil português se desenvolvia sem que o objeto da instrução fosse formalmente definido. A nova “peça” (questionário), por balizar a atividade probatória, assumiu importante função de economia e celeridade do processo.¹⁷⁸

Esse decreto também impôs “o regime da discussão oral, na primeira instância, em todas as causas cíveis ou comerciais”¹⁷⁹, pois, até aqui, a regra era do debate escrito. Prestigiou-se, portanto, a *oralidade*.

Além disso, “criava-se, em definitivo, o julgamento antecipado da lide, como decorrência natural da evolução do Despacho Saneador”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁷⁶ É por meio dos articulados que as partes iniciam o debate/diálogo no processo. Os *articulados* são, por definição do Código de Processo Civil Português hoje vigente, “as peças em que as partes expõem os fundamentos da ação e da defesa e formulam os pedidos correspondentes” (art. 147.º, 1). Portanto, a chamada *fase dos articulados* no direito português é a que corresponde à nossa *fase postulatória*, em que as partes no processo expõem as razões de fato e de direito que embasam suas pretensões em juízo.

¹⁷⁷ PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁷⁸ PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁷⁹ PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁸⁰ Prólogo à segunda Edição. Despacho Saneador (Galeno Lacerda), p. XIX.

Essas evoluções legislativas, iniciadas em 1926, culminaram no CPC português de 1939, que, em relação à matéria objeto do nosso estudo (“despacho saneador”), consolidou e desenvolveu as soluções normativas lançadas nos diplomas (decretos) antecedentes.

Importante inovação trazida pelo (então) novel diploma português foi a introdução da *audiência preparatória* e a *especificação*, trazendo, em sua organização, nova fase do procedimento, intitulada *da audiência preparatória e o despacho saneador* (capítulo II) - compreendida entre os *articulados* (capítulo I) e a *instrução do processo* (capítulo III) -, cujas bases foram lançadas, como ressaltado, pelo anterior Decreto 12:353, de 22 de setembro de 1926.

No código de 1939, com essa atividade de saneamento, que a doutrina portuguesa chamou de “fase de condensação”, autorizou-se o juiz, em algumas hipóteses bem estabelecidas, o conhecimento direto do mérito, além de instituir a audiência preparatória precedendo ao saneador e as figuras do questionário e da especificação. Caso o juiz entendesse que o estado da causa lhe habilitava a conhecer do pedido ou havendo dúvidas quanto a exceções peremptórias ou dilatórias, designava-se audiência preparatória (art. 512), na busca da conciliação e eventuais esclarecimentos. Ato seguinte, baldada a tentativa de conciliação, uma vez convencido, em uma única decisão saneava o processo e decidia a controvérsia. Essa audiência era obrigatória, sob pena de nulidade, para o julgamento da lide nesse instante.¹⁸¹

Curioso notar que com o CPC Português de 1939 foi instituída a figura da *especificação*, que versa sobre as questões relevantes *não* controvertidas. Os fatos considerados provados ou confessados eram *especificados* através de letras, indicando-se, por exemplo, em um acidente automobilístico, o seguinte: *a)* o acidente ocorreu no dia 25 de março de 2015, por volta das 20h; *b)* no cruzamento da Av. Rio Branco com a Rua Santa Catarina; *c)* chovia forte na hora do acidente; *d)* a visibilidade não era boa; *e)* o condutor do veículo era maior de idade; *f)* e não apresentava sinais de embriaguez.

Dessa forma, as partes teriam pleno conhecimento dos fatos *relevantes* que o juiz considera incontroverso, afastando a dilação probatória em relação aos pontos indicados. Segundo João Batista Lopes, “fatos relevantes são acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide”.¹⁸²⁻¹⁸³

¹⁸¹ ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira Alcântara. *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁸² LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹⁸³ O doutrinador distingue, ainda, os *fatos pertinentes*, que “são os que têm relação direta ou indireta com a causa”, mas não necessariamente influenciam o julgamento da lide (LOPES, João Batista. *Op. Cit.*, p. 32).

Foi inspirado no CPC Português de 1939, fruto das evoluções legislativas iniciadas em 1926, que o legislador pátrio expressamente previu o “despacho saneador”, quando da unificação processual de 1939.

3.4.2. Antecedentes no direito brasileiro.

3.4.2.a. O Decreto 737, de 1850 e os Códigos Estaduais.

Já no Brasil, o Decreto 737, de 1850¹⁸⁴, trazia previsão, no art. 97¹⁸⁵, e, principalmente, no art. 98 (que tratava “da contestação”), de instituto *similar* ao “despacho saneador”, ao prever que “quando da contestação constar a arguição de nullidade, o Juiz tornando della conhecimento verbal e summario em audiencia, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, supprirá ou pronunciará a nullidade como fôr de direito e se prescreve no titulo - Das nulidades”.

Posteriormente esses dispositivos foram espelhados, com algumas variantes, nos Códigos Processuais dos Estados - São Paulo, art. 35; Rio Grande do Sul, arts. 339 e 479; Distrito Federal, arts. 139 e 293; Minas, arts. 169 e 182; Pernambuco, arts. 158 e 204; Bahia, art. 1.355; Espírito Santo, arts. 110 e 277; Estado do Rio, arts. 1.148 e 2.271; Santa Catarina, arts. 610 e 1.335.¹⁸⁶

Não se tratava exatamente do “despacho saneador”, até porque previa apenas a apreciação de nulidades arguidas na contestação, medida bem mais restrita e limitada, mas não deixava de ser atividade saneadora (similar à prevista hoje nas *providências preliminares*). Galeno Lacerda, em sua obra clássica sobre o tema, registra o seguinte:

Não é possível ver, porém, nesses dispositivos, como estendem OSCAR DA CUNHA e ELIÉZER ROSA, um “germe” do despacho saneador. No fundo, nada mais faziam que determinar o julgamento prévio de uma exceção dilatória de nulidade, como ocorria com as demais exceções e era costume desde o processo medieval. Mas, e isto é o que

¹⁸⁴ Que tratava da “ordem do Juízo no Processo Commercial”.

¹⁸⁵ Decreto 737, de 1850. Art. 97. Na contestação deve o réo inserir, antes da allegação da materia de defesa, a arguição das nulidades de conciliação, acção, citação, e de todos os actos e termos que tiverem occorrido até o ponto da contestação.

¹⁸⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador...*, pp. 34 e 35

os afasta de qualquer símile com o saneador, o ato do magistrado era *provocado* pela parte. Continuávamos com um juiz inerte, espectador da batalha judiciária.¹⁸⁷

A expressa previsão do instituto surgiu, efetivamente, como a unificação processual.

3.4.2.b. A unificação da legislação processual brasileira. O despacho saneador no CPC de 1939.

Mais tarde, o CPC de 1939, que unificou os diplomas processuais civis, influenciado pela legislação portuguesa¹⁸⁸, conferiu especial tratamento ao saneamento das nulidades, pois se constatou que “*os males do processo tradicional foram agravados com um enxame de nulidades, a que os litigantes sempre recorreram insidiosamente quando lhes faltavam os recursos substanciais com que apoiar as suas pretensões*”, como se extrai da própria exposição de motivos da lei.¹⁸⁹

Ainda conforme a exposição de motivos, a legislação processual unificada “submeteu as nulidades a um regime estrito, só as admitindo em casos especiais, quando os atos não possam ser repetidos ou sanadas as irregularidades”, determinando “que o juiz, antes de começado o período de instrução, profira o despacho saneador, em que deverá mandar que o processo seja a tempo expurgado dos seus vícios”.

Constata-se, mais uma vez, a importância que já era conferida pelo legislador ao saneamento do processo, atenção essa que muitas vezes não encontramos hoje na

¹⁸⁷ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador...*, p. 35.

¹⁸⁸ José Lopes de Oliveira afirma categoricamente que “a verdadeira fonte do despacho saneador brasileiro, com construção algo diversa, é o antigo despacho regulador do direito processual português, introduzido pela legislação processual portuguesa, no começo do século e com as alterações posteriores (...). Cabe a Portugal a primazia no movimento renovador que culminou com a criação do despacho saneador nos moldes de sua atual legislação adjetiva” (*Op. Cit.*, p. 24).

¹⁸⁹ No item 7 da exposição de motivos do CPC de 1939 consta o seguinte: “O terceiro ponto, finalmente, é o relativo às nulidades, que sempre foram o instrumento da chicana, das dilações e dos retrocessos processuais. Os males do processo tradicional foram agravados com um enxame de nulidades, a que os litigantes sempre recorreram insidiosamente quando lhes faltavam os recursos substanciais com que apoiar as suas pretensões. A nulidade tinha um caráter puramente técnico ou, antes, sacramental. Era a sanção das violações das regras do processo em atenção exclusivamente ao espírito de cerimônia e de formalidade, ainda que de tais violações não decorresse nenhum prejuízo para as partes e os atos praticados fossem absolutamente aptos à finalidade a que o processo os destinava. O projeto submeteu as nulidades a um regime estrito, só as admitindo em casos especiais, quando os atos não possam ser repetidos ou sanadas as irregularidades. Estabelecendo, ainda, que o juiz, antes de começado o período de instrução, profira o despacho saneador, em que deverá mandar que o processo seja a tempo expurgado dos seus vícios, o projeto remove, de modo inteiramente satisfatório, uma das causas mais importantes de desmoralização do processo e uma das fontes mais abundantes das insídias, surpresas e injustiças em que era tão rico o processo tradicional.”

prática forense, quando, por não ser conferida a devida importância à fase de saneamento, o processo avança eivado de vícios, muitas vezes sanáveis.

À época, o art. 293 do CPC de 1939 estabelecia que “*decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez (10) dias*”.

Em seguida, no art. 294, o código (ao final da sua vigência) previa as providências deveriam ser tomadas pelo juiz a fim de que o processo somente avançasse quando livre de vícios.¹⁹⁰

Não havia, no CPC de 1939, a previsão para realização de audiência preliminar (fosse para conciliação ou para saneamento e organização do processo), apesar de na exposição de motivos o legislador pretender um *processo oral*:

Si a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo; si o problema era, em suma, de racionalizar o processo, adaptando-o às formas mais precisas adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões, a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente. O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público: substitue a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas. O ponto é importante. No processo em vigor o juiz só entra em contacto com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as coisas e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, si não as viu e ouviu, si não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, si no escrito não encontra a atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras ou o seu discurso? Que juízo formará sobre a situação dos lugares e a condição das coisas, descritas no laudo pericial, si de uma e de outra não tem nenhuma impressão pessoal? Tudo quanto foi objeto de prova, visto apenas através da transcrição de impressões alheias, o juiz o colocará no mesmo plano, por lhe faltar precisamente o critério pessoal, único que o autoriza a medir o valor das provas, a graduar o seu peso, a conferir a cada uma o seu coeficiente específico na formação do juízo. O processo oral coloca à disposição do processo judiciário,

¹⁹⁰ CPC/39. Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I - decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II - mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III - examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; IV – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará, suprir as sanáveis bem como as irregularidades; V – determinará, ex-officio ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não haja feito, e indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129.

exatamente o método que torna possível ao espírito humano a aquisição de certezas mais ou menos satisfatórias nos domínios até então entregues ao jogo e às preferências da opinião.¹⁹¹

Pela leitura dos arts. 295 e 296, do CPC de 1939¹⁹², nota-se que após o “despacho saneador” poderia ser marcada diretamente a *audiência de instrução e julgamento*, sem realização de prévia “audiência de conciliação” (preliminar). Registra Leonardo Greco que “apesar do entusiasmo demonstrado pelo codificador com a oralidade, esta não se estendia ao saneador, proferido por escrito”¹⁹³.

As partes não eram instadas a participarem da formação da decisão (influenciar no convencimento do juiz), apenas para suprirem eventual nulidade, depois de já constatadas pelo juiz (CPC/39, art. 295). O “despacho saneador” era um ato solitário do juiz, típico da fase metodológica vivida pelo direito processual à época.

3.4.2.c. O CPC de 1973: do despacho saneador à audiência preliminar.

Como visto, o Código de Processo Civil de 1939, apesar de teoricamente prestigiar a oralidade, não trazia a previsão de realização de audiência no momento do “despacho saneador”.

Tratando ainda do antigo instituto, o art. 293 do CPC de 39 estabelecia que “decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez (10) dias”, prevendo, em seguida (art. 294)¹⁹⁴, as providências que deveriam ser tomadas pelo juiz.

¹⁹¹ CAMPOS, Francisco, Exposição de Motivos do Ministro da Justiça.

¹⁹² CPC/39. Art. 295. Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze (15) ou trinta (30) dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de quarenta e oito (48) horas, proceda na forma dos ns. I e II do artigo seguinte.

Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador: I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes; II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito.

¹⁹³ GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo código de processo civil, Revista Eletrônica de Direito Processual, Núm. 8-2011, Julho 2011, p. 575.

¹⁹⁴ CPC/39. Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I, decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II, mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III, examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; IV – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará, suprir as sanáveis bem como as irregularidades; V – determinará, ex-officio ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não haja feito, e indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129.

Se houvesse necessidade de sanar eventuais nulidades ou irregularidades, bem como a realização de alguma diligência, o juiz fixaria prazo para cumprimento do ato, e, findo o prazo, os autos retornariam ao gabinete para que o juiz eventualmente determinasse a realização de audiência de instrução e julgamento e/ou o comparecimento das partes e perito (CPC/39, arts. 295 e 296).

Mesmo com a entrada em vigor do Código de Buzaid, manteve-se (na redação original) a previsão do famigerado “despacho saneador”, sem indicar a realização de audiência nessa fase.¹⁹⁵

Pouco depois de sua entrada em vigor, a lei n.º 5.925, de 1º de outubro de 1973, que retificou diversos dispositivos do Código, alterou a redação original do art. 331,¹⁹⁶ e também alterou a criticada nomenclatura conferida ao instituto, estabelecendo que a seção passaria a se chamar “do saneamento do processo”, sepultando o “despacho saneador”.

Todavia, continuou não havendo previsão para a realização de audiência nessa fase do procedimento. Como destaca Junior Alexandre Moreira Pinto, “até o ano de 1995, prevalecia o posicionamento do legislador de 1973, em que o então chamado ‘despacho saneador’ se dava de forma escrita, sem qualquer contato do juiz com as partes”.¹⁹⁷

Somente com a entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13.12.1994¹⁹⁸, com nova redação conferida ao art. 331, passou a haver previsão para a realização da chamada “audiência de conciliação”¹⁹⁹, realizada após a fase postulatória.

¹⁹⁵ CPC/73. Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - deferirá a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II - designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.

¹⁹⁶ Que passou a ter a seguinte redação: “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II - designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se”.

¹⁹⁷ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa Petenti e o Contraditório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144.

¹⁹⁸ Athos Gusmão Carneiro indica essa ter sido “uma das mais relevantes alterações do CPC” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência...* p. 179).

¹⁹⁹ CPC/73. Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas secções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Tachar a audiência como “de conciliação” retirou a importância do ato, pois sugeria que aquele era seu único objetivo. A qualificação foi alvo de crítica, pois diminuía sobremaneira a importância da audiência, que, embora tachada de conciliatória, já era também saneadora do processo e organizadora da instrução probatória.²⁰⁰

Inspirado na previsão do Código de Processo Civil tipo para América Latina²⁰¹, a inclusão da audiência nessa fase prestigia a oralidade, e tem como objetivo propiciar um momento vis-à-vis entre todos os atores do núcleo processual (autor, réu e juiz), estimulando o diálogo direto e imediato entre eles, seja para tentativa de conciliação, para oportunizar o saneamento de eventual irregularidade ou para organizarem, conjuntamente, a instrução probatória.²⁰²

Posteriormente, com a alteração promovida pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, quando se que passou a tratar o ato como *audiência preliminar*²⁰³, adequou-se melhor seu “rótulo” (embora muitas vezes não tenha havido, na prática forense, a devida valorização do ato pelos operadores), atendendo às críticas da doutrina.

²⁰⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência... p. 180.

²⁰¹ “Lastreados no movimento de unificação em matéria de processo civil, com vistas às novas tendências, especificamente nas ideias de Mauro Cappelletti, alguns juristas se reuniram para a elaboração do denominado Código Tipo ou Modelo de Processo Civil Latino-americano e, também, Ibero-americano, já que integravam Espanha e Portugal. O desiderato foi a constituição de um processo com característica primordial de oralidade, por audiência, consagrando o princípio do imediatismo, concentração, eventualidade e publicidade, além do ativismo do magistrado. Nada obstante a premente necessidade de unificação não se preocupou na elaboração de uma lei uniforme para todos os países integrante, haja vista suas vicissitudes e peculiaridade, mas sim na formação de um código tipo ou modelo, a fim de que os países interessados, em desejando, utilizassem seus preceitos inovadores, adequando-os sua realidade. A unificação não alcançaria o resultado desejado, cabendo a cada país pinçar idéias contidas no Código Tipo, que se identifiquem com sua realidade. O projeto do código modelo foi apresentado em 1982 na Guatemala e aprovado em Jornadas de 1988 no Rio de Janeiro/Brasil. Todo trabalho foi conduzido pelo Instituto de Direito processual Latino-americano, criado em 1958, em memória de Eduardo J. Couture” (ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. Saneamento do processo... p. 40-1)

²⁰² Segundo Luiz Rodrigues Wambier, “a inclusão da audiência preliminar em nosso sistema processual se deu sob expressa (e confessa) inspiração do Código Modelo de Processo Civil para a América Latina, idealizado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual e que se revela um extraordinário modelo de lei processual, construído sob os expressivos fundamentos da efetividade e da integração dos diversos sistemas processuais da América Latina e da península ibérica” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de Redução da atividade recursal das partes. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier-formatado.pdf>, acesso em 20/08/2014).

²⁰³ CPC/73. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

Lamenta-se, apenas, que a mesma lei incluiu o parágrafo terceiro no art. 331, do CPC/73, mitigou a obrigatoriedade da designação da *audiência preliminar*, ao estabelecer que “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”.

3.4.2.d. O NCPC: *saneamento e organização do processo*.

Novamente alterando a nomenclatura do ato, em clara tentativa de abarcar as atividades exercidas na fase, o NCPC trata “Do Saneamento e da Organização do Processo”, estabelecendo o seguinte no art. 357, *in verbis*:

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.

Foram expressamente incluídos dois importantes pontos a serem tratados na *decisão de saneamento e de organização do processo*, que não constavam anteriormente: (i) a distribuição do ônus da prova e (ii) as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

A expressa previsão de que o juiz deve indicar o ônus da prova e delimitar as questões de direito relevantes ao deslinde da controvérsia prestigiam orientação da processualística contemporânea que prega, dentre outras coisas, a lealdade processual e a vedação de que o juiz decida com base em fundamento de fato e direito não debatido previamente pelas partes.

Também em primeira análise, as previsões dos §§ 1º e 2º se apresentam igualmente interessantes²⁰⁴, mormente pelo fato de que *infelizmente* o legislador retirou, como

²⁰⁴ NCPC. Art. 357. (...) § 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.

regra, a realização da audiência para saneamento e organização do processo, apesar de possibilitar sua realização, agora como exceção²⁰⁵, prevendo, entretanto, uma “audiência de conciliação ou de mediação” na fase inicial do processo, antes da apresentação da defesa.²⁰⁶

Realmente essa audiência inicial é anseio de alguns doutrinadores, dentre eles Castro Filho, para quem a audiência na fase inicial, antes da resposta, já deveria adotada pelos juízes, com base no art. 125, IV, do CPC/73.²⁰⁷⁻²⁰⁸

Entendemos, todavia, que embora sempre salutar a efetiva tentativa de conciliação, é de se refletir sobre a inserção no processo de uma audiência com finalidade exclusivamente conciliatória, o que não ocorre hoje com a *audiência preliminar*.

3.5. Tríplice finalidade da *fase de saneamento*: Conciliação, Saneamento do processo e Organização das Atividades Instrutórias.

3.5.1. Considerações introdutórias.

A *fase de saneamento* não pode, sob qualquer aspecto, ser vista apenas como tentativa de conciliação ou só para expurgo de eventuais nulidades, mas também para a organização da instrução processual.

Pela complexidade e importância dos atos previstos para a fase, torna-se essencial para o atingimento dos fins constitucionais do processo, principalmente a obtenção de uma

§ 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.

²⁰⁵ NCPC. Art. 357. (...) § 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.

²⁰⁶ NCPC. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

²⁰⁷ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Poderes conciliatórios do juiz (*in* Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 320.

²⁰⁸ Igualmente, Gustavo Quintanilha Telles de Menezes indica que “a toda evidência, o ideal consistiria na proposição pelo magistrado de adoção de métodos alternativos de solução de conflitos antes da abertura de prazo para contestação, tal como proposto no Projeto de Novo Código de Processo Civil, pois o exercício do ônus de impugnação dos argumentos da inicial deflagra a adversariedade do réu e reduz a possibilidade de êxito da composição” (MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. Atuação do juiz na direção do processo. *In O Novo Código de Processo Civil: Direito em perspectiva (reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 189).

decisão judicial *justa*, que seja conferida, na prática forense, a real atenção que a fase de saneamento merece.

Todavia, a vivência forense nos leva à constatação de que, sob “argumento” de conferir ao processo maior efetividade e celeridade, os operadores do direito não tem conferido a adequada importância à *fase de saneamento*. No processo civil de “metas”, a atenção ao procedimento tem sido relegada.²⁰⁹

Constata-se a profusão de decisões “genéricas”, que serviriam para “fundamentar” quaisquer decisões; instrução probatória deficiente, apurando-se pontos impertinentes e não apurando pontos relevantes; “tentativas” de conciliação sem a presença física das partes, apenas com intimação para “informarem se há possibilidade de acordo”.

Diversas são as situações que nos levam à conclusão de que - diuturnamente - nos afastamos do processo equo e justo, pela inobservância do *formalismo*, com supressão das fases processuais. Como visto, o *formalismo* é importante para a adequada organização processual e evitar arbítrios do órgão julgador.

Provavelmente, a fase processual mais atingida pelos nefastos efeitos do “processo civil de metas” é a de *saneamento*, talvez a mais importante delas, pois, se bem conduzida, poderia propiciar um processo mais célere, efetivo e justo. Diz-se isso porque

[...] a intenção e o propósito do legislador processual da reforma, quando busca entrelaçar o instituto do antigo despacho saneador, com a audiência obrigatória das partes, a fim de que se possa, ao ensejo dela, assegurar o encontro dos personagens do processo com o esperado e amplo sentido de sua efetividade. É nessa concentração de atos e atividades que deve realizar o expurgo das nulidades, irregularidades e irrelevâncias, como ensejar a discussão democrática dos pontos controvertidos, atendendo-se, em essência, ao princípio do contraditório e do envolvimento das partes e do juiz com a solução ética do encaminhamento da demanda para o seu breve, tanto quanto possível, desfecho.²¹⁰

²⁰⁹ “O mais grave é que, corriqueiramente, não existe preocupação com o pano de fundo institucional e democrático que deveria embasar os movimentos reformistas, e as soluções apresentadas privilegiam mais a análise pragmática e possíveis decorrências utilitaristas (eficiência) da alteração implantada do que uma estruturação constitucionalmente adequada. Percebe-se que a ausência de maiores preocupações de fundo decorre da imposição, como verdade última, das bases do denominado ‘Processo civil social’ (*soziale Zivilprozess*), mesmo que, na prática e sob o nome teórico de ‘socialização’, imponha-se uma aplicação em massa, em escala industrial, de uma ‘prestação jurisdicional’ em perspectiva neoliberal, que não se preocupa com uma participação cidadã (que pressuporia público), mas, sim, com uma justiça de números, que conta, somente na teoria, com juízes com sensibilidade e formação humanística adequada (sociológica, filosófica, administrativa, política e econômica) para garantir a aplicação de uma razoabilidade (devido processo legal na dimensão substancial ou material) na aplicação dos direitos” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional...* p. 44).

²¹⁰ ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento do processo...* p. 9.

A fase de saneamento, mais precisamente sua segunda etapa, a *audiência preliminar*, tem tríplice finalidade: estimular (efetivamente) a conciliação, decidir as questões processuais pendentes (*decisão em saneamento*) e organizar a instrução probatória.

A legislação processual de 1973 estabelecia que não sendo caso de caso de ‘extinção do processo’ (art. 329) ou de julgamento imediato de mérito (art. 330) o juiz, como regra, designaria *audiência preliminar*.

Nessa oportunidade, o juiz, em contato direto com as partes e seus procuradores, procura resolver amigavelmente a causa, mas se tal não for possível, resume os pontos controvertidos e ouve as partes sobre as provas que efetivamente pretendem produzir (especificação das provas).²¹¹

A doutrina é praticamente uníssona sobre essas três finalidades da *audiência preliminar*. Há, ainda, quem acrescente uma quarta finalidade, a *designação, se necessária, da audiência de instrução e julgamento*²¹².

3.5.2. Retomada da oralidade.

É certo que “a reação contra o formalismo do processo escrito e a inércia do juiz surgiu no século passado com o retorno à oralidade, operado pelos sistemas alemão e austríaco. Quebrava-se enfim a longa praxe medieval, que roubara ao processo a visão de sua finalidade e de seu caráter instrumental”.²¹³

Vê-se que a retomada da oralidade - apregoada pela unificação processual promovida pelo código de 1939²¹⁴ - foi, no século passado, uma reação contra o formalismo *excessivo* do processo escrito e contra a inércia do juiz.

Hoje, quase cem anos depois da unificação da legislação processual, necessário se faz um novo e contemporâneo retorno à oralidade, com vistas a afastar os mesmos males.

²¹¹ LOPES, João Batista. A prova..., p. 60.

²¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência... p. 17.

²¹³ LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª. ed. 1990, p. 36.

²¹⁴ Na exposição dos motivos do código o legislador expressamente ressaltou a importância da oralidade.

A retomada da oralidade, que iniciou timidamente no CPC de 1939, provavelmente teve seu ápice com a reforma processual de 1994, com a previsão de obrigatória realização de “audiência de conciliação”²¹⁵. Foi inspirada pelo Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, que prevê em sua parte introdutória a *oralidade* (em sentido lato) como princípio orientador do processo:

La oralidad, por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia, es entendida en el sentido general, aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los Derechos de fondo, en el proceso planeado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvencción en su caso, ‘la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios (etc.). [...] Buscamos de esta manera revertir el sistema actual de proceso escrito en Iberoamérica, “desesperantemente escrito” como lo calificara Couture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad. Se trata del régimen procesal derivado del Bajo Imperio, modificado por el Derecho intermedio romano-canónico vigente en la época colonial que heredamos, hace más de un siglo, con ya varios de atraso.

Entretanto, no Brasil, a oralidade novamente perdeu força com a reforma de 2002, que retirou a obrigatoriedade da “audiência preliminar”, e, parece ainda mais enfraquecida com o disposto no § 3º do art. 357, do NCPC.

A oralidade, com origem no processo clássico romano, vive em movimento pendular desde os primórdios do direito (quando sequer se concebia uma ciência processual autônoma). Por vezes é tida como a solução para a efetividade do processo, noutras é vista como seu grande mal. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra.²¹⁶

A oralidade é, sem dúvida, instrumento destinado a impingir celeridade e efetividade ao processo, na busca de sua almejada *razoável duração*, pois (i) funciona como facilitador da *conciliação*, ao promover um “encontro” entre as partes em um ambiente neutro, afastado do que deu origem ao litígio; (ii) propicia *contato direto e imediato* do julgador

²¹⁵ “À audiência preliminar, assim concebida, tem aspiração de ser *palco da conciliação e da organização do processo*. À grande importância da audiência de instrução e julgamento como *palco da oralidade* quando se cuidava de buscar boa qualidade dos julgamentos (Liebman) equivale a da audiência preliminar em relação ao incremento da boa ordem processual e da conciliação como meio alternativo para a pacificação social – muito mais rápido e de superlativa legitimidade social” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 116.

²¹⁶ “O princípio da oralidade foi compreendido com meio de resolução de todos os males que sempre fustigaram o processo (burocracia, lentidão e pouca efetividade). Contudo, com o passar dos anos, verificados na prática seus ‘defeitos’, inversamente exacerbou-se a crítica ao princípio da oralidade, atribuindo-lhe culpas que não lhe são próprias” (HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado, p. 84-5).

com as partes e provas (princípio da *imediatez*); (iii) permite a *concentração* de vários atos em um único momento processual; (iv) além, é claro, de *fomentar o diálogo* entre todos os sujeitos do processo, não apenas para conciliação, mas para a condução do processo dali em diante.

A *audiência* é o ato processual em que a *oralidade* se manifesta de forma mais completa, em todos os seus aspectos, pois “nela busca-se a efetiva participação das partes e procuradores, com o fim de realizar-se atos processuais mais efetivos e justos. É a democratização do processo na busca da verdade”.²¹⁷

A audiência deve ser bem conduzida, as partes e seus procuradores devem estar presentes e bem preparados. Não menos importante é a participação ativa do juiz, seja para efetivamente tentar a conciliação, bem como para conduzir os debates de forma ética e ordeira, inclusive através de seu “poder de polícia”.

É claro que se as audiências não forem bem conduzidas, (i) se não se buscar efetivamente a conciliação, (ii) se o saneamento não for eficiente, permitindo que o processo avance com vícios; e (iii) se os debates não se concentrarem naquilo que realmente é relevante (organização processual), a oralidade realmente se tornará um estorvo ao processo e à sua razoável duração.

Por outro lado, é a audiência que propicia o contato mais imediato e duradouro entre os atores do núcleo processual, nela as partes podem se dirigir diretamente ao Estado-juiz (ainda que seu advogado esteja presente), sendo ouvidas por aquele que tomou para si o monopólio da jurisdição. Em audiência, as partes tem o seu verdadeiro “dia na corte”.

Com o diálogo franco e leal propiciado pela *oralidade* da audiência, prestigia-se a participação no processo daqueles que sofrerão os efeitos da decisão judicial, eleva-se o valor da democracia. Na legislação processual de 1973 (art. 331), a *audiência preliminar* foi esse “ponto de encontro” dos atores do núcleo processual, criado pelo legislador reformista nos idos de 1994.

²¹⁷ FRANCO, André Ricardo. *Op. Cit.*, p. 62.

3.6. Audiência preliminar.

3.6.1. Breve introito.

O CPC de 1973, até a entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, não trazia a previsão de realização de audiência no momento do “despacho saneador”.²¹⁸

Inexiste consenso na doutrina sobre a origem de uma única fonte histórica para a previsão de realização da *audiência preliminar* (não do “despacho saneador”).²¹⁹

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro registra que a audiência preliminar remonta à antiguidade, com os sumérios, passando posteriormente aos gregos e por fim aos romanos, mas que, no direito moderno, com a evolução da ciência processual, o instituto da audiência preliminar teria sido introduzido pelo *Regolamento Italiano (prima udienza)* e trasladada para a *ZPO* austríaca e também Alemã.²²⁰

A doutrinadora indica, ainda, que objetivando aos mesmos efeitos da audiência preliminar, os escoceses (1868) e os ingleses (1883) criaram a audiência de *Summons for directions*, em que o processo britânico passou a ser constituído de duas etapas. Na primeira solucionava-se as questões preliminares, na segunda decidia-se o mérito.²²¹⁻²²²

O português, Paulo Pimenta, indica, taxativamente, que a previsão para a realização da audiência preliminar tem origem na *ZPO* austríaca, que, por sua vez, influenciou a *ZPO* alemã.²²³

²¹⁸ “Com o advento do Código de BUZAID (1973), o sistema manteve a oralidade, mas de maneira bastante mitigada, quase abandonada em favor da escrita” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano*. R. Jur. UNIJUS, Uberaba/MG, V.9, n. 10, p.77-95, Mai. 2006, p. 80).

²¹⁹ HOFFMAN, Paulo. Saneamento Compartilhado, p. 101.

²²⁰ CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. *Op. Cit.*, p. 25.

²²¹ CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. *Op. Cit.*, p. 25.

²²² “O objetivo da primeira fase, denominada de *pleadings*, é a formação das questões de fato e de direito. É nesta fase que as questões preliminares serão resolvidas, mais precisamente ao final desta, por ocasião da audiência chamada de *summons for Directions*. O *Master*, nesta ocasião, pode não apenas decidir as questões preliminares, mas entrar no julgamento de mérito, se for possível. Aliás, a resolução dos casos nesta fase afigura-se solução prática, eficiente e econômica, eis que inclusive se evita a onerosa fase probatória.” (ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/5723-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar-5555>, acesso em 20/01/2015)

²²³ “A origem desta audiência encontra-se no direito austríaco. De acordo com o regime instituído nos §§ 230, 321 e 239 lei processual austríaca (OZPO), tal audiência tem em vista a discussão oral da cauda, sendo convocada logo após a apresentação da petição inicial, tendo o réu a oportunidade de aí apresentar a sua contestação por escrito (cfr. Os §§ 239.2 e 243.1 da ÓZPO). Mais tarde, o direito alemão adotou regime semelhante ao austríaco. Nos termos do § 272 da lei processual alemã (ZPO), antes de atingida a audiência final, na sequência da qual se porá termo á questão

É também o que sugere Darci Guimarães Ribeiro, registrando que a audiência é realizada antes mesmo de oportunizar ao réu a apresentação de defesa e que, no ato, analisa-se também a possibilidade, ou não, de o processo avançar às discussões meritórias.²²⁴

Em obra clássica, Galeno Lacerda também indica que, no direito moderno, com retomada da oralidade, foi na Áustria e na Alemanha que se impôs a concentração da atividade saneadora em audiência²²⁵, no que foi acompanhado por André Ricardo Franco.²²⁶

Fazendo referência ao juízo preparatório do *pre-trial*, norte americano, André Antônio da Silveira Alcântara identifica pontos de contato entre o instituto criado em 1932, pelo juiz Joseph Moynihan e a audiência preliminar introduzida em 1994 em nosso ordenamento.²²⁷

(cfr. o § 278 da ZPO), a preparação do processo pode ser feita por suas vias, conforme determinada do juiz: - uma audiência oral (cfr. o § 275º. Da ZPO) ou um procedimento escrito (cfr. o § 276 da ZPO). A referida audiência oral corresponde à audiência preliminar e, tal como no direito austríaco, tem lugar depois apresentada a petição inicial, para ela sendo convocados o autor e o réu, podendo este deduzir aí a sua contestação escrita, invocando os seus argumentos defensivos e reconventionais. Tal audiência, para além de servir para tentar conciliar as partes (cfr. o § 279 da ZPO), desempenha uma função preparatória da audiência final, aí sendo tomadas providências relativas às questões de índole processual” (PIMENTA, Paulo. *A fase de saneamento...* p. 211).

²²⁴ Darci Guimarães Ribeiro. Audiência preliminar e oralidade. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 759, ano 88, jan. 1999, p. 775.

²²⁵ “Com a volta da oralidade, em alguns sistemas processuais modernos notadamente na Alemanha e na Áustria, se impôs a necessidade da concentração da matéria na audiência, isto obrigou a um trabalho prévio seletivo e simplificador, do material de conhecimento. Embora nem sempre haja a separação da preliminar e do mérito, pois que ambos podem ser julgados na audiência, é inegável que da fixação prévia da controvérsia a determinados pontos resulta economia processual, e se considerarmos que, em algumas leis, o tribunal, singular ou colegiado, pode, de-ofício, conhecer de preliminares, não há como recusar ao fato analogia com despacho saneador” (LACERDA, Galeno. *Despacho...* pp. 43/44).

²²⁶ “Esta audiência, prevista na ZPO Austríaca é a primeira audiência técnica, para o procedimento perante os *Gerichtshöfe*, sendo realizada antes mesmo da oportunidade ao Réu o direito de se defender. Neste momento ainda não se sabe se haverá ou não resistência do Réu à pretensão do Autor. Por outro lado, esta audiência pode destinar-se, também, à discussão do mérito, quando perante o procedimento *Bezirksgerichte*. Assim, a instituição desta primeira audiência busca a divisão dos processos em duas classes: os que podem e os que não podem adentrar ao mérito da causa, de tal modo que os tribunais se desembarquem destes para, desde logo, adentrar naqueles. Assim, a finalidade primeira desta audiência é a economia processual, com função básica de reduzir o volume de serviço nos tribunais e, secundariamente, as funções relevantes de saneamento do processo e de preparação de debate sobre o mérito. O conteúdo desta audiência pode variar de acordo com o tipo de preliminares levantadas pelo réu ou requerimentos suscitados pelas partes, bem como dos atos a serem praticados pelo juiz.” (FRANCO, André Ricardo. *Audiência preliminar...* p. 134).

²²⁷ “O magistrado norte americano Joseph Moynihan, no ano de 1932, criou em Detroit o *pre-trial*, consistente no juízo preparatório ao julgamento da demanda. Estabelecia que por volta de duas semanas antes de se colocar a demanda em julgamento, seriam as partes demandantes instadas para comparecerem diante do juízo preparatório. Durante o ato, em diálogo com os advogados, após tentativas de concessões, o magistrado, que não seria o mesmo vinculado ao julgamento do feito, fixado o efeito ponto de divergência propondo um acordo a esse específico respeito. Se baldada a tentativa de acordo a demanda seguia julgamento perante o juiz do efeito com a controvérsia bem delimitada pelo julgamento preparatório. Com essa sua finalidade, á guisa de buscar economia processual, em especial sob o aspecto celeridade, o sistema *pre-trial* foi acolhido pelas Federal Rules of Civil Procedure. Nas afirmações de Cândido Naves, reportando-se ao testemunho de Sunderland, professor de direito da Universidade de

Em que pese às posições divergentes, o que há de comum na doutrina é que, na nossa legislação processual, a previsão para a realização do ato decorre de influência direta do Código de Processo Civil Tipo para América Latina (obra de cunho doutrinário, não legislativo), que objetiva uma relativa unidade do sistema processual dos países latino americanos, sem a intenção de que seja integralmente acatado, mas sim adaptado às características e tradições de cada país.²²⁸

A audiência preliminar é ato processual *solene* (no sentido de que devem ser observadas suas formalidades) e complexo (na medida em que se desenvolvem várias atividades). Atende ao *princípio da oralidade*, bem como à *publicidade*²²⁹ e *imedição*.

3.6.2. Importância da audiência preliminar no processo civil pautado pela cooperação. O “dia na corte”.

Há na doutrina quem duvide da importância e eficiência da audiência preliminar, acreditando que o ato gera uma sobrecarga que não contribui para desafogar o judiciário.²³⁰

Michigan, a prática do *pre-trial* foi introduzida no sistema americano em substituição ao tradicional jogo de esconderijos e disfarces por uma apresentação clara, prática e eficiente da realidade dos fatos. Inocultável a proximidade do saneamento, como figura do nosso sistema processual atual, com este juízo preparatório criado pelo juiz Joseph Moynihan, notadamente diante do novo contexto em que o juiz, ao cobro da de ordinatória, não convicto á extinção do processo e ao julgamento antecipado da lide, designa audiência preliminar, nos termos do consubstanciado no artigo 331 do Código do Processo Civil, durante o que, em diálogo com as partes e com seus patronos, tenta-se um acordo, fixa as questões controvertidas, com fundamento nas quais estabelece as provas pertinentes ao convencimento final. Importante observar que no juízo preparatório (*pre-trial* americano, na busca de acordo e delimitação da demanda, a audiência antecedia ao julgamento, enquanto no sistema brasileiro a audiência preliminar precede a fase instrutória. A despeito dessa diferença de momento do processo, da mesma forma como se fez com a *litis contestatio*, há identidade no conteúdo do ato, em que, ante sua complexidade, tenta-se uma composição acerca do objeto da demanda, em seguida, restando infrutífera, delimita-se a controvérsia para obsequiar o julgamento. No caso do sistema brasileiro, a audiência preliminar, com seu escopo de buscar a conciliação, fixação dos pontos controvertidos e saneamento, foi introduzida, ao que se vê, em momento mais adequado, porque possibilita limitar a produção das provas pertinentes, em introdução probatória, com vistas a julgamento não só mais fácil, em cotejo com a delimitação feita, mas mais célere pela restrição da instrução às provas pertinentes.” (ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento...* pp. 29 e 30.

²²⁸ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*, p. 100.

²²⁹ A publicidade, como regra geral dos atos processuais, é expressamente prevista no art. 155, *caput*, do CPC/73, bem como no art. 93, IX, da Constituição Federal. O novo CPC traz, em seu art. 11, *caput*, a previsão de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, com a ressalva, é claro, dos processos que tramitam em segredo de justiça.

²³⁰ Nesse sentido é a posição de Costa Machado “por fim, queremos deixar consignada a nossa dúvida a respeito da eficiência dessa audiência preliminar para desafogar o judiciário, uma vez que a figura ora instituída representa duplicação de atos, complicação, e não simplificação do procedimento. Desconfiamos, sobretudo, porque, dada a inexistência de sanção – que não poderia mesmo existir -, o réu, já em pleno clima de beligerância por causa da contestação e da réplica, e por isso mesmo não muito interessado em acordo a essa altura, com maior frequência não comparecerá à audiência.” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri/SP: Ed. Manole, 2009, p. 378).

Discordamos veementemente desse entendimento. A audiência preliminar é de extrema relevância na atual fase da ciência processual, como instrumento posto pelo legislador à disposição dos operadores do direito para, em momento crucial do processo (antes da fase instrutória), *propiciar um encontro entre todos os atores do núcleo processual*, estimulando o diálogo judicial.

Se bem utilizada, não se limitando a um simples “tem acordo?”, a audiência preliminar pode imprimir a propalada celeridade, e, sobretudo, prestigiar o *contraditório* na forma em que é atualmente concebido, como *poder de influência e dever de debate*.

Durante o ato, é possível instituir a tão almejada “comunidade de trabalho”, com cada um dos atores do núcleo processual assumindo suas responsabilidades endoprocessuais, para um adequado *saneamento do processo* (não tendo sido possível a conciliação) e, sobretudo, para uma eficiente *organização* da fase seguinte (probatória). Valemo-nos da lição de Humberto Theodoro Júnior para manifestar nossa posição:

A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável. Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, iniciada por Franz Klein em sua festejada Özpo (Ordenança Processual Civil austríaca), de 1895, e atualmente revigorada pelas reformas alemãs da ZPO mediante a Vereinfachungsnovelle, de 1976, pela reforma Woolf do novo processo civil inglês, pela Ley de enjuiciamiento civil espanhola e outras europeias conduzem à conclusão 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. Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastante somente uma percepção simples que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável. Os sujeitos processuais, assim, devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, efetivamente preparando-se para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido. É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados. Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado do que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao

critério de bem comum desse órgão judicial. Não se pode, como já se disse, colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo, deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantido-se debate e ao mesmo tempo processos mais rápidos. Impõe-se, no moderno Estado Democrático de Direito, a releitura do contraditório "como garantia de influência (das partes) no desenvolvimento e resultado do processo". O delineamento dessa moderna concepção isonômica do contraditório se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.²³¹

É importante registrar com José Souto Maior Borges que “o antagonismo de posições das partes não é obstáculo à dialética, antes a viabiliza. A dialética não é a morada do consenso, mas o diálogo regrado. O entrechoque de opiniões é, também ele, diálogo”.²³²

Indubitável que a evolução legislativa que culminou com a introdução da *audiência preliminar* no ordenamento processual civil visa a atender à garantia do contraditório, tal qual deve este princípio hodiernamente ser compreendido²³³.

Nada mais fez o legislador do que fazer transparecer a conduta do juiz às partes. Privilegiou-se o diálogo, em detrimento de decisões tomadas solitariamente. A exigência legal do debate, quanto à fixação dos pontos controvertidos, bem como o deferimento dos meios de prova, incluindo a exigência de esclarecimento aos litigantes sobre seus ônus probatórios, traduz-se na efetividade do contraditório. Somente entendida dessa forma, é que a audiência preliminar atingirá seus escopos.²³⁴

Portanto, se bem utilizado, o instituto (audiência preliminar) certamente contribuirá para alcançarmos a almejada *razoável duração do processo*, seja pela possibilidade de haver conciliação (ainda que parcial), por realizar o saneamento de vícios sanáveis, ou mesmo por ter o condão de otimizar o processo, com a adequada fixação dos pontos controvertidos evitando-se dilações probatórias inúteis.²³⁵

²³¹ THEODORO JR., Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 33 - Nov-Dez/2009, pp. 15 e 16.

²³² BORGES, José Souto Maior. *Op. Cit.*, p. 87.

²³³ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Op. Cit.*, p. 155.

²³⁴ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Op. Cit.*, p. 155.

²³⁵ “... sendo bem aplicada e conduzida a audiência preliminar, esta se constituirá num notável instrumento para agilizar a prestação jurisdicional, sobretudo neste tempo em que muito se tem recomendado a aplicação do instituto da conciliação, com o objetivo de reduzir a enorme carga de ações existente nos juízos e nos tribunais nacionais. Não ocorrendo a conciliação, apesar de reiteradas tentativas promovidas pelo magistrado, ainda haverá possibilidade de diminuir o tempo do processo, através do ‘saneamento compartilhado’, porque haverá: fixação ‘dos pontos controvertidos’ (§ 2º do art. 331) e produção de provas limitada a esses pontos, e, também, redução do número de agravos, porque, das decisões proferidas em audiência, caberá, em regra, o agravo retido (art. 523, § 3º, do CPC)”. (CAMBI, Accácio. *Audiência Preliminar: Meio Eficiente de Agilização da Prestação Jurisdicional*. Revista Bonijuris. Ano XXII. Núm. 554, Janeiro 2010, p. 10).

Apesar de sua inegável importância, a audiência preliminar não recebe, na prática forense, a necessária atenção.²³⁶

Castro Filho registra que louvou quando a *audiência preliminar* foi inserida em nosso sistema, mas logo percebeu “que a inovação não caíra na graça da maioria dos juízes”, porquanto “diziam que, atarefados com tanto trabalho, e já com sua pauta de audiência comprometida por meses e meses, não lhes seria possível encontrar espaço para mais uma audiência, principalmente no curto espaço de tempo imposto pelo código”²³⁷.

Costuma-se, de forma geral, apontar a audiência preliminar como um grande ponto de estrangulamento do processo, contrário à sua celeridade e efetividade.²³⁸

Importante consignar, entretanto, que os pontos de estrangulamento do processo muitas vezes não estão na lei, apesar de a ela serem imputados. Normalmente surgem da incapacidade dos operadores do direito de compreenderem e dominar a técnica.²³⁹

Então, deve-se inicialmente compreender o ato (audiência preliminar) e sua importância, para que não seja designado sem critério²⁴⁰ e sem que todos os atores do núcleo processual estejam com ele comprometidos. Assim, a não efetividade audiência preliminar somente poderá ser afirmada quando, na prática, for aplicada corretamente, conforme registra André Ricardo Franco:

Todos os sujeitos processuais devem estar empenhados para o satisfatório cumprimento de sua função no processo, buscando-se, com isso, a maior eficácia da lei e

²³⁶ “Acontece, porém, que a sua utilização não tem sido satisfatória: por falta de maior empenho de parte dos juízes na sua aplicação, forçados, talvez, pelo número excessivo de ações, que lhes são distribuídas diariamente. A prática adotada por alguns juízes no sentido de, na fase da audiência preliminar, determinar a intimação das partes para se manifestarem sobre a possibilidade de acordo e, não havendo a resposta positiva, proceder o julgamento antecipado, ou o saneamento do processo, omitindo a realização da audiência preliminar – tentativa de conciliação, fixação dos pontos controvertidos, deferimento das provas, em ‘saneamento compartilhado’ –, não atende ao espírito da lei processual civil.” (CAMBI, Accácio. *Op. Cit.*, p. 12).

²³⁷ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Op. Cit.* 319.

²³⁸ Apesar de reconhecer a importância do ato, João batista Lopes parece concordar que a audiência preliminar é, em certas situações, um estorvo à celeridade: “Entretanto, é inquestionável a importância dessa audiência preliminar, que, bem conduzida pelo juiz, permitirá a conciliação das partes ou o esclarecimento das questões discutidas nos autos. É certo, porém, que, nas comarcas com grande volume de serviço, sobredita audiência poderá agravar o quadro da morosidade da injustiça e frustrar os objetivos perseguidos pelo legislador” (LOPES, João Batista. *A prova...*, p. 61).

²³⁹ Ressalta o magistrado André Antônio da Silveira Alcântara que “muda-se a lei, com seguidas reformas, sem se atentar que muitas vezes as contramarchas decorrem de circunstâncias extraprocessuais, as quais permanecem inabaladas, mesmo depois da alteração legal” (André Antônio da Silveira Alcântara. *Saneamento ...* p. 115)

²⁴⁰ “... não serão poucos os casos em que magistrados irão designar a audiência preliminar sem critério, ou melhor, sem se atentar ao seu momento processual, qual seja, do julgamento do processo no seu estado, deixando para melhor apreciar todas as questões suscitadas somente após a audiência, invertendo a ordem das coisas, em prejuízo das partes e seus advogados” (ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira. *Saneamento* p .106)

consequentemente da audiência preliminar, no alvitre de se alcançar a efetividade do processo. No entanto, o que se vê na prática, ao lado da severa crítica da ineficácia da audiência preliminar, são profissionais desobrigados com o seu dever, com o seu compromisso com os clientes e com a sociedade. A audiência preliminar não é empregada da forma correta. Juízes e advogados, muitas vezes desconhecedores do processo, fixam pontos controvertidos de forma geral, sem qualquer compromisso com a efetividade, isto quando se fazem presentes nesta audiência. Assim, a avaliação acerca da utilidade ou não da audiência preliminar somente poder ser efetuada após sua correta aplicação no processo. A omissão na sua forma de aplicação ou sua utilização errônea não pode ensejar qualquer conclusão, vem que embasada em premissa equivocada.²⁴¹

Registre-se que a audiência preliminar, enquanto ato complexo, não atinge sua finalidade somente quando há autocomposição, mas também por proporcionar o diálogo direto entre os contraditores, mesmo que frustrada a conciliação.

Se, a partir daí, “o magistrado, em cooperação com as partes e advogados, conseguiu bem fixar os pontos controvertidos e, nele lastreado, deferir as provas pertinentes, pode-se concluir pela utilidade do ato, com vistas à efetividade colimada”.²⁴²

É preciso lembrar, por fim, que “o momento da audiência corresponde ao direito do cidadão de ter o seu dia na Justiça e destina-se, exclusivamente, àquelas partes que aguardaram para ser ouvidas por aquele que não só deve conhecer o profundamente o processo, como saber a solução e, principalmente, ter poder de decisão”.²⁴³

Nesse contexto, a orientação do Código de Processo Modelo coloca a audiência preliminar como elemento central do processo, pois através dela se concretiza a reunião dos três atores do processo, permitindo através do diálogo direto (falando e ouvindo) a ratificação, a compreensão, a complementação e o esclarecimento retrospectivos do processo:

La audiencia aparece, entonces, como elemento central del proceso. Y en especial cabe destacar la audiencia preliminar que analizamos más adelante. La audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes), la forma natural de realizarse esta, conforme a su propia manera de ser: “actum triarurn personae”. Lo cual supone Esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el proceso, permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias a través de pedidos de aclaraciones), aun con las ineludibles contradicciones. Ese proceso oral es el de hablar y oír (audire-audiencia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento.

²⁴¹ FRANCO, André Ricardo... p. 127.

²⁴² ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira. *Saneamento...* p. 119

²⁴³ ANGRIGHI, Fátima Nancy. *O Instituto da conciliação e as inovações introduzidas no código de processo civil brasileiro. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 727, ano 85, maio 1996, p. 31.

[...] Además el proceso oral (por audiencia), como se planea, es el único que permite el efectivo acceso a la Justicia, que hoy se reclama insistentemente para el cumplimiento del fin social de dicho' proceso.

O direito de acesso ao judiciário, no Estado Democrático, não pode ser mais concebido apenas como o direito de movimentar a máquina judiciária, o jurisdicionado tem o direito de, ao menos uma vez, dirigir-se diretamente ao Estado-juiz, basicamente o direito de “hablar y oír”, enfim, ter o seu “dia na corte”.

3.6.3. Apenas conciliação?

A principal finalidade da *audiência preliminar*, na forma em que se encontra redigida a previsão legislativa, é evitar dilações processuais e discussões sobre o mérito da causa, quando for possível a conciliação (ainda que sobre apenas alguns pontos). Daí a obrigatoriedade, em regra²⁴⁴, de designação de audiência para tal fim.

Entretanto, não é incomum na prática forense os juízes designarem a audiência preliminar apenas para fins conciliatórios.²⁴⁵

A designação de audiência prevista no art. 331 do Código de Processo Civil não é simplesmente para tentativa de conciliação, mas também para *esclarecimento e decisão* sobre eventuais “questões pendentes” (atividades de saneamento), bem como para discussão sobre os pontos controvertidos e a organização da instrução probatória.²⁴⁶

²⁴⁴ No CPC/73 a regra geral ainda é a da audiência preliminar para saneamento e organização processual, pois o § 3º, do art. 331, estabelece apenas a exceção (“se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”). Essa situação se inverte com o novo CPC, onde (infelizmente) a regra é o saneamento e organização processo em gabinete, e a exceção a realização de audiência, na hipótese do § 3º, do art. 357 (“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”).

²⁴⁵ “Amiúdo tem-se percebido que o artigo 331 do Código do Processo Civil está sendo utilizado apenas para tentativa de composição entre as partes, Dessa forma, antes mesmo do momento do julgamento do processo no seu estado, o magistrado, no afã da composição do litígio, açodadamente, designa esta audiência. Durante o ato, não sendo possível a conciliação, encerra a audiência, chamando ao depois, os autos conclusos para outras providências, inclusive para decisão em saneamento por escrito, assim com era antes da reforma ao código. O magistrado que age dessa maneira estará invertendo a realização regular dos atos processuais, sendo essa sua conduta, e face do evidente tumulto que proporcionará ao feito, passível de impugnação, até via correção parcial” (ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento do processo...* p. 113)

²⁴⁶ ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo...*, p. 177.

Aberta a audiência, o primeiro ato do juiz é a efetiva tentativa de conciliação, não basta, como veremos mais adiante, que o juiz indague: “tem acordo?”. Isso não é tentar a autocomposição.

Percebe-se, do art. 331 do CPC/73²⁴⁷, que o legislador reformista de 1994 achou por bem que quando fosse designada a audiência preliminar (na verdade qualquer audiência), antes de se iniciar os procedimentos previstos para o ato (saneamento e organização da instrução probatória), deveria o juiz buscar uma solução consensual para o litígio.

A solução, se alcançada, conduziria o processo, com menor dispêndio de tempo e dinheiro, ao melhor dos cenários, uma sentença homologatória de conciliação.

A redação do parágrafo segundo do art. 331 do CPC/73 (“se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova”) levava, em leitura isolada e apressada, à conclusão de que a tentativa de conciliação é o principal objetivo da audiência preliminar.

Há na doutrina quem defenda esse posicionamento²⁴⁸, do qual dissentimos²⁴⁹.

Não menos importante que a tentativa de conciliar as partes é a atividade saneadora e a organização da instrução probatória, que devem ser realizadas - no processo civil

²⁴⁷ CPC/73. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º o Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

²⁴⁸ Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual...* p. 464); Alexandre Freias Câmara (*Lições...* vol. 01, p. 370); Athos Gusmão Carneiro (*Audiência...* p. 64); Fredie Didier (*Curso de direito...*, p. 505).

²⁴⁹ Barbosa Moreira indica que “além de comportar, se disponível o direito controverso, uma tentativa de conciliação, promovida em audiência (Art. 331, *caput* e § 1º), esta fase destina-se precipuamente à verificação, pelo órgão judicial, da regularidade do processo e da presença dos demais requisitos necessários para que seja viável o julgamento do mérito, bem como à adoção de providências ordenadas à preparação de tal julgamento” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo...* p. 6).

democrático - na presença e com a efetiva participação (influência) das partes e seus patronos.

O doutrinador português, Paulo Pimenta, discorrendo sobre o art. 513, do CPC português de 1939, que tratava justamente dos momentos que seguiam à frustrada tentativa de conciliação, leciona o seguinte:

Frustrada a hipótese de conciliação – ou porque não tivesse sido alcançada ou porque não pudesse ter sido tentada, e aqui, se o juiz não decidisse adiá-la -, a audiência deveria prosseguir. Nessa conformidade, de acordo com a segunda parte do art. 513º do CPC de 1939, o juiz daria a palavra aos advogados das partes, primeiro ao autor, depois ao do réu, “para que discutam as questões suscitadas nos articulados e que devem ser decididas no despacho saneador”, sendo que o juiz deveria conduzir essa discussão, garantindo que as questões fossem tratadas pela ordem por que deveriam ser resolvidas nesse despacho (cfr. o art. 514.º do CPC de 1939), podendo cada um dos mandatários usar da palavra duas vezes. Teria, portanto, lugar a discussão (debate) em vista da qual foi instituída a audiência preparatória no CPC de 1939.²⁵⁰

A citação acima tem grande relevo, pois destaca que a audiência preparatória, instituída pelo CPC português de 1939, teve como fundamento criar um momento de debate (diálogo) *vis-à-vis* entre os contraditores e o juiz.

Recordamos, nesse contexto, que o nosso “despacho saneador”, em sua origem (no CPC de 1939), foi inspirado justamente no saneador português, que já prestigiava o *diálogo* entre os atores processuais durante essa importante fase.

Importante fazer essa constatação, pois, ao que parece das primeiras leituras do NCPC, o legislador, regredindo quase um século - ao retirar a audiência preliminar da fase de saneamento e organização do processo - coloca esse importante momento processual (de saneamento e organização da fase instrutória) como um ato solitário do juiz, que somente ouvirá as partes (em último caso) para se socorrer delas, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito” (NCPC, art. 357, § 3º)²⁵¹.

Assim, pelas primeiras impressões do NCPC, concluímos que tornar a audiência a exceção (e não mais a regra), é trafegar na contramão da evolução da ciência processual,

²⁵⁰ PIMENTA, Paulo. A fase de saneamento do processo antes e após a vigência... pp. 41 e 42.

²⁵¹ NCPC. Art. 357. (...) § 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.

que busca o franco diálogo entre os sujeitos do processo, a fim de melhor atender aos ditames da democracia contemporânea.

3.6.4. Obrigatoriedade da designação de audiência preliminar?

Mauro Alves de Araújo há muito já indicava ter sido importante introdução da audiência preliminar na fase de saneamento (com a reforma processual de 1994), pois possibilitou às partes, após tentativa frustrada de conciliação, alertarem o juiz sobre fato que considerassem relevante, carecedor de dilação probatória.²⁵²

Até a entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que alterou a redação do art. 331 do CPC/73, não havia previsão para realização de audiência na *fase de saneamento*. Foi a referida lei que instituiu a *audiência preliminar*, então chamada equivocadamente de “audiência de conciliação”.

A previsão foi inspirada no Código de Processo Civil Tipo para a América Latina, que tratando das “bases generales comunes para códigos latinoamericanos de Procedimiento Civil” sugere que “es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o thema decidendum, y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales similares”.

A partir de então a “audiência de conciliação” passou a ser obrigatória, quando não fosse o caso de *extinção do processo* (nas hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, do CPC73) ou de *juízo antecipado da lide* e a “causa versar sobre direitos disponíveis”²⁵³.

Posteriormente, a Lei nº 10.444, de 7.5.2002, promoveu nova alteração na redação do dispositivo (tal como se encontra hoje), revendo, dentre outras coisas, o equivocado rótulo de audiência de conciliação, passando a trata-la como *audiência preliminar*.

²⁵² ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo...*, p. 173.

²⁵³ Expressão altamente criticada pela doutrina, pois a transação (parcial) pode ocorrer mesmo quando se tratar de direitos indisponíveis, como alimentos.

Assim, o Código de Processo Civil de 1973 passou a prever que não havendo a *extinção do processo* (nas hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V) ou não sendo caso de *juízo antecipado da lide*, e versando “a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar”²⁵⁴.

Todavia, além da alteração no *caput*, a lei incluiu o § 3º no art. 331, e mitigou a obrigatoriedade da realização da audiência (apesar de ainda prevê-la como regra geral), ao estabelecer que “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”.

Há quem louve a previsão²⁵⁵. Mas lamentamos o enfraquecimento do ato.

Apesar de não ser sempre obrigatória, desde a Lei nº 10.444, de 7.5.2002, a realização do ato ainda é a regra geral, ou seja, a *decisão em saneamento* (solução das questões processuais pendentes), a *fixação dos pontos controvertidos* e a *especificação e deferimento das provas* a serem produzidas, ainda são atos que, em regra, devem ser realizados em audiência, em amplo diálogo.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero indicam que a audiência preliminar é facultativa, pois “o juiz pode decidir a forma pela qual organizará o feito, se por escrito (art. 327, CPC) ou oralmente (art. 331, CPC)”²⁵⁶.

Athos Gusmão Carneiro entende que a audiência preliminar é “ato processual útil, porém não indispensável”²⁵⁷.

²⁵⁴ Reconheceu o legislador a crítica doutrinária.

²⁵⁵ Esta regra, da dispensabilidade da audiência preliminar, tem o propósito de evitar perda de tempo e de atividade processual com a prática de um ato complexo, cuja finalidade principal, a de conciliação, se vislumbra frustrada” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência...*, p. 191). No mesmo sentido: “Embora na audiência caiba ao juiz *fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas*, sem falar na *designação de audiência de instrução e julgamento*, se for o caso, parece-nos que tais atitudes podem ser perfeitamente tomadas sem que exista a necessidade de realização da audiência quando o litígio versar sobre direitos extrapatrimoniais e indisponíveis ou quando os mesmos não admitirem transação, ou ainda quando a referida audiência se mostrar inviável desde o início, seja por expressa manifestação da parte, ou quiçá, pela percepção do magistrado” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual...* p. 464.). Ainda: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. Cit.*, p. 380.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil... p. 330.

²⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 190.

Para Fredie Didier, a audiência preliminar é, em regra, obrigatória, sendo facultativa nos casos em que o direito não admitir transação ou se esta for improvável.²⁵⁸

Marcelo Abelha Rodrigues também parece trilhar o mesmo caminho, ao afirmar que, pela leitura do art. 331, do CPC/73, “vê-se que não será obrigatória a realização da audiência preliminar (obviamente se não tiverem ocorrido as hipóteses do art. 329 e 330) se a ação versar sobre direitos indisponíveis, ou melhor, sobre direitos que não admitem transação”²⁵⁹.

Junior Alexandre Moreira Pinto leciona que deve ser designada audiência preliminar quando não for caso de “extinção do processo” ou de “Julgamento antecipado”. Registra que o saneamento representa extraordinário marco no curso do processo, pois, além de saneá-lo, promove-se a organização da fase instrutória, sendo que, por sua importância, esses atos ordinatórios devem ser realizados em audiência.²⁶⁰

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery trazem importante consideração sobre a obrigatoriedade da audiência preliminar. Consignam, inicialmente, que o sistema processual sofreu estrutural mudança com a Lei 8.952/94, alterando a regra do saneamento em gabinete para a audiência preliminar, não sendo facultado ao juiz consultar as partes se tem interesse na realização do ato, pois não está na esfera de disponibilidade das partes, e, ainda que estas não compareçam, deve o juiz praticar os demais atos previstos pela norma.²⁶¹⁻²⁶²

Mesmo que se trate de direito indisponíveis, a audiência preliminar é de designação obrigatória, pois a lei, em seu revogado texto de 1994, dizia menos do que queria (*lex dixit minus quam voluit*) (Ney. Atualidade, n. 32, p. 109). A L 10442/02 corrigiu a impropriedade e o *caput* do CPC 331 não mais fala em *direito indisponíveis*, mas em direitos que admitem transação. De qualquer sorte, não é só a tentativa de conciliação que é objeto da audiência preliminar. Nela também se praticam outros atos, que nada têm a ver com a natureza disponível ou indisponível do direito posto em causa. Além da tentativa de conciliação, o juiz deverá fixar os pontos controvertidos sobre os quais versará a prova, analisará o requerimento de provas, deferindo as pertinentes e designará

²⁵⁸ DIDIER JR., Fredie, Curso de direito..., p. 512

²⁵⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p. 464.

²⁶⁰ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Op. Cit.*, p 142.

²⁶¹ NERY JR. Nelson. Código de processo... p. 721.

²⁶² Marinoni e Mitidiero, em posição da qual discordamos, entendem que “o ideal é que o juiz consulte as partes, por escrito e previamente, a propósito da possibilidade da conciliação e, assim, aquilate com maior segurança a conveniência da designação da audiência preliminar” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. código de processo civil... p. 330). Pensar dessa forma é reduzir a importância do ato, porquanto complexo, não se limita à tentativa de conciliação, desprezando a possibilidade de concentrar os demais atos (organização retrospectiva e prospectiva do processo) em um único momento.

audiência de instrução e julgamento. NO procedimento comum ordinário, a audiência preliminar do CPC 331 é o momento legal adequado para que esses atos sejam praticados.²⁶³

Apesar de a doutrina majoritária entender ser obrigatória a realização do ato, o STJ tem entendimento no sentido de que “não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento”²⁶⁴.

Enfim, embora mitigada, a obrigatoriedade de realização da audiência preliminar é a regra geral, e deve ser sempre prestigiada, até mesmo porque devemos considerar as razões que levaram o legislador a incluí-la no ordenamento.

A introdução da audiência no processo, através da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, inspirada no CPC tipo para América Latina, objetivava criar um “ponto de encontro” entre os atores do núcleo processual, para que, em comparticipação, discutam os rumos do processo dali em diante.

Quis o legislador de 1994 que entre o final da *fase postulatória* e o início da *fase instrutória* houvesse um “cruzamento”, a *audiência preliminar*, onde os contraditores, diante do juiz, exercem, em cooperação, as atividades previstas para o ato, além, é claro, da inicial tentativa de conciliação.

Buscou-se otimizar o processo (efetividade) através da *oralidade*, *concentração* de atos, da *imediatez*, do *diálogo franco e leal*.

3.6.5. Comparecimento das partes.

A doutrina, de uma forma geral, costuma indicar não ser obrigatória a presença das partes na *audiência preliminar*. É, por exemplo, a posição de André Ricardo Franco:

O comparecimento das partes é dispensável, desde que sejam intimadas pessoalmente para o ato, sendo interpretada como ausência de interesse de transigir. Pode, ainda, a ausência das partes ser suprida pela presença de seu procurador ou preposto habilitado

²⁶³ NERY JR. Nelson. Código de processo... p. 722.

²⁶⁴ AgRg no AREsp 409.397/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014.

para transigir. (...) Assim, as partes devem ser intimadas pessoalmente da realização da audiência preliminar, para então poder exercer o seu direito de estar presentes ou se fazer representar por seu procurador habilitado a transigir. A sua ausência, após intimação, não causará nenhuma sanção e será interpretada como recusa em conciliar.²⁶⁵

No mesmo sentido é a posição de Mauro Alves de Araujo²⁶⁶, Marcelo Abelha Rodrigues²⁶⁷, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁶⁸, Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro²⁶⁹, Alexandre Freitas Câmara²⁷⁰, Athos Gusmão Carneiro²⁷¹, entre outros.

Com pequenas variações, o fundamento para que não seja imposto às partes o comparecimento é a ausência de norma jurídica que assim estabeleça, bem como a ausência de sanção expressamente prevista.

Apesar de reconhecermos que o art. 331 não impõe, aprioristicamente, sanção em caso de não comparecimento da parte, a presença pode ser imposta e a sanção extraída do sistema.

Em primeiro plano cumpre lembrar que a designação de audiência preliminar não tem cunho apenas conciliatório, mas apresenta tríplice finalidade, resumidamente: (i) conciliação, (ii) saneamento e (iii) organização processual. Assim, o não comparecimento deve gerar consequências não apenas em relação à conciliação, mas também em relação aos demais objetos da audiência preliminar.

Recordando a atual fase metodológica do direito processual, em que se valoriza a “comunidade de trabalho” formada pelos sujeitos do processo, pelo dever de cooperação, lealdade e boa-fé que lhes são impostos, não podemos conceber que as

²⁶⁵ FRANCO, André Ricardo. *Op. Cit.*, p. 121.

²⁶⁶ “O não comparecimento de uma das partes, ou de ambas, não acarreta nenhum prejuízo à faltante, significando, apenas que a parte deseja o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos” (ARAÚJO, Mauro Alves de. *Op. Cit.*, p. 181).

²⁶⁷ “Como o comparecimento pessoal da parte é um ônus processual, não uma obrigação, se não comparecer, e não existindo penalidade para tal, deverá o magistrado prosseguir a audiência, adentrando no seu segundo momento” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.*, p. 464).

²⁶⁸ “Não há sanção para o não comparecimento das partes, entendendo-se aí simplesmente que não há interesse na conciliação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado...*, p. 330).

²⁶⁹ CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. *Op. Cit.*, p. 63.

²⁷⁰ “A ausência de qualquer das partes, que não vá pessoalmente nem se faça representar, implica, tão somente, tornar inviável a conciliação nesse momento” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, vol. 1. P. 370).

²⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 68.

partes simplesmente não compareçam ao ato, após a designação de audiência pelo Estado-juiz.

Também não podemos admitir que o não comparecimento da parte importe “apenas” em frustração da conciliação. A única consequência desse *descaso* com o Poder Judiciário não pode ser simplesmente a não realização de conciliação.

A designação de audiência consome do poder público tempo e dinheiro. O mínimo a ser exigido das partes é o comprometimento com o processo em que estão envolvidos, principalmente o autor, que instaurou a ação para ver tutelado o direito que acredita ter. O princípio da cooperação, a nosso ver, impõe essa obrigação, assim como a boa-fé processual.

Concordamos com a posição de Paulo Hoffman, para quem as partes tem sim obrigação de comparecer em juízo para a audiência preliminar. Para ele, o fato de art. 331 do CPC/73 estabelecer que “serão as partes intimadas a comparecer” já sugere uma obrigatoriedade, apesar de, em seguida, o próprio dispositivo enfraquecer a regra.²⁷²

Devemos destacar, ainda, que a obrigatoriedade do comparecimento pessoal da parte não é algo inalcançável e pode ser verificada na própria legislação infraconstitucional, mais precisamente na CLT²⁷³ e na Lei 9.099/95²⁷⁴.

Ora, tanto na justiça especializada trabalhista quanto no procedimento especializado dos juizados especiais é imposto às partes, sem qualquer constrangimento, o comparecimento pessoal, com graves consequências (extinção do processo ou revelia) em caso de não comparecimento²⁷⁵. O mínimo que se exige de quem é parte em um processo judicial é o comprometimento com sua causa.

²⁷² HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.* p. 180.

²⁷³ CLT. Art. 844 - O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

²⁷⁴ Lei 9.099/95. Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

²⁷⁵ Concordamos com Paulo Hoffman também quando faz a ressalva de que, nos procedimentos citados, são desproporcionais e violam a isonomia as distintas consequências impostas ao autor e ao réu em caso de não comparecimento às audiências. Se para o réu lhe é imputada a revelia, ao autor não bastaria a simples extinção do

Aliás, o Código de Processo Modelo para a América Latina - que apesar de não ser diploma legislativo, foi a inspiração para inserção da audiência preliminar em nosso sistema - impõe a presença das partes no ato, sob pena das graves consequências:

300.1. Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del Tribunal, que justificare la comparecencia por representante. Las personas jurídicas y los incapaces, comparecerán por intermedio de sus representantes (artículo 44).

Todo, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio (artículo 48).

Si por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez.

300.2. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión.

300.3. Si el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2 del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone.

Nota-se que o CPC Modelo prevê que o não comparecimento do autor importa em desistência de sua pretensão, ao passo que o não comparecimento do réu gera presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor.

Importante lembrar, ainda, que são deveres das partes proceder com lealdade e boa-fé, e, para nós, o não comparecimento (injustificado), quando devidamente intimada e advertida a parte, pode caracterizar, inclusive, “resistência injustificada ao andamento do processo”, caracterizando a litigância de má-fé (CPC 17, IV), ensejando a aplicação da multa prevista no art. 18 do CPC²⁷⁶.

Ora, se é imposto à testemunha (que não é interessada direta no deslinde do processo) o dever de comparecer à audiência²⁷⁷, inclusive coercitivamente, para colaborar com o Poder Judiciário, com mais razão esse dever deve ser imposto à parte litigante.

processo sem resolução de mérito, deveria lhe ser imposta a penas de confissão, a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo réu (HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.* pp. 184 e 185).

²⁷⁶ CPC/73. Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

²⁷⁷ CPC/73. Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento.

Além disso, “o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa” (CPC/73, art. 342). A previsão, embora inserida na seção que trata do depoimento pessoal, dele se difere.

Trata, na verdade, do interrogatório da parte, clara manifestação do *dever de esclarecimento*, imposto a todos os atores do núcleo processual em decorrência do *princípio da cooperação*. Nesse contexto, portanto, basta que o juiz, quando da designação da audiência preliminar, intime a parte para comparecer a fim de ser interrogada, tornando obrigatória sua presença.

3.6.6. Comparecimento dos procuradores.

O comparecimento dos procuradores, a nosso ver, também é obrigatório. O mesmo comprometimento que se exige da parte deve ser exigido de quem patrocina seus interesses, máxime porque é o advogado (e somente ele) que detém capacidade postulatória²⁷⁸.

O não comparecimento do advogado não pode ensejar sanções processuais à parte que compareceu pessoalmente ao ato.²⁷⁹

Deve o causídico ser responsabilizado *administrativamente*, através de procedimento a ser instaurado pela respectiva Seção da Ordem dos Advogados do Brasil à que estiver vinculado o advogado, mediante provocação do juiz ou da própria parte prejudicada.

Deve o magistrado, prosseguindo no ato (audiência preliminar), nomear um advogado *ad hoc*, abrindo a possibilidade, inclusive, para que o procurador designado converse

²⁷⁸ CPC/73. Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Lei 8.906/94. Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

²⁷⁹ Nesse sentido: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo de Conhecimento na Prática*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 138).

reservadamente com a parte e tenha acesso aos autos, inclusive invertendo-se a ordem da pauta, se for necessário para assegurar razoável domínio da causa em debate.

Em seguida, procede-se, normalmente, com a *decisão em saneamento* (das “questões pendentes”) e a decisão organizatória (que fixa os pontos controvertidos e defere ou não a produção de provas).

O prazo das partes para eventual recurso de agravo de instrumento, se cabível, deve fluir da audiência, inclusive da parte representada pelo advogado ausente, tendo em vista a designação de advogado *ad hoc*.

Questão interessante é a possibilidade (ou não) de a parte sem advogado na audiência realizar acordo.

Athos Gusmão Carneiro indica que “levadas as coisas a rigor, embora esteja a própria parte presente à audiência, a ausência de seu advogado equivaleria a considera-la, *processualmente*, como não presente (CPC/73, art. 36)”²⁸⁰.

Para o STJ, “salvo situações excepcionais, em que se identifique ter havido vício de vontade da parte, legalmente presumível ou concreto, é válida a transação realizada em audiência, no curso de ação indenizatória, ainda que ao ato não haja comparecido o advogado”²⁸¹.

3.6.7. Necessidade de o juiz efetivamente conhecer o processo.

Não é incomum, para quem vive o dia a dia forense, constatar que o juiz está tendo o primeiro contado com o processo na audiência preliminar, o que, a nosso ver, é inconcebível.

²⁸⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 70.

²⁸¹ REsp 337.188/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2001, DJ 25/02/2002, p. 390. No mesmo sentido: EXECUÇÃO. TRANSAÇÃO. FALTA DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. - Restrita a audiência à tentativa de conciliação das partes, não se faz imprescindível a presença dos advogados de todas elas. Recurso especial não conhecido. (REsp 92.478/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2002, DJ 20/05/2002, p. 142)

Há na doutrina quem não se espante com a prática e justifique esse primeiro contato com o processo somente na audiência preliminar pelo “volume de processos”²⁸².

Não se desconhece que a estrutura do Poder Judiciário não está adequada ao elevado número de demandas, gerando o acúmulo de processos. Todavia, isso não pode justificar uma pior qualidade da prestação da tutela jurisdicional, pois foi o Estado quem chamou para si o monopólio da jurisdição, não podendo recair sobre as partes, consumidores do serviço invocado a si pelo Estado, as consequências da deficitária estrutura.

Devemos lutar por uma melhor estruturação, pois não podemos nos conformar com a prestação jurisdicional de qualquer forma. É necessário que se prestigie a *qualidade* das decisões (e não a *quantidade*).

A efetiva participação, que impõe o prévio domínio sobre a questão debatida, é vital não só para tentar a conciliação, mas igualmente para gerir as demais atividades previstas para o ato.

Para Paulo Hoffman é inadmissível, por maior que seja o número de processos que o juiz esteja submetido, que este compareça em audiência preliminar para exercer suas atividades sem ter a mínima ideia sobre o que se discute no processo, e, diante desse posicionamento, defende que o magistrado deve apresentar um relatório (parcial) do processo no despacho que convoca para a audiência preliminar.²⁸³

Ainda que não se concorde com o posicionamento do autor, não se pode negar que nessa fase complexa, de conciliação, saneamento e organização instrutória, é imperioso que o juiz já conheça bem a causa, pois somente assim o processo será eficaz e menos oneroso.

3.6.8. Do poder de polícia do juiz em audiência.

²⁸² Afirma Misael Montenegro Filho que “em decorrência do volume de processos, é na audiência de tentativa de conciliação que o magistrado terá melhores condições/opportunidades para conhecer a ação, analisando os argumentos levantados por ambas as partes do litígio” (*Op. Cit.*, p. 134).

²⁸³ HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, p. 155-6.

Embora não esteja no capítulo que trata da *audiência preliminar*, é inegável que a ela se aplica o art. 445, do CPC/73²⁸⁴, que expressamente confere ao juiz o *poder de polícia*.

Como as demais atividades estatais, por excelência a atuação judiciária exige seja efetivada em ambiente de ordem e disciplina, em benefício do interesse geral e da atividade-fim. Através do poder de polícia, a autoridade judiciária, atuando administrativamente, condiciona e limita o exercício de certas faculdades individuais, visando assegurar, em convivência e atuação harmônica de todos os sujeitos do processo, e auxiliares do juízo, a mais pronta e eficaz obtenção das finalidades da própria atividade no campo da jurisdição.²⁸⁵

A previsão contida no art. 446, III, do CPC/73²⁸⁶ também encerra manifestação do poder de polícia conferido ao juiz.

Justifica-se para que o processo se desenvolva de forma ordenada, e pode apresentar especial relevo na atual fase processual, em que o diálogo entre os atores do processo deve ser estimulado, seja para tentar a conciliação, para sanar eventuais irregularidades ou para conjuntamente se fixar os pontos controvertidos.

De outro giro, concordamos com a crítica de Costa Machado²⁸⁷, para quem “poder de polícia é expressão perigosa e inadequada para o regramento da relação processual”, e melhor seria uma redação como a do art. 251, do CPP²⁸⁸, que ao invés de mencionar que o juiz exerce poder de polícia, indica que a ele incumbe “prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos”.

A gravação em vídeo de todas as audiências (proposta formulada por Paulo Hoffman)²⁸⁹ certamente coibiria e facilitaria o controle do exercício desse poder pelo juiz.

De toda sorte, independentemente de como está a redação da previsão legal, o poder de polícia conferido ao juiz não pode, sob qualquer fundamento, representar autoritarismo

²⁸⁴ CPC/73. Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe: I - manter a ordem e o decoro na audiência; II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente; III - requisitar, quando necessário, a força policial.

²⁸⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 55.

²⁸⁶ CPC/73. Art. 446. Compete ao juiz em especial: III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

²⁸⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. Cit.*, p. 483.

²⁸⁸ CPP. Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

²⁸⁹ HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, pp. 162 e 169.

ou arbítrio, recomenda-se que seu exercício seja sempre comedido, no limite do que for estritamente indispensável à manutenção da ordem.

O novel código traz previsão quase idêntica²⁹⁰, acrescentando, todavia, que incumbe ao magistrado “registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência”.

3.7. Da conciliação (autocomposição).

3.7.1. Considerações preliminares.

Tal como previsto no art. 331, *caput* e § 1º, do CPC de 73, o primeiro ato da (segunda etapa da) *fase de saneamento*, mais precisamente da *audiência preliminar*, é a tentativa de conciliação, que na ocasião se manifesta como expressão máxima da *oralidade* e seus corolários, prestigiando o amplo debate entre os atores processuais.

A tentativa de conciliação como primeiro ato da audiência preliminar é extremamente salutar, e, se bem conduzida, pode abreviar o desfecho do processo, pois nessa fase - que sucede a postulatória e antecede a instrutória enseja -, há, via de regra, uma reflexão das partes sobre os prós e contras de se avançar com a disputa, como salienta o doutrinador luso Paulo Pimenta:

A perspectiva de uma conciliação antes as partes assume particular importância neste momento processual, isto é, na fase do saneamento. Se, por um lado, estão lançados os dados da questão e definido os seus contornos essenciais, mercê da exposição que as partes fizeram das respectivas pretensões (permitindo a cada uma delas fazer uma ideia do que poderá esperar do processo), por outro lado, é ainda uma altura de bastante incerteza quanto ao desfecho da lide, pois muito depende do modo como vierem a desenrolar-se as fases subseqüente, particularmente, na produção de prova e no julgamento da matéria de facto, ao que acresce a circunstância de serem essas as fases mais desgastantes, trabalhosas e dispendiosas. Na verdade, é conveniente que, nesta altura de transição processual, as partes façam um balanço da atividade já desenvolvida e uma previsão da que falta realizar, ponderando os riscos, dificuldades e encargos que o prosseguimento dos autos envolve, contrapondo-os ás possíveis conveniências e vantagem de uma solução concertada do litígio. Daí que o juiz as confronte com a tentativa de conciliação.²⁹¹

²⁹⁰ CPC/2014. Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe: I – manter a ordem e o decoro na audiência; II – ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente; III – requisitar, quando necessário, força policial; IV – tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo; V – registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

²⁹¹ PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, pp 219-220.

O NCPC, em seu art. 357, quando trata *do saneamento e da organização do processo*, não mais prevê a conciliação como uma das etapas da “fase de saneamento”, até porque afastou, em regra, a realização de audiência, apesar de não excluí-la peremptoriamente, porquanto estabelece, em seu parágrafo segundo, que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito” o juiz deve “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”.

Nada impede, todavia, a tentativa pelo juiz de conciliar as partes, pois o art. 3º, § 2º, do NCPC, determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Ao mesmo tempo, o NCPC estabelece que incumbe ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, V).

Importante destacar que a *conciliação* ou *autocomposição* é gênero da qual são espécies a *transação*²⁹², o *reconhecimento do pedido*, a *renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação*²⁹³.

A conciliação, em qualquer uma de suas facetas, é, em nosso sentir, a melhor forma de solução de controvérsia judicial.

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio, Considerada, atualmente, como o legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução do conflito de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo judicial.²⁹⁴

²⁹² Comumente confundida com *conciliação*, a *transação* ocorre quando há, entre os litigantes, concessões mútuas em relação ao objeto litigioso.

²⁹³ Alexandre Freitas Câmara inclui, além das espécies acima indicadas, a desistência como forma de conciliação, hipóteses em que ocorrerá, ao contrário das acima indicadas, a extinção do processo sem resolução de mérito. (Câmara. Lições.. v. 01, p. 370).

²⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito, v 1, p. 74.

Todo o ordenamento processual (não só o CPC) busca fomentar a solução dos litígios pela autocomposição, como se percebe pelo que dispõe (i) o art. 125, IV, do CPC/73;²⁹⁵ (ii) o art. 764, *caput* e § 1º, da CLT;²⁹⁶ (iii) a Lei dos Juizados Especiais;²⁹⁷ (iv) a previsão de transação penal;²⁹⁸ (v) a possibilidade de inclusão em acordo judicial de matéria não posta em juízo;²⁹⁹ (vi) a formação de título executivo através de acordo extrajudicial.³⁰⁰

Os poderes conciliatórios do juiz defluem do princípio inquisitivo, mas como, para haver conciliação, evidentemente, há necessidade de ajuste de vontade entre as partes, o consenso, não obstante seja obtido por provocação do juiz, que atua como mediador, surge como emanção do princípio dispositivo. É dizer, as partes, ao disporem, livremente, de seus direitos, podem dele abdicar, no todo ou em parte.³⁰¹

É certo que “a autocomposição, por ser proveniente do entendimento humano entre as partes, faz mais do que definir uma norma jurídica: restaura a relação entre as partes e fortalece as bases da boa convivência social”.³⁰²

Ainda que as partes (inicialmente) não fiquem plenamente satisfeitas com o que convencionaram, a conciliação é, sem sombra de dúvidas, a forma de extinção do processo que melhor atinge o objetivo de pacificação social³⁰³ e, também, de obtenção de um resultado justo, já que a decisão, em regra, foi construída preponderantemente pelas partes que a ela estarão sujeitas.

²⁹⁵ CPC/73. Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

²⁹⁶ CLT. Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

²⁹⁷ Lei. 9.099/95. Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

²⁹⁸ Lei. 9.099/95 Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

²⁹⁹ CPC/73. Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

³⁰⁰ CPC/73. Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

³⁰¹ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 317.

³⁰² MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *Op. Cit.*, p. 186.

³⁰³ “Nessa audiência, uma das principais tarefas do juiz é tentar conciliar as partes para que o conflito seja eliminado com menos gasto de energia e de uma forma mais efetiva no plano da pacificação social” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 179).

3.7.2. Necessária preparação dos juízes e auxiliares para a atividade de conciliação.

A participação efetiva do juiz é essencial para que a *solução consensual dos conflitos* seja efetivamente tentada, pois não raras as vezes percebe-se extremo desinteresse do juiz em tentar conciliar as partes, o que decorre, comumente, do pouco ou nenhum treinamento para a realização do ato.

A experiência tem demonstrado que nem todos os juízes estão preparados para tão nobre função, maculando o instituto com atitudes que comprometem o desempenho da atividade jurisdicional de conciliador. São poucos os magistrados que sabem verdadeiramente conciliar.³⁰⁴

Luiz Rodrigues Wambier registra que a massificação das demandas (com a sobrecarga de processos) somada à histórica e evidente falta de preparo e disposição dos operadores em busca da conciliação tornou letra morta a do art. 125, IV, do CPC/73.³⁰⁵

Nesse ponto, cabe ao poder público conferir aos magistrados e auxiliares da justiça treinamento específico, com técnicas de conciliação e negociação, para que o ato seja realizado de forma profícua, máxime porque nos cursos de direito não há qualquer preparação nesse sentido.

De outro lado, o juiz deve estar predisposto a receber o treinamento, e, principalmente, a exercer com vigor a importante atividade conciliatória, sem, com isso, imaginar-se “diminuto na importância que tem ao sistema ou desperdiçando tempo praticando ato que não seja diretamente vinculado ao julgamento da causa, ou que, como se trata de ato que poderia ser realizado por outra pessoa, seja de somenos importância”.³⁰⁶

3.7.3. Do cuidado do juiz ao tentar conciliar as partes.

O primeiro ato da *audiência preliminar* é a tentativa (efetivo estímulo) de autocomposição das partes. Para isso, os juízes devem estar devidamente preparados (treinados) e devem efetivamente conhecer o processo, não podendo se limitar a indagar às partes se há acordo, mas sim efetivamente estimulá-las.

³⁰⁴ CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. *Op. Cit.*, p. 49.

³⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.*.

³⁰⁶ HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, p. 148.

Há muitos poderes do juiz que, ou não são usados, ou deles não se tem feito o melhor uso. Tal é o poder conciliatório que, para ser utilizado, está na dependência, quase que somente da boa vontade do juiz. E para ser exercido exitosamente exige habilidade de conciliador, que se for o próprio juiz, deverá agir com especial cuidado, a fim de não se antecipar quanto ao mérito, despertando a desconfiança de alguma das partes. Os poderes conciliatórios já estão no código; dispensam, para serem usados, de edição de novas leis, salvo para generalizar a utilização de conciliador.³⁰⁷

O juiz, profundo conhecedor da causa, deve estimular a autocomposição, deve envidar esforços para o fim almejado, sem, contudo, impor às partes sua vontade nem antecipar posição a fim de compelir uma das partes a transigir. Valiosa, sobre o ponto, a lição de Barbosa Moreira:

É de extrema delicadeza o papel do juiz nesse momento: cabe-lhe envidar esforços no sentido da composição amigável da lide, abstendo-se, porém de fazer pressão sobre qualquer das partes para que aceite um acordo em termos a que não se mostra disposta a anuir. Deve o juiz, especialmente, evitar que transpareçam de sua intervenção indícios de um prejulgamento da causa. A lei não minudencia a disciplina da tentativa de conciliação. Compreende-se que seria difícil fixar a priori normas rígidas. A condução da tentativa, a cargo do juiz, dependerá, caso por caso, da reação que tiverem as partes. Com elas deve o órgão judicial entender-se diretamente, e interpor-se toda vez que surja o risco de agastamento entre os litigantes. Os advogados podem presenciar a tentativa de conciliação, e as partes é lícito consultá-los reservadamente sobre quaisquer pontos a cujo respeito desejem esclarecer-se; não é necessária, porém, a mediação dos advogados no diálogo entre cada uma das partes e o juiz, que há de atender pessoalmente a todo pedido de esclarecimento que alguma delas prefira dirigir-lhe.³⁰⁸

Trata-se de fase do procedimento em que o juiz se distancia de sua posição hierárquica, de representante do Estado, e colocando-se em posição simétrica às partes, dialoga em prol da *solução consensual do conflito*, devendo ter um papel ativo, que se espera do juiz do processo pautado pela participação.

É importante lembrar que muitas vezes o cidadão estará aquela única vez diante de um juiz, sendo natural certo desconforto. O juiz, para as partes, é uma figura estranha, muitas vezes um temido soberano. Por isso, deve partir dele a atividade inicial em busca da conciliação, “quebrando o gelo” inicialmente existente. Conseguindo isso e ultrapassando-se a tensão inicial, os litigantes ficarão naturalmente mais abertos ao almejado *diálogo*, aumentando a probabilidade de êxito da conciliação.

³⁰⁷ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 321.

³⁰⁸ MOREIRA, Barbosa José Carlos. O novo processo civil, p. 82.

O juiz não pode ser um simples *mediador*, mas verdadeiro *conciliador*³⁰⁹, postura que melhor se adequa ao processo de estrutura democrática. Deve se lançar a encontrar pontos de equilíbrio entre as pretensões das duas partes, sugerindo propostas contrabalançadas a fim de atingir a solução consensual do conflito, que poderá ir reformulando de acordo com a maior ou menor receptividade pelos litigantes. O modelo de processo cooperativo impõe essa postura mais ativa ao magistrado, que não pode ser mero espectador.

Para o desiderato, impõe-se que o julgador propicie condições que estimulem a conciliação, através de um ambiente de *diálogo, confiança e cooperação*. Eis o tripé da conciliação. Atuando dessa forma, mas sempre se mantendo dentro do limite da imparcialidade, o juiz valoriza sobremaneira a função pacificadora do processo.

É dever do juiz esclarecer as partes sobre os benefícios da conciliação, advertir (sem antecipar mérito) os riscos de qualquer demanda judicial (pois o direito é incerto no processo), mas “sem insistir em demasia, nem forçar as partes a uma recalcitrante transação quanto estiverem elas desejosas de lutar pela realização integral de que consideram como o *seu direito*”³¹⁰.

Daí exsurge, também, a importância da presença dos patronos das partes na audiência, como já ressaltado, bem como a gravação em áudio e vídeo do ato, o que poderia demonstrar, a qualquer momento e com precisão, eventual constrangimento sofrido pela parte para celebração do acordo.

O novo CPC estabelece logo em seus primeiros artigos, dentre as *normas fundamentais do processo civil*, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”³¹¹.

³⁰⁹ “O mediador limita-se a aproximar as partes, procurando que estas se conciliem, mantendo-se, porém, em descomprometimento quanto ao resultado, ou seja, são-lhe indiferentes os termos da eventual conciliação. Por sua vez, o conciliador não deseja apenas que as partes se conciliem. Deseja que a conciliação a encontrar seja justa e razoável, seja equitativa. Por isso, diligencia no sentido de ser obtida a solução mais adequada para o caso, responsabilizando-se pelo desfecho alcançado. É seu encargo e compromisso contribuir para a realização da justiça pela via da conciliação” (PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 222).

³¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 81.

³¹¹ NCP. §§ 2º e 3º, do art.

Mais do que “tentada”, a *solução consensual dos conflitos* deve ser estimulada por todos aqueles que participam do processo, pois essa é a mais eficiente das formas para “que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”³¹².

A *solução consensual dos conflitos* é tratada como prioridade pelo legislador do NCPC, criando-se, para tanto, a figura dos *conciliadores e mediadores judiciais*³¹³, dentre os auxiliares da justiça.

Por tudo isso, é indubitável que a fase de saneamento do processo, e mais especificamente a atividade conciliatória nela desenvolvida, se bem conduzida, pautada pelo diálogo, pode propiciar a justa solução do litígio, prestigiando a razoável duração do processo. Não há porque, nesse contexto, colocar sobre ela (audiência preliminar) a culpa pela morosidade do processo, porquanto pode ser a solução.

3.7.4. Nulidade pela supressão da tentativa de conciliação?

Apesar de ser postura aparentemente conflitante com a atual fase da ciência processual, em que se prestigia o *diálogo* entre os contraditores e o *resultado justo* do processo em *tempo* razoável, não vemos a possibilidade de ser decretada nulidade do procedimento pela não tentativa de conciliação na audiência preliminar, apesar de expressamente prevista no art. 331 do CPC/73.

A não ocorrência de nulidade é decorrente da ausência de prejuízo, pois a tentativa de conciliação pode ser realizada a qualquer tempo, por força do art. 125, IV, do CPC/73, complementada pela regra de que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (CPC/73, art. 244).

Se ainda não proferida sentença, pode ser tentada a conciliação a qualquer tempo, sem prejuízo (e, assim, sem qualquer nulidade). Se “proferida a sentença de mérito, já então

³¹² Meta perseguida pelo art. 6º, do NCPC.

³¹³ NCPC. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

a composição jurisdicional da lide torna sem qualquer sentido decretar a anulação do processo a fim de tentar – apenas tentar – uma composição negocial da mesma lide”³¹⁴.

Exercendo a atribuição que lhe é conferida, de intérprete da legislação infraconstitucional, o STJ possui o entendimento nesse sentido, indicando que “não se anula o processo para retornar à fase da conciliação, se já proferida a sentença e composta a lide pela manifestação judicial”³¹⁵.

Frisamos, todavia, que a conciliação deve ser tentada, de forma efetiva, empregando-se as técnicas adequadas ao atingimento do fim.

3.7.5. Conciliação sobre questões alheias à *res in iudicium deducta*.

Ainda sobre a importância que lhe é conferida pelo ordenamento, destaca-se que por força do art. 475-N, III, do CPC/73³¹⁶, a conciliação pode versar sobre questões não discutidas no processo.

A parte final do dispositivo, que possibilitou a conciliação sobre as questões não discutidas no processo, foi introduzida pela Lei 10.358/2001 (alterando a redação do art. 584, III, do CPC/73) e mantida pela Lei 11.232/2005 (que instituiu a fase de cumprimento de sentença).

Essa possibilidade de conciliação acerca de questões até então fora do processo previne a instauração de ações futuras, resolvendo litígios atuais entre as partes, mas que ainda não foram levados ao Poder Judiciário. Importante observar, contudo, que essa possibilidade encontra limite na competência do juízo em relação à matéria.

3.8. A *decisão em saneamento*: solução das questões pendentes.

³¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 73.

³¹⁵ REsp 207.785/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/1999, DJ 03/11/1999, p. 118. No mesmo sentido: EDcl no REsp 749.895/AL, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 22/09/2008; REsp 242.322/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2000, DJ 15/05/2000, p. 161.

³¹⁶ CPC/73. Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

3.8.1. Considerações iniciais.

A Lei Federal n.º 10.444/2002, com a inclusão do § 3º no art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, mitigou a obrigatoriedade da realização de audiência preliminar, permitindo com que o “despacho saneador” (leia-se: a *decisão em saneamento* e a *decisão organizatória*) fosse lançado em gabinete, sem a presença das partes.

A previsão permitiu que muitos juízes, pouco afetos ao contato pessoal com os jurisdicionados e advogados, passassem a proferir “despachos” e “decisões” completamente divorciados do que prega a hodierna ciência processual.

Proliferam-se pronunciamentos do tipo “partes capazes e bem representadas, dou o feito por saneado”, “intimem-se as partes para, justificadamente, especificarem as provas que pretendem produzir”, ou mesmo os famosos despachos “au...au” (“ao autor”, “ao réu”, “ao MP”), atos que em nada contribuem para a razoável duração do processo.

Leonardo Greco, apontando diversos fatores que levaram os juízes a preferir os despachos escritos às audiências, propõe que os magistrados dediquem mais parte do seu tempo às audiências e menos aos despachos.³¹⁷ Muitos juízes acreditam que a realização de audiência impede que eles trabalhem, como se não fosse atribuição do cargo a realização de audiências.

O novo CPC (art. 357, § 3º) limitou ainda mais os casos de realização de audiência para *saneamento e organização do processo*, ficando prevista apenas como exceção, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito”.

³¹⁷ “Há inúmeros fatores que impulsionam o juiz brasileiro a preferir os despachos escritos às audiências orais, sendo o principal deles o excesso de trabalho: pautas sobrecarregadas com a paralisação dos processos durante meses, o tempo dispendido com audiências inúteis, em decorrência da ausência de espírito de cooperação das partes e particularmente dos advogados, a quantidade avassaladora de despachos de expediente a serem proferidos, a busca da celeridade a qualquer preço pela pressão superior de atingir metas quantitativas. Com isso ganha a justiça em rapidez e perde em qualidade. Esse modelo precisa ser modificado. Os juízes devem dedicar a maior parte do seu tempo de trabalho às audiências e menos tempo aos despachos e sentenças, e não o contrário” (GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 578, Nota de rodapé 16.)

Essa previsão sofre crítica de Marinoni e Mitidiero, para quem *no processual civil contemporâneo essa importante atividade deveria ser realizada em cooperação, no diálogo vis-à-vis entre os atores do processo, não em ato isolado do juiz em gabinete.*³¹⁸

Abrimos o capítulo com essas considerações para registro que, pelo CPC de 1973, a *decisão em saneamento* tanto pode ser proferida em audiência como em gabinete (embora a primeira situação seja a mais adequada ao modelo processual vigente).

Trataremos em seguida de alguns aspectos importantes da *decisão em saneamento*, sempre presumindo as duas hipóteses (audiência e gabinete), e quando estivermos tratando de apenas uma das duas ocasiões alertaremos.

Ressaltamos, também, que nesse capítulo trataremos apenas da “decisão saneadora” (que aprecia as “questões processuais pendentes”). A decisão que inicia a organização das atividades probatórias (fixação de pontos controvertidos e apreciação dos pedidos de provas) em capítulo próprio.

3.8.2. As “questões processuais pendentes” apreciáveis na *decisão em saneamento*.

Como já mencionamos, a *atividade saneadora* se desenvolve ao longo de todo processo, pela circunspeção realizada pelos atores do núcleo processual sobre as questões processuais.

Na fase de saneamento, a *atividade saneadora* é exercida preponderantemente em sua primeira etapa (das *providências preliminares*), momento em que o juiz diligente, após a análise da contestação e eventual réplica, já terá informado e determinado que as partes sanassem os vícios porventura constatados.

Constatado o vício, o juiz do processo de corte cooperativo deve indicar expressamente qual o vício (sanável) constatado, bem como a providência a ser adota. Não se admite atuação obscura do juiz, sob pena de violação ao contraditório e boa-fé processual.

³¹⁸ “em um processo de corte cooperativo, o mais adequado, contudo, é que a atividade de organização do processo (sanação de vícios processuais e preparação da prova) ocorra oralmente, em que as partes e o juiz possam dialogar e participar ativamente na definição destas questões” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC - crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 121).

Trata-se de clara manifestação dos *deveres de prevenção, consulta e esclarecimento*, impostos pela influência no processo do *princípio da cooperação*.

Abre-se parêntese pra lembrar que o *dever de prevenção* impõe ao juiz advertir a parte sobre eventuais deficiências formais de sua pretensão, evitando que a pretensão final possa ser frustrada por uma questão formal sanável³¹⁹, indicando, de forma clara (*dever de esclarecer*), o vício existente e a medida adequada para saná-lo. Por fim, o *dever de consulta* prevê que o juiz não pode decidir questão relevante sem prévia manifestação das partes, evitando-se a indesejável “decisão surpresa”.

Iniciada a audiência preliminar, e não havendo êxito (total) na tentativa de conciliação das partes, segue-se à decisão das questões processuais pendentes e, em seguida, à organização da instrução processual, nessa ordem³²⁰.

O legislador previu (CPC/73, art. 331, *caput*) que esse ato processual (decisão em saneamento) ocorreria se não houvesse a “extinção do processo” (art. 329) ou o “julgamento antecipado da lide” (art. 330), o que leva a crer que o juiz já deve ter analisado, em momento anterior (durante as *providências preliminares*), as questões processuais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício.

Seria um pressuposto do “despacho saneador” o juízo prévio do magistrado sobre a admissibilidade do processo.³²¹

Em regra, nesse momento o juiz, em decisão *fundamentada*³²², apenas *declara* o processo livre de máculas, pois – frise-se – a *atividade saneadora* (análise das questões processuais e a extirpação de eventuais irregularidades) já terá sido realizada em

³¹⁹ O art. 284 do CPC/73 é um exemplo de que o dever de prevenção já está positivado.

³²⁰ Equivocadamente o legislador do CPC de 1973, invertendo a ordem lógica, previu que não sendo possível a conciliação “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas”. A fixação dos pontos controvertidos não antecede a solução das questões pendentes. O legislador do novo CPC corrigiu o equívoco, prevendo como primeiro ato a resolução “as questões processuais pendentes, se houver” (NCPC 357, I).

³²¹ DIDIER JR., Fredie. Curso.. vol. 1, p. 506.

³²² “O Juiz, na audiência preliminar, ‘decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas’, a teor do art. 331, § 2º. Cuida-se, no pertinente às questões processuais ainda pendentes (porque muitas já poderão e deverão ter sido decididas na oportunidade a que alude o art. 327), de uma decisão de saneamento que merece fundamentação (ainda que concisa), apresentando-se, portanto, incorreto o uso da expressão ‘despacho saneador’ em vez de ‘decisão de saneamento’” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 186).

momento anterior, na primeira etapa da fase de saneamento, sobretudo durante as *providências preliminares*.³²³

Se nessa atividade prévia fosse constatado algum vício insanável ou mesmo sanável, mas que, por inércia, as partes não cuidaram de sanar, o processo teria sido extinto na forma do art. 329, do CPC/73.

Todavia, o § 2º do art. 331, do CPC/73, indica que o juiz deve decidir as “questões processuais pendentes”, reconhecendo a possibilidade de o juiz não ter anteriormente analisado todas as questões a ele submetidas ou mesmo as cognoscíveis de ofício.

Pode haver questões pendentes (de fato e direito) arguidas por uma parte e repelidas pela outra, pode haver questões aventadas por uma e não repelidas pela outra, bem como questões não identificadas por nenhuma delas, mas sim pelo juiz e que devem ser submetidas à prévia análise de autor e réu. Em qualquer um dos casos, o ideal é que o juiz chegue a esse momento (audiência preliminar) com o processo já livre de vícios.

Há muito José Lopes de Oliveira indicava que o “despacho saneador” é um dos atos de maior utilidade do processo por evitar o desperdício de tempo e dinheiro, ao expurgar os vícios capazes de impedir a decisão de mérito, prestigiando o princípio da economia processual.³²⁴

É, portanto, ato tendente à simplificação do processo, pois, o exame das questões prévias, permite que o processo siga livre de embaraços rumo à decisão de mérito, funcionando como instrumento de purificação do processo, levando-o ao máximo rendimento possível.

No sistema processual, com seu *formalismo*, há uma sucessão de portas que vão se abrindo depois de fechada a imediatamente anterior. O processo caminha para frente

³²³ “Assim, portanto, decisão declaratória de saneamento do processo, interlocutória de fato, é somente aquela que afirma estar o processo em ordem e apto a obter sentença de mérito. Já nos casos descritos no paragrafo anterior, de terá sentença terminativa ou de mérito, ambas com a extinção do processo. Se o juiz determinar que a parte tome alguma providência visando a corrigir irregularidades, também estará saneando o processo, mas não se terá propriamente a decisão de saneamento, até mesmo porque, se a parte não praticar tal ato, o processo poderá até ser extinto sem resolução do mérito” (HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, p. 115).

³²⁴ OLIVEIRA, Jose Lopes de. *Op. Cit.*, p. 53.

(assim se espera) e o ingresso em nova etapa pressupõe o encerramento da antecedente. Por isso é inadmissível que se chegue ao fim do processo, com longa instrução probatória, e o juiz se abstenha de resolver o mérito por não ter apreciado questão formal, por não realizado a atividade saneadora no modo e tempo adequado.

Daí exsurge a importância da participação dos atores do núcleo processual, da formação de uma “comunidade de trabalho” no processo de estrutura democrática.

O resultado normal e esperado do processo é a decisão que resolve o mérito. A extinção anómala e indesejada é a que extingue o processo sem resolução de mérito. Não se pode aceitar que o processo avance à fase instrutória e decisória, com consumo de tempo e dinheiro, “para depois se deitar tudo abaixo com uma penada. O princípio deve ser este: não se iniciar a produção de prova senão quando haja segurança de que o juiz conhecerá do objeto da causa”.³²⁵

Por isso, importante que a análise das “questões processuais pendentes” não fique postergada para o final do “processo de conhecimento”, deve ser efetuada no momento previsto para o ato, a *fase de saneamento*, o que novamente reforça a importância da hoje desprestigiada fase procedimental.

A efetiva atuação das partes e seus procuradores nessa fase do processo pode, quando ouvidos pelo juiz em diálogo franco e aberto, evitar o avanço irregular do processo, prevenindo-se futura extinção anómala (sem resolução de mérito).

3.8.3. Análise de pedido de tutela cautelar ou antecipatória ainda não apreciada.

Dentre as questões pendentes apreciáveis pelo juiz, pode haver pleito de tutela cautelar ou antecipatória não apreciada no momento próprio, que, diga-se de passagem, é imediatamente após o pedido.³²⁶

³²⁵ LEITÃO, Helder Martins. *Da Audiência Preparatória do Despacho Saneador, Especificação e Questionário*. Porto: Elcla Editora, 1992, p. 27

³²⁶ Entendemos que a não apreciação de pedido de tutela de urgência *inaudita altera pars* equivale ao indeferimento da decisão, pois, se a parte pede providência sem a oitiva da outra parte e o juiz entende por bem ouvi-la antes de seu pronunciamento, significa que indeferiu o pedido de pronunciamento sem oitiva. Indeferindo, pois, o pleito formulado, sendo a decisão passível de agravo.

Nada justifica o juiz, que ainda não apreciou pedido de tutela de urgência, não apreciá-lo na fase de saneamento, em audiência preliminar, junto com as demais “questões pendentes”.³²⁷

Terá no ato a oportunidade de ouvir autor e réu, ainda que por seus advogados, *esclarecendo-se* sobre as questões de fato eventualmente obscuras (*dever de esclarecimento*). As questões de direito para o deferimento ou indeferimento já terão sido todas deduzidas (inicial, contestação e eventual réplica) e podem ser debatidas.

Nesse momento o juiz, em “saneamento compartilhado”, poderá extirpar qualquer resquício de dúvida que ainda lhe reste para deferir ou indeferir o pleito de “liminar” ainda não apreciado.

É oportunidade de o juiz, no contato direto com as partes e advogados, através de sua sensibilidade, analisar a plausibilidade do direito invocado pelo autor, e, se for o caso, deferir a “liminar” pretendida, *distribuindo o ônus do tempo no processo*, pois “a demora da tutela jurisdicional, sob outro enfoque, beneficia, quase sempre, o réu que não tem razão”.³²⁸

Some-se a isso, que no ato o juiz (em conjunto com as partes) deve fixar os pontos controvertidos e, para nós, também os incontroversos relevantes, abrindo a possibilidade de antecipação de tutela de direito evidente.

*A distribuição do ônus do tempo no processo é medida que se impõe ao juiz do processo civil de corte cooperativo, preocupado com a justa solução do litígio.*³²⁹

³²⁷ “A propósito, convém salientar que, presentes os requisitos exigidos pela lei para a concessão de liminar cautelar ou antecipatória (em ação de conhecimento pelo rito comum, ação cautelar, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular ou ação possessória, *e.g.*), o juiz fica obrigado a concedê-la. Não há discricionariedade como alguns tem apregoado ou entendido, pois discricionariedade implica possibilidade livre de escolha, como dose de subjetividade, entre dois ou mais caminhos a serem seguidos, mencionados pela lei que confere o poder discricionário” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. P. 150).

³²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, p. 150.

³²⁹ “A tutela antecipatória, expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento de mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso de direito de defesa (art. 273, II) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). Desta forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a ideia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do

Contra a decisão proferida em audiência preliminar que aprecia pedido de tutela de urgência, caberá recurso de agravo, na forma retida ou por instrumento, ou mesmo de embargos de declaração, presentes os vícios que ensejam seu manejo, a fim de sanear a decisão antes do recurso próprio.

3.8.4. Eficácia preclusiva do “despacho saneador”.

Apesar de não ser objeto principal do trabalho, optamos por não deixar de trazer ponto que é discutido há décadas na doutrina: a eficácia preclusiva do “despacho saneador”.

A questão é tão antiga que, ainda em 01/06/1964, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado 424, de sua súmula de jurisprudências, indicando que “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”.

Entretanto, mesmo com o enunciado, o tema, por suas vicissitudes, continua até hoje gerando controvérsia.³³⁰

É bom destacar que na mesma “decisão” – seja ela proferida em audiência ou em gabinete - pode ser resolvida mais de uma *questão*³³¹, e, nesse caso, devem ser isoladas em capítulos (analisadas separadamente), pois cada um dos capítulos da decisão (em sentido lato) pode ou não precluir (para a parte ou juiz).

Já advertia Galeno Lacerda que “sendo despacho saneador ato extremamente complexo, de conteúdo variável e heterogêneo, seus efeitos dependerão da natureza da questão”.³³²

direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 27).

³³⁰ Mais de vinte anos depois de editada a súmula, a mesma corte indicou que em relação às questões cognoscíveis de ofício, não se operava a preclusão da decisão em saneamento: “ainda quando não se haja interposto recurso contra despacho saneador, não ocorre preclusão nas hipóteses previstas no artigo 267, paragrafo 3º, do código de processo civil” (ACO 318, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/1987, DJ 05-06-1987 PP-11112 EMENT VOL-01464-01 PP-00006).

³³¹ Adotamos aqui a posição de Marcelo Abelha Rodrigues para quem “questão é todo ponto controvertido de fato ou de direito”, complementando que “as questões incidentes devem ser julgadas antes de julgado o mérito, justamente porque se apresentam como prévias ao julgamento da lide. Temos, pois, dois tipos de questões prévias: a) as questões prévias preliminares e b) as questões prejudiciais” (*Op. Cit.*, p. 466).

³³² LACERDA, Galeno. *Op. Cit.* p. 157.

Por isso, primeiramente dividimos as decisões proferidas em dois grandes grupos: a *decisão em saneamento* (que declara a existência ou não de nulidades) e a *decisão organizatória* da fase instrutória (que prepara o processo para seu momento seguinte). Também separando esses dois “momentos”, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero os tratam, respectivamente, como “organização retrospectiva” e “organização prospectiva” do processo³³³.

Nesse tópico do trabalho analisaremos a eficácia preclusiva da *decisão em saneamento* (“organização retrospectiva”), que aprecia as questões *processuais pendentes*, mais especificamente “os requisitos de admissibilidade do processo”. Adiante analisaremos a eficácia preclusiva da decisão sobre as questões relativas à organização instrutória (“organização prospectiva”).

O primeiro ponto a ser destacado sobre a *decisão em saneamento* é que - seja ela preferida em audiência preliminar ou mesmo em gabinete - o juiz, nesse momento, já deve ter adotado todos os atos necessários para sanar as nulidades eventualmente existentes, por força dos *deveres de prevenção e esclarecimento*.

Por exemplo, visualizando defeito de representação, deve – antes da data designada para a audiência - ter advertido a parte a supri-lo; em caso de entender que da narrativa inicial não decorre logicamente o pedido, deve ter instado a parte a esclarecer sua pretensão. Se houver necessidade de formação de litisconsórcio necessário, já deve ter determinado que a parte promova a citação de quem deve integrar a lide.

Enfim, no momento da *decisão em saneamento*, o juiz diligente e cooperativo, que teve contato anterior com o processo, já realizou a *atividade saneadora* determinando que as partes suprissem as eventuais irregularidades (sempre que possível).

O saneamento do processo é, em verdade, uma decisão interlocutória que nada saneia, mas tão somente declara saneado o processo, ou seja, o declara livre de quaisquer vícios que possam impedir seu regular prosseguimento. Instituto de origem portuguesa, a decisão de saneamento do processo tem por fim precípuo declarar, como dito, a ausência de vícios capazes de impedir o regular desenvolvimento do processo em direção a um provimento de mérito. A eventual existência de algum vício sanável já terá sido, a esta altura, corrigida, na medida em que a atividade de saneamento do processo vem se desenvolvendo desde a propositura da ação (como se viu, por exemplo, quando

³³³ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Código de processo Civil..., pp. 330 e 331.

da análise da petição inicial, cujos vícios sanáveis deveriam ser corrigidos em dez dias), e a existência de vício insanável terá levado, fatalmente, à “extinção do processo”, com base no art. 329 do CPC.³³⁴

Pois bem, decidindo o juiz “as questões processuais pendentes”, qual o recurso cabível?³³⁵ Se o processo for extinto (com ou sem resolução de mérito), abre-se a porta para a apelação³³⁶, não sendo caso de extinção, caberá agravo, em sua forma retida ou por instrumento, conforme o caso³³⁷, além, é claro, de possível prévio manejo dos embargos de declaração, para *sanear* eventual vício decisório (omissão, contradição interna ou obscuridade).

A dúvida que surge é a seguinte: *na segunda hipótese (de não extinção do processo)*³³⁸, *a não interposição de recurso de agravo gera preclusão das questões ali decididas?* A doutrina diverge!

Basicamente há dois posicionamentos: um que entende haver a preclusão de todas as questões já decididas (minoritário) e o outro que indica que há preclusão, com exceção das questões de ordem pública (majoritário). A controvérsia cinge-se, basicamente, em relação à preclusão das questões de ordem pública apreciadas na decisão.³³⁹

Defensor da posição minoritária, Fredie Didier Júnior discorre o seguinte acerca da corrente majoritária:

Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (principalmente no denominado “despacho saneador”, pelo qual o magistrado declara a regularidade do processo) não se

³³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, pp 371 e 372.

³³⁵ Galeno Lacerda indicava o seguinte: “o problema da preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diverso do problema da preclusão das decisões terminativas. Enquanto nestas o magistrado esgota a jurisdição, extinguindo a relação processual, naquelas ele conserva a função jurisdicional, continua preso à relação” (GALENO, Lacerda. *Op. Cit.* 3ª. ed., p. 160).

³³⁶ CPC/73. Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

³³⁷ CPC/73. Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

³³⁸ “Tratando-se de decisões que conduzissem à extinção da instância, por motivos de ordem processual, uma vez transitada em julgado a decisão, o assunto ficaria resolvido em definitivo. O problema colocava-se quando a prolação do despacho saneador não conduzisse ao termo do processo” (PIMENTA, Paulo. *Op. Cit.*, p. 49)

³³⁹ “Grandes processualistas pátrios travaram discussão a respeito da não preclusividade de matérias de ordem pública ao se posicionarem quando à polêmica atinente à preclusão da decisão saneadora – especialmente no que toca às condições da ação e aos pressupostos processuais (CPC, art. 267, IV e VI, respectivamente). A grande dúvida prática do tema restringe-se à viabilidade de o julgador, de ofício ou a requerimento da parte, vir a decretar a extinção do processo com base no art. 267, IV ou VI, do CPC (sentença terminativa), se antes, em fase de saneamento, tinha entendido expressamente pela existência das mesmas condições e pressupostos” (RUBIN, Fernando. *Op. Cit.*, p. 82).

submete à preclusão *pro iudicato*: enquanto pendente a relação jurídica processual, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houveram sido objeto de decisão judicial. O fundamento legal dessa concepção é o § 3º do art. 267, que teria imunizado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo à preclusão. Afirma-se que o enunciado n.º 424 da súmula do STF, embora ainda em vigor, não se aplica a esse tipo de questão. Fala-se que não se pode cogitar em preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória.³⁴⁰

Contrário ao entendimento, o jurista, referindo-se ao § 3º do art. 267 (CPC/73), indica que “não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão das questões já decididas”, ou seja, entende que tais questões podem ser conhecidas a qualquer tempo, desde que ainda esteja pendente, sem que tenha havido preclusão.³⁴¹

Prossegue afirmando que não se pode confundir o fato de determinadas questões poderem ser conhecidas de ofício com a possibilidade de redecidir questões já discutidas, e invoca os arts. 471 e 472, ambos do CPC/73, para justificar sua posição. Finaliza seu raciocínio ressaltando que as decisões interlocutórias são recorríveis, e se há possibilidade de recurso, incide o fenômeno da preclusão.³⁴²⁻³⁴³

Do outro lado, a posição majoritária defende que não há *preclusão*³⁴⁴ em relação às questões de ordem pública decididas no “saneador”. Confirma-se a clássica posição de Galeno Lacerda:

Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa. Daí se conclui que a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte, em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.³⁴⁵

³⁴⁰ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil, v. 01, pp. 514 e 515.

³⁴¹ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 515.

³⁴² DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 516.

³⁴³ Adotando o mesmo entendimento, José Lopes de Oliveira indica que “proferido o despacho saneador de que não se interpôs recurso, já não é possível reexaminarem-se as questões decididas, que ficam preclusas. Assim, se da decisão que julga saneado o processo não se interpôs o recurso específico, preclui a questão que não pode mais ser apreciada” (*Op. Cit.*, p. 94). Ainda nesse sentido: José Carlos Barbosa Moreira (*O novo processo civil*, p. 54), Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro (*Op. Cit.*, p. 68)

³⁴⁴ É importante que não se confunda *preclusão* com *coisa julgada*, o que muitas vezes ocorrer quando a doutrina trata da *eficácia preclusiva da decisão em saneamento*. A *estabilidade* da decisão não é somente obtida pela coisa julgada, mas também pela preclusão. A imutabilidade de decisão é um ponto de interseção entre os dois institutos. A *coisa julgada* liga-se às sentenças, ao passo em que a *preclusão* incide não só sobre as sentenças, mas também sobre as interlocutórias.

³⁴⁵ GALENO, Lacerda. *Op. Cit.*, p. 161.

Nota-se que o doutrinador divide as questões em disponíveis ou indisponíveis às partes. As questões que estão na esfera de disposição das partes precluem. As que estão na seara do *interesse público* (ordem pública) não precluiriam.

A questão da eficácia preclusiva ou não da *decisão em saneamento* decorre do aparente conflito entre quatro dispositivos do CPC/73: o art. 471, *caput* (“nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo...”); o art. 473 (“é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”); o art. 301, § 4º (“com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”); e o art. 267, § 3º (“O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”).

Adotamos o entendimento majoritário de que as questões apreciadas pela decisão em saneamento precluem, à exceção daquelas consideradas de ordem pública (processual), que não estão na esfera de disposição das partes. Nesse sentido é a posição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

O juiz não poderá decidir novamente as questões já decididas no processo sobre a mesma lide (CPC 471). Também é vedado às partes rediscutir questões a cujo respeito se operou a preclusão (CPC 473), sendo, de consequência, igualmente vedado ao juiz redescidi-las. Estas proibições abrangem as decisões interlocutórias e as sentença. Como a decisão de saneamento é interlocutória, as questões nela decididas, e não impugnadas por recurso de agravo, ficam cobertas pela preclusão (v. g., CPC 267 § 3º e 301 § 4º), o juiz poderá, depois de transitada em julgado a decisão de saneamento, decidi-las novamente.³⁴⁶

São, ainda, defensores dessa posição: Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁴⁷, Athos Gusmão Carneiro³⁴⁸; Daniel Amorim Assumpção Neves³⁴⁹, Alexandra Freitas Câmara³⁵⁰ e Mauro Alves de Araújo³⁵¹.

³⁴⁶ Nelson Nery e Rosa Maria. Código de processo civil... p. 723.

³⁴⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Código de processo Civil... p. 331.

³⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 187.

³⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, pp. 236-246

³⁵⁰ CÂMARA, Alexandra Freitas. *Lições...* p. 373.

³⁵¹ ARAÚJO, Mauro Alves de. *Op. Cit.*, p. 180.

Todavia, a questão realmente está longe de ser pacífica, nem mesmo no Superior Tribunal de Justiça, que em última palavra aponta a escorreita interpretação da legislação infraconstitucional. Hoje temos o seguinte:

Reconhece-se como vigente a súmula 424 do STF de 1964 (órgão que à época indicava a interpretação da legislação infraconstitucional) no sentido de que “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”.

Posteriormente (em 1987) o próprio STF indicou que “ainda quando não se haja interposto recurso contra despacho saneador, não ocorre preclusão nas hipóteses previstas no artigo 267, parágrafo 3º, do código de processo civil”³⁵², prevendo a exceção da orientação sumulada.

Hoje, o STJ mantém o “entendimento consolidado de que as matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na Apelação, ainda que a parte não tenha interposto o recurso de agravo”³⁵³.

Todavia, apesar de indicar que com o advento da Lei n. 11.280/2006 a *prescrição* passou a ser tratada como matéria de ordem pública³⁵⁴ (posição da qual discordamos, por ser renunciável)³⁵⁵, afirma que “afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição de recurso, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria”³⁵⁶.

Vê-se que o tema ainda gera controvérsia, o que torna ainda mais imperioso conferir às partes oportunidade de prévia manifestação, pois o poder-dever conferido ao magistrado

³⁵² ACO 318, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/1987, DJ 05-06-1987 PP-11112 EMENT VOL-01464-01 PP-00006.

³⁵³ REsp 1483180/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 27/11/2014.

³⁵⁴ AgRg no AREsp 359.524/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 16/03/2015; EDcl no REsp 1261802/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015; AgRg no AREsp 75.065/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015.

³⁵⁵ A prescrição é matéria cognoscível de ofício, mas isso não a torna matéria de ordem pública.

³⁵⁶ REsp 1276048/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 12/02/2015. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 195.865/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2013; AgRg no REsp 1.013.225/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/2/2009; REsp 1.147.112/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/8/2010; AgRg no REsp 1.147.834/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 19/5/2011.

de conhecer de ofício determinadas questões não lhe confere o poder de pronunciá-las sem prévia oitiva das partes, sob pena de violação ao contraditório.

Eis o *dever de consulta*, que impõe ao magistrado a obrigação de previamente submeter às partes todas as questões relevantes que serão decididas, evitando-se decisões surpresa.

Registre-se, para finalizar o ponto, que trataremos mais adiante sobre a eficácia preclusiva da decisão que organiza a instrução probatória (fixa pontos controvertidos e defere ou não a produção de provas), por hora, é importante ficar claro que a possibilidade de reexame de questão discutida é caso excepcional, admitida pela doutrina majoritária quando se tratar de matéria de ordem pública.³⁵⁷

3.9. Organização da instrução probatória.

3.9.1. Fixação dos pontos controvertidos.

Dispunha o parágrafo segundo, do art. 331, do Código de Processo Civil de 1973 que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

Apesar da redação do dispositivo, a fixação dos pontos controvertidos não antecede a decisão sobre as questões processuais pendentes³⁵⁸, pois, por questões lógicas e de economia processual, estas devem preceder a organização da instrução probatória, que

³⁵⁷ “há de se reconhecer como absolutamente excepcional essa possibilidade de *reversão oficiosa de uma decisão judicial tomada*, já que o instituto da preclusão faz-se ordinariamente necessário justamente por estabelecer ordem e previsibilidade ao rito – sendo evidente que na grande maioria dos casos uma decisão judicial ao se tornar pública não poderá ser alterada ao bel prazer do próprio prolator do despacho (ou eventualmente de um magistrado substituto com jurisdição provisória na comarca). Deixemos bem claro que a ressalva quanto à possibilidade de reexame da decisão no que diz respeito às matérias de ordem pública (como o art. 267, § 3º, CPC e outras, a serem mais à frente encaradas), seja pelo mesmo julgador (quando mantém jurisdição), seja pela instância superior (em caso de recurso, com efeito devolutivo), reside na impossibilidade de, nesses casos, se operar a preclusão, tendo-se em conta que as referidas matérias imperativas, por serem notadamente de interesse supra partes (para usarmos a concepção consagrada por Galeno Lacerda), podem ser reavaliadas ulteriormente” (RUBIN, Fernando. *Op. Cit.*, p. 82).

³⁵⁸ Costa Machado, talvez induzido pelo equívoco legislativo, sugere que a fixação dos pontos controvertidos antecede a solução das questões pendentes: “seja qual for o motivo, diz a lei inicialmente, que, não obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, o que significa a declaração ou referência formal, no ato de saneamento, às questões que serão objeto de atividade probatória. (...) Após fixar os pontos controvertidos, o juiz ‘decidirá as questões processuais pendentes’...” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. Cit.*, p. 379).

se inicia com a fixação dos pontos controversos. O novo CPC já corrigiu o equívoco legislativo.³⁵⁹

Remetendo-nos ao “despacho saneador” português, instituto que deu origem à nossa “fase de saneamento e organização do processo”, havia a previsão do instituto da “condensação”, que se subdividia em “especificação” e “questionário”. No primeiro, o magistrado registrava o que de relevante era incontroverso, no segundo indicava os fatos que seriam objeto de prova.

Nosso ordenamento não prevê a “especificação”, isto é, a indicação das questões relevantes incontroversas, pois se presume incontroverso tudo o que não se fixou como “ponto controvertido” (o “questionário” do direito português).

Os pontos controvertidos são os *fatos relevantes*³⁶⁰ afirmados por uma parte e contestados pela outra, não necessariamente afirmados pelo autor e contestados pelo réu³⁶¹, pois o réu pode, em defesa, alegar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor e este, por sua vez, pode contestar.

Leciona Marinoni que antes do o juiz definir os pontos controvertidos deve, em audiência, conferir às partes oportunidade de discussão, dando “origem a um importante diálogo, fundamental para que se possa chegar à definição do que é controvertido e das provas necessárias e capazes de contribuir para a solução do litígio”.³⁶²

É através do *diálogo judicial* que o processo confere às partes a real possibilidade de participarem da formação do ato final, fortalecendo a democracia através do processo, democratizando o poder judicial.

³⁵⁹ NCPC. 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;

³⁶⁰ “Objeto de prova são os fatos sobre que versa a lide (*rectius*, as ‘alegações das partes’ relativamente aos fatos), aqueles fatos relevantes ou influentes à solução da causa. Fatos sem relação ou não pertinentes com a causa são inúteis, donde inútil sua prova” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 86).

³⁶¹ Equivocadamente Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery indicam que “pontos controvertidos são aqueles afirmados pelo autor, na petição inicial, e expressamente contestados pelo réu na contestação” (Código de processo civil, p. 722).

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Prova... p. 172.

Para otimização dessa atividade deve ficar claro, de plano, que não dependem de prova os *facta notória*, os afirmados por uma das partes e *confessados* pela outra, os admitidos, no processo, como *incontrovertidos*, e aqueles em cujo favor milita *presunção legal de existência ou de veracidade*.³⁶³

A fixação dos *pontos controvertidos* é de extrema relevância para a organização das atividades de instrução probatória, pois delimita o *thema probandum*.³⁶⁴ Com a adequada individualização do que é objeto de controvérsia evitam-se dilações probatórias inúteis e contrárias à razoável duração do processo.³⁶⁵

Como já ficou devidamente esclarecido, a excessiva dilação temporal das controvérsias judiciais vulnera *ex radice* o direito a um processo sem atrasos injustificados, acabando por ocasionar uma série gravíssima de inconvenientes para todos os integrantes do processo. Como igualmente lembrado: *justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça*.³⁶⁶

Essa atividade organizatória, que se justifica pela economia de tempo no processo, precisa refletir a comunidade de trabalho instituída no processo de corte cooperativo, devendo o juiz, antes de fixá-los, manter franco diálogo com as partes, a fim de melhor selecionar o *thema probandum*.³⁶⁷

Além de evitar a indevida dilação probatória, prestigiando-se a razoável duração do processo, a adequada fixação das questões controversas objetiva conferir previsibilidade ao processo, *esclarecendo* às partes o que deve ser provado para formação do convencimento do juiz para a construção da justa decisão.

³⁶³ CPC/73. Art. 334.

³⁶⁴ Junior Alexandre Moreira Pinto indica ser essa (a fixação dos pontos controvertidos) a atividade mais importante da audiência preliminar (*Op. Cit.*, p. 147).

³⁶⁵ “É relevante acrescentar que a fixação dos pontos controvertidos sobre os quais a prova deve incidir é uma medida que valoriza o princípio da economia e da celeridade processuais, porque evita a realização de atividades probatórias desnecessárias e inúteis, determinando as questões jurídicas sobre as quais as partes devem concentrar os seus esforços” (CAMBI, Accácio. *Op. Cit.*, p. 11).

³⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, p. 140.

³⁶⁷ “A formação do tema da prova também deve refletir a comunicação de trabalho em que se consubstancia o processo no marco teórico do formalismo-valorativo. Já impostado o *thema decidendum*, necessidade logicamente prévia à fixação do *thema probandum*, consoante observa a doutrina, é de rigor que restem estreme de dúvida quais são as alegações de fato que devem ser provadas. O objetivo dessa delimitação justifica-se cabalmente em termos de economia processual. A seleção das alegações de fato que devem ser provadas é tarefa que se acomete ao juiz no processo civil brasileiro. Formam o tema da prova as alegações controversas, pertinentes e relevantes produzidas pelas partes. Aqui precisamente o ponto a ressaltar: instando as partes a colaborar, tem o juiz de selecionar, dentre as alegações de fato essenciais, aquelas que tem de ser objeto de prova”. (MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 130).

A fixação dos pontos controvertidos, através do esforço comum dos atores do processo (e não como ato isolado do juiz), diminui o risco que a futura decisão seja pautada em pontos sobre os quais a parte não tenha sido devidamente informada que deveria provar.

A parte não pode ser surpreendida, ao final, com decisão contrária por não lhe ter ficado claro que determinado fato era controverso e necessitava ser provado. Sói ocorrer de a parte, com a juntada de um documento em sua inicial ou defesa, acreditar sinceramente que determinado fato está devidamente provado, mas para o juiz a prova pode ser insuficiente. Por isso a importância do ato. As partes devem estar plenamente cientes do que lhes incumbe.³⁶⁸

Some-se a tudo isso o fato de a atividade (fixação dos pontos controvertidos) possibilitar o deferimento de *tutela antecipada referente a parcela incontroversa do pedido*³⁶⁹, o que deve ser feito na própria audiência.

Por isso, no processo civil de corte cooperativo toda a atividade de delimitação do *thema probandum* (fixação dos pontos controvertidos) deve, preferencialmente, ser realizada na audiência preliminar, em que pese à previsão do § 3º, do art. 331, do CPC/73.

O amplo debate oral e o contato direto do juiz com as partes, em diálogo franco e leal entre os contraditores, prestigia o contraditório redimensionado do *formalismo-valorativo*.

Os atores do processo devem estar preparados para o ato, esmerando-se na boa técnica, a fim de que a correta delimitação dos pontos controvertidos propicie, ao final, uma solução justa ao litígio, em razoável duração.

Através de franco debate (leal e ético) as partes, os advogados e o juiz, irão deliberar, sobre o que, dentro dos fatos relevantes, é controverso. Esse trabalho de identificação

³⁶⁸ Fazendo uma analogia à relação de consumo, em que o legislador impõe ao *fornecedor* o *dever de informação* sobre seu produto ou serviço, no processo, os jurisdicionados tem direito, enquanto *consumidores* da prestação jurisdicional, de obter do Estado-juiz, *fornecedor* do serviço, todas as *informações* necessárias para a adequada fruição do serviço.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. P. 172.

deve ser realizado em conjunto pelos atores do núcleo processual, ainda que a fixação dos pontos controvertidos não se dê em audiência, apesar de não ser ideal o ato em gabinete, conforme registra André Antonio da Silveira Alcântara:

Com isso, proferindo decisão declarativa de sanação em seu gabinete, sem a cooperação dos advogados e até mesmo das partes envolvidas na demanda, poderá deixar de observar questão relevante e, por consequência, indeferir prova pertinente ao convencimento final.³⁷⁰

Pela concentração e imediatidade, o debate vis-à-vis acerca dos pontos controvertidos é mais adequado e eficiente para alcançar a correta demarcação do *thema probandum*. Em audiência o juiz poderá (leia-se: deverá) esclarecer (*dever de esclarecimento*) às partes o que considera controvertido e o que considera incontroverso.

Os contraditores poderão, por exemplo, demonstrar ao juiz eventual equívoco quanto à aplicação o ônus da *impugnação específica* (CPC/73, art. 302, *caput*), pois um fato, ainda que não impugnado especificamente pelo réu, pode estar em contradição com a defesa considerada em seu conjunto (CPC/73, art. 302 III).³⁷¹

No saneamento oral a participação das partes deve ser efetiva, capaz de influenciar na fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, que, após o debate, consignará os pontos controvertidos, que não podem ser *insuficientes (deficientes)*, *excessivos* ou *obscuros*.

Os pontos controvertidos serão *insuficientes (deficientes)* se determinado fato relevante, apesar de controvertido, não for incluído na decisão. Por outro lado, será excessivo, e igualmente nocivo, a inclusão de fato não alegado ou que, tendo sido, não depende de prova. Por fim, *obscuros* serão os pontos que ensejam dúvidas sobre seu verdadeiro sentido ou alcance.

³⁷⁰ ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Op. Cit.*, p. 139.

³⁷¹ CPC/73. Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

O ato que fixa os pontos controvertidos tem nítida carga decisória e, portanto, passível de ser atacado pelos recursos de embargos de declaração e/ou agravo, retido ou por instrumentos, conforme o caso.³⁷²

Assim, *v. g.*, a não inclusão de determinado fato controvertido como tal, enseja o manejo de recurso. Através dos aclaratórios poderá o juiz (depois de ouvida a outra parte) sanar a omissão e incluir o ponto controvertido ou mesmo fundamentar o porquê de não considerar o ponto como controverso.

Apesar de sua importância, a prática forense nos demonstra que muitos juízes simplesmente desprezam o ato de organização de instrução probatória (fixação dos pontos controvertidos),³⁷³ com a conivência das partes (leia-se: advogados) que não querem ter trabalho de instar o juiz a delimitar o *thema probandum*.

Mauro Alves de Araujo, tratando da *fixação dos pontos controvertidos* critica o fato de que “a maioria dos juízes entende ser um ato privativo e unilateral dos mesmos, no qual as partes não devem intervir”³⁷⁴. Essa postura não se coaduna com o processo civil democrático, de estrutura cooperativa.

Por entenderem que é algo que lhes pertence, muitos juízes negligenciam quanto à fixação dos pontos controvertidos, na maioria das vezes por amplia-los demais ou sequer fixando-os³⁷⁵, ou ainda fixando como ponto controvertido fato que não foi impugnado, sobre o qual incidiu a presunção de veracidade³⁷⁶, conforme já constatou Mauro Alves de Araújo³⁷⁷.

³⁷² “É claro que nessa etapa do saneamento oral, as partes por seus advogados têm plena participação, não só apontando questões a incluir nos pontos controvertidos como pleiteando a exclusão de outras que lhe pareçam impertinentes. Ao solucionar as postulações da espécie, o juiz, em audiência ou fora dela, profere decisão interlocutória, desafiadora, portanto, de agravo retido ou de instrumento” (THEODORO JR., Humberto. O processo civil brasileiro: no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 148).

³⁷³ “Na prática, os magistrados muitas vezes se tem omitido, com a tácita anuência das partes, no cumprir a determinação legal” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, p. 87).

³⁷⁴ ARAUJO, Mauro Alves. *Op. Cit.*, p. 184.

³⁷⁵ Constatação também feita por André Ricardo Franco: “ocorre, na prática, que inúmeros magistrados se omitem na função de fixação dos pontos controvertidos, fazendo-o com tanta amplitude, ou até não os fixando, que tal providência resulta em mera formalidade, sem qualquer resultado benéfico para o processo” (FRANCO, André Ricardo. *Op. Cit.*, p. 97).

³⁷⁶ CPC/73. Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

³⁷⁷ “Poderá o juiz ter fixado como ponto controvertido algo que não o é, *v. g.* o fato reconhecido expressamente pelo réu e não impugnado pelo mesmo em nenhuma oportunidade, sendo a produção de provas sobre esse ponto um fator

Diversas são as situações em que o juiz não observa a *forma* imposta pela norma do art. 331, § 2º, do CPC/73, para a devida fixação de pontos controvertidos. A norma é clara, “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas”.

Não é facultado ao juiz não realizar a organização das atividades probatórias, com a fixação dos pontos controvertidos, seja através de decisão em gabinete ou, preferencialmente, em audiência. Há uma ordem lógica a ser observada, primeiro fixa-se os pontos controvertidos, depois se especificam as provas.

Apesar disso, o “despacho” mais sem propósito é, infelizmente, o mais corriqueiro na prática forense, aquele que, sem a prévia fixação dos pontos controvertidos, determina que “as partes especifiquem, justificadamente, as provas que pretendem produzir, sob pena de preclusão”.

Não se entende como poderiam as partes especificar³⁷⁸, *justificadamente*, as provas que pretendem produzir, se não foram fixados os pontos controvertidos, ainda que em gabinete. Não parece haver sentido nessa decisão, despacho ou seja lá o que é isso.

Tratando dos “*Fatores de ordem técnica e subjetiva*” para a “*lentidão na prestação jurisdicional*” José Rogério Cruz e Tucci, em clássica obra, há muito já registrava a atecnia desse “despacho”:

[...] a par da má vontade relativamente à realização dos atos previstos na legislação durante as audiências preliminar e de instrução e julgamento, o proferimento de provimentos tendentes, manifestamente, à procrastinação de outros mais complexos ou da própria sentença, tais como “Digam”... “Diga a parte contrária”..., e “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir” - este inclusive atécnico, porque estabelecido apenas para a hipótese indicada no art. 324 do Código de Processo Civil.³⁷⁹

dispensável, e que pode acarretar prejuízos, econômicos e de celeridade processual, com sua produção” (Mauro Alves de Araújo. *Op. Cit.*, P. 34).

³⁷⁸ João Batista Lopes ressalta a distinção entre “indicação” e “especificação” das provas: “a indicação consiste na menção genérica dos meios de prova que a parte pretende produzir: o autor, na petição inicial, geralmente protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas; por igual, o réu, na contestação, indica os meios de prova com os quais pretende demonstrar as alegações de defesa. A especificação consiste na individualização ou particularização dos meios de prova pretendidos” (LOPES, João Batista. *Op. Cit.*, p. 60).

³⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, pp. 139 e 140.

Igualmente, Sidnei Agostinho Beneti já alertava que essa providência era desnecessária e fator de risco de “mal-entendidos”, até porque fica, para as partes, a sensação de que o juiz pretendeu, com isso, se livrar de uma atividade mais trabalhosa,³⁸⁰ que é a fixação dos pontos controvertidos em comparticipação com os demais atores do núcleo processual.

Para Paulo Hoffman, talvez o maior crítico desse arremedo de decisão, trata-se de providência *inútil* e *inconstitucional*, que deve ser repudiada na praxe forense, por atentar, dentre outras coisas, contra a razoável duração do processo³⁸¹.

Cabe abrir parêntese para destacar que o CPC de 1939, em flagrante atecnia, previa a fixação dos pontos controvertidos somente ocorreria após a fase instrutória³⁸². Diante das críticas, o CPC de 1973 corrigiu o erro, ao prever, em sua redação original, a fixação dos pontos controvertidos antes da audiência de instrução³⁸³.

Posteriormente, com a reforma de 1994, foi incluído o § 2º, no art. 331, do CPC/73, estabelecendo a forma do ato de organização da instrução probatória com a previsão de que o juiz deve fixar os pontos controvertidos para, em seguida, determinar as provas a serem produzidas.

Quando o juiz, sem fixar os pontos controvertidos, intima as partes para especificarem, “justificadamente”, as provas que pretende produzir, está subvertendo a ordem processual, incidindo em erro tão grave quanto o do legislador de 1939. *O magistrado que assim procede nega vigência ao art. 331, mais precisamente ao seu parágrafo segundo.*

³⁸⁰ “Há divergências entre bons juízes a respeito da conveniência de proferir despacho mandando especificar provas. Pessoalmente o acho desnecessário e fator de risco de mal-entendidos: não faltará quem nele veja mero despacho estereotipado e inútil, datilografado pelo cartório, a gerar atraso para o processo, como se o juiz quisesse com ele procrastinar decisão mais trabalhosa em ato processual de maior envergadura. Parece-me melhor não imprimir rotina de determinação de especificação de provas, mas, sim, examinar os autos após a contestação ou a manifestação do autor sobre ela, verificar quais as provas necessárias e, nesse caso, deferi-las, reservando a hipótese de mandar as partes dizer sobre a prova para quando houver dúvida a respeito do cabimento de uma delas. Nesse caso o despacho consultará as partes, precisamente, sobre a necessidade da perícia ou da prova testemunhal, dando a nítida demonstração de prévio exame do processo”. (BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39)

³⁸¹ HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, pp. 124 e 125.

³⁸² CPC/39. Art. 269. Terminada a instrução, o juiz fixará o objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência. Em seguida será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e o órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz.

³⁸³ CPC/73. Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

A observância ao procedimento, nesse caso, não é formalidade excessiva (oca, vazia), mas necessária, pois assegura, no processo de estrutura cooperativa, (i) a efetiva participação das partes, (ii) a lealdade processual e (iii) a vedação de que a parte seja surpreendida com decisão contrária, por não lhe ter sido esclarecido pelo juiz o que entendia ser objeto de prova.

Mais uma vez ressalta-se a importância do *formalismo*, que contém a “ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”³⁸⁴.

A lei (CPC/73, art. 331) confere ao juiz duas *formas* para a prática do ato de fixação de pontos controvertidos: (i) em audiência preliminar ou (ii) em gabinete; em qualquer um dos casos ouvindo as partes. A lei não lhe confere a discricionariedade de não fixar os pontos controvertidos, mormente por ser aspecto extremamente relevante para a atividade processual, conforme ressalta Alvaro de Oliveira:

Aspecto significativo da atividade processual concerne à determinação dos fatos, pois, em princípio, não se mostra possível fixar o direito adequado à solução da controvérsia sem investigar o suporte fático descrito no texto legal, dito incidente e do qual se reclama aplicação. Daí também a influência do formalismo na formação e valorização do material fático de importância para o estabelecimento da norma de decisão da causa.³⁸⁵

O formalismo, nesse quadro, mais do que organizar a desordem disciplina o poder do juiz, atuando como garantidor de direitos fundamentais das partes, impedindo o arbítrio do Estado-juiz.

Por isso, diante a relevância do ato, que deve ser praticado em uma das duas formas previstas na lei (oralmente em audiência ou por escrito em gabinete), a não fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, com a determinação direta de que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, encerra a possibilidade do manejo de recurso, mormente de *embargos de declaração*, enquanto *recurso de saneamento*.

³⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo...* p. 28.

³⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo...*, p. 31.

Apesar de plenamente possível o manejo direito de agravo, entendemos que os embargos de declaração, fundados no art. 535, II, do CPC,³⁸⁶ apresentam-se mais adequados, por mais céleres e efetivos, a sanar o vício de omissão do juiz sobre ponto o qual deveria se pronunciar (fixação dos pontos controvertidos).

Aos mais céticos quanto à possibilidade de recurso contra a “decisão” que, sem fixar pontos controvertidos, determina a especificação de provas, caberia, em último caso, correição parcial³⁸⁷.

3.9.2. Indicação dos pontos incontrovertidos *relevantes*.

Ao contrário da previsão que havia no direito português, nosso ordenamento, apesar de ter ido buscar na legislação lusitana o vetusto “despacho saneador”, não trouxe a figura da “especificação”, prevista na fase de condensação.

Simplemente presumir que é ponto incontrovertido tudo o que não foi estabelecido como controvertido é raciocínio demais simplório, e tende a gerar problemas práticos. Muitas vezes a parte é surpreendida já em grau recursal, com reforma de sentença favorável,

Por isso, o magistrado que, a par de fixar os pontos controvertidos, também identificar as alegações incontrovertidas, estará, indubitavelmente, atendendo aos anseios do processo civil contemporâneo, na busca pela efetividade.³⁸⁸

Isso porque, considerar incontestável tudo o que não foi fixado como ponto controvertido é por demais aberto. Por outro lado, o magistrado identificando as

³⁸⁶ CPC/73. Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

³⁸⁷ No estado do Espírito Santo, a previsão está no art. 176 do Código de Organização Judiciária (Lei Complementar nº 234/2002 e alterações): “são suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte, ou do órgão do Ministério Público, as omissões do Juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos que importem em inversão de ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder”.

³⁸⁸ “Não se discute da relevância em se fixar as questões controvertidas na audiência preliminar, para o bom e regular andamento do processo, na iminência de entrar em sua fase instrutória. Contudo, não devem nesse momento, principalmente os magistrados, fechar os olhos aos fatos incontrovertidos, concedendo-se a correspondente tutela, em caráter definitivo ou interinal, pois assim agindo demonstrarão preocupação com a efetividade que se busca” (ALCÂNTARA. *Op. Cit.*, p. 175).

alegações incontroversas poderá, com base no art. 273, § 6, do CPC³⁸⁹, deferir antecipação de tutela com base em direito evidente.³⁹⁰

3.9.3. Circunscrição dos fundamentos jurídicos.

Apesar de o Código de Processo Civil de 1973 não indicar que o juiz deve delimitar as questões de direito a serem discutidas, a fim de que as partes possam sobre elas se manifestar, essa exigência é extraída do contraditório e do dever de consulta, dele decorrente.

Essa delimitação não deve ultrapassar a fase de saneamento, pois deve anteceder o início da instrução.

Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coroação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexecutíveis), ocorreria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.³⁹¹

Não raras às vezes se verifica, na prática forense, que o julgador, no momento de decidir (sem prévia manifestação das partes), indica, por exemplo, que a questão jurídica debatida no processo não é regida pelo Código Civil, mas sim pela legislação consumerista, ou vice-versa.

Isso traz grande consequência prática e jurídica, pois se muda, por exemplo, de uma responsabilidade subjetiva para a objetiva, no momento da decisão, inevitavelmente prejudicando uma das partes. O mesmo ocorre em quase todas as situações em que se discute a aplicação de responsabilidade subjetiva ou objetiva ao caso.

³⁸⁹ CPC/73. Art. 273. (...) § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

³⁹⁰ “Apreciando em audiência preliminar os fatos incontroversos, quer explícita quer implicitamente, será também durante sua realização o momento de se observar a viabilidade de antecipação de tutela em relação a eles, como fulcro no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil. Todavia, essa significativa medida que se pode tomar, à guisa da efetividade, não está sendo observada pelos magistrados e também pelos advogados das partes” (ALCÂNTARA. *Op. Cit.*, p. 172)

³⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, p. 243.

Muitas vezes, por não ter sido delimitada a questão jurídica na fase de saneamento, essa alteração da qualificação jurídica ocorre em fase recursal, em clara violação ao contraditório.

Como expressa Civinini, a delimitação, seleção e discussão, na fase preparatória, de todas as matérias de fato o direito (inclusive as oficiosas) que possam ser relevantes para a decisão não constituem uma mera tendência na direção da colaboração entre os sujeitos processuais, mais é um importante instrumento de realização do contraditório.³⁹²

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça não reconhece ilegalidade na decisão que, em grau recursal, sem prévia manifestação das partes, altera a qualificação jurídica dos fatos, ao argumento da aplicação dos brocardos *mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*, conforme se extrai do voto proferido no REsp 661016/SP³⁹³:

O recorrente alega violação ao artigo 128 do CPC sob o argumento de a ação ter sido proposta com afirmação de responsabilidade objetiva do ente estatal e o Tribunal de origem ter admitido a condenação do recorrido baseado na responsabilidade subjetiva do Poder Público Municipal. Não lhe assiste razão. Apresentados os fatos pelas partes litigantes, impõe-se ao juiz qualificá-los juridicamente (da *mihi factum dabo tibi ius*), o que não configura invocação de outra causa de pedir. Ainda quando a decisão da causa se dê por fundamento de direito diverso do invocado pelo autor, nem por isso se pode concluir que houve julgamento extra petita ou inobservância do princípio da congruência. Há julgamento extra petita quando o juiz defere pedido não formulado pelo autor; e há ofensa ao princípio da congruência quando o juiz decide a causa com base em fatos não invocados na inicial ou atribuindo aos fatos invocados consequências jurídicas não deduzidas na demanda. Nada disso ocorreu no caso. O julgado observou fielmente os fatos alegados (= ocorrência de acidente aeronáutico e falecimento de seus ocupantes em decorrência de ato do ente municipal) e conferiu-lhes a consequência jurídica (= condenação à indenização) pretendida na inicial. O que ocorreu, simplesmente, foi a invocação de novo fundamento legal da responsabilidade estatal (responsabilidade subjetiva do Município pela negligência do administrador público em não impedir a realização do evento em local que reconhecidamente oferecia riscos à população), mas isso está legitimamente contido no princípio *jura novit curia*. Saliente-se que na própria inicial há pedido de condenação do Município formulado com base na "desleixada imprudência e negligência cometidas por seu agente" (fl. 48). Portanto, conclui-se que não há violação da regra prevista no artigos 128 do CPC quando o

³⁹² NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, p. 242.

³⁹³ O acórdão ficou assim ementado: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. COMANDO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR A CONCLUSÃO ADOTADA PELO ACÓRDÃO. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. ACÓRDÃO DECIDIDO COM FUNDAMENTOS DE DIREITO DIFERENTES DOS APRESENTADOS PELAS PARTES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. ART. 20, § 4º DO CPC. 1. Não pode ser conhecido o recurso especial se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula 284/STF. 2. Não há julgamento extra petita quando a sentença aprecia o pedido tomando por base os fatos e as consequências jurídicas dele decorrentes deduzidos na inicial, ainda que o faça por novo fundamento legal, não subsistindo violação ao art. 128 do CPC. Aplicação do princípio *jura novit curia*. Precedentes 3. Mesmo nas ações de indenização por ato ilícito movidas contra a Administração, vencido o ente público, a fixação dos honorários advocatícios se dará conforme a apreciação equitativa do juiz, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido para restabelecer a verba honorária fixada na sentença. (REsp 661.016/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 01/10/2007, p. 214).

Tribunal examina o pedido e, adstrito às circunstâncias fáticas descritas e comprovadas nos autos, aplica o direito com fundamentos diversos daqueles apresentados pelas partes ou mesmo na sentença.

Ressalta André Pagani de Souza, que “a alteração da qualificação jurídica de um fato não é algo indiferente para as partes e para o magistrado. Por isso, o Estado-juíz não pode modificar a qualificação jurídica de um fato sem que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre isso e influenciar na decisão que será proferida”.³⁹⁴

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. A hipótese não se exhibe rara porque freqüentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.³⁹⁵

Nada impede que o juiz adote uma qualificação jurídica distinta da indicada pelas partes, o que se exige é que - optando por uma terceira via - oportunize prévia manifestação pelas partes.³⁹⁶

Isso porque, o brocardo *iura novit curia*, que pressupõe que o juiz tem o poder-dever de conhecer o direito aplicável ao caso, não é escudo para a violação ao contraditório, legitimando a decisão de “terceira via”.

O tradicional brocardo “como se percebe, não se refere aos fatos, *mas ao direito aplicável à espécie*, Assim, a vedação de decisões-surpresa é plenamente compatível com a orientação consagrada de que o *juiz conhece o direito*, desde que ele proporcione

³⁹⁴ SOUZA, André Pagani. *Op. Cit.*, p. 171.

³⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>, acesso em 04/04/2015.

³⁹⁶ Nesse sentido, observa Tereza Arruda Alvim Wambier que “o juiz precisa demonstrar ter apreciado as posições (argumentos levantados) pelo autor e pelo réu, embora isso não afaste, no que tange ao direito alegado, a possibilidade de o juiz optar por uma terceira via, devendo haver, como se observou no item anterior, contraditório a respeito” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A influencia do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. Revista de Processo, n. 168. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 64).

o debate prévio sobre a nova qualificação jurídica que pretende dar aos fatos que lhe são apresentados”³⁹⁷.

Por isso, ressalta Cintia Regina Guedes que a melhor leitura do *iura novit curia* é a que reconhece sua aplicação, mas que condiciona a validade da decisão à prévia manifestação das partes sobre a requalificação jurídica do fato.³⁹⁸

Dierle Nunes Coelho registra que “na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de 1975 impediu o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações”³⁹⁹.

Para que não reste dúvida quanto à vedação de decisão de “terceira via”, o NCPC traz, de forma expressa, a previsão de que “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”.

Mais especificamente sobre a fase de saneamento e organização do processo, o legislador do NCPC previu que uma das incumbências do juiz é “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito”⁴⁰⁰. Prestigiou-se, assim, o contraditório, “valor-fonte” do processo civil de corte democrático.

3.9.4. Distribuição, pelo juiz, do ônus da prova.

Não é nova a discussão acerca do “momento” da inversão do ônus da prova. Muito se discutiu (e discute) se deve ser decidido pelo juiz após a inicial, no “despacho saneador”

³⁹⁷ SOUZA, André Pagani. *Op. Cit.*, p. 170-1.

³⁹⁸ GUEDES, Cintia Regina. A estabilização da demanda no Direito Processual Civil. In *O Novo Código de Processo Civil: Direito em perspectiva (reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 284.

³⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo...*, p. 228.

⁴⁰⁰ Dierle José Nunes Coelho adverte, entretanto, que “Obviamente que o fomento ao debate, inerente a essa fase, não poderá nunca ser desnaturado como elemento estratégico por parte do juiz para a obtenção de um acordo e aumento de sua produtividade. O fomento do debate por parte do juiz buscará a ampliação e problematização das questões a se decidir mediante a suscitação de dúvidas (v. g. aplica-se ou não a súmula X do Tribunal Y na espécie), e não por meio de ameaças de prejuízos” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo...*, p. 246).

ou somente quando do julgamento⁴⁰¹. O CPC de 1973 não previu a possibilidade. Nem mesmo o CDC, que expressamente previu a inversão (art. 6º, VIII)⁴⁰², tratou do momento da decisão.

A doutrina sempre divergiu se a inversão do ônus da prova é *regra de instrução/procedimento* (aspecto subjetivo) ou *regra de julgamento* (aspecto objetivo), o que influi diretamente no momento em que deve ser decidida a inversão.

Nem mesmo no STJ a questão foi tranquila. Somente depois de muitas idas e vindas, depois de entender por muito tempo se tratar exclusivamente de *regra de julgamento*⁴⁰³, até mesmo de admitir as duas possibilidades⁴⁰⁴, a Corte Superior parece ter fixado o entendimento de que o momento adequado para a inversão é a *fase de saneamento*, por se tratar de *regra de instrução*⁴⁰⁵.

Para por fim à polêmica, o NCPC previu expressamente que “deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo definir a distribuição do ônus da prova” (art. 357, III), observado o art. 373.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ “A celeuma quanto ao momento da redistribuição do ônus da prova remete à contenda doutrinária no que toca à aplicação do art. 6º, VIII, do CDC: há entendimento que julga correta a inversão no deferimento da petição inicial; outros esgrimmem a tese da flexibilização da regra na fase de saneamento; e, por fim, parcela da doutrina entende o momento oportuno quando sentença.” (Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto. *Ônus da Prova e sua Dinamização*. Salvador/BA: JusPodivm, 2014, p. 185).

⁴⁰² CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁴⁰³ REsp 949.000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008; REsp 422.778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220; REsp 241.831/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2002, DJ 03/02/2003, p. 314.

⁴⁰⁴ “A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo)” (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

⁴⁰⁵ “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas” (AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014). No mesmo sentido: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.

⁴⁰⁶ NCPC. 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.

Deve-se abrir parêntese para registrar que a decisão que flexibiliza a regra geral do ônus da prova deve ser devidamente fundamentada, como prevê o § 1º, do novel art. 373, sob pena de nulidade.⁴⁰⁷

Acreditamos ser essa a decisão mais acertada, pois a distribuição do ônus da prova no despacho inicial é, a nosso sentir, prematura, pois o réu sequer se manifestou, diminuindo o ângulo de visão do juiz sobre quem melhor terá condições de produzir as provas.⁴⁰⁸

Por outro lado, a inversão do ônus da prova no julgamento inevitavelmente *surpreende* as partes, justamente o que a nova legislação abomina.⁴⁰⁹

O juiz não pode, somente quando do julgamento, “avisar” as partes que inverteu o ônus da prova, pois a flexibilização não pode gerar decisão surpresa, violadora da boa-fé processual que também deve ser observada pelo julgador.⁴¹⁰

A indicação às partes de quem incumbe o ônus da prova atende ao *dever de prevenção* imposto ao juiz, em decorrência do *contraditório substancial* e do *princípio da cooperação*.⁴¹¹

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

⁴⁰⁷ “ainda que se admita a flexibilização das regras sobre ônus da prova, uma decisão neste sentido deve ser minuciosamente fundamentada e proferida na fase de saneamento, de modo que as partes possam atuar no processo de modo a efetivamente poderem influir na preparação da decisão do órgão judicial.” (SOUZA, André Pagani de. *Op. Cit.*, p. 178)

⁴⁰⁸ “A dinamização do *onus probandi* em decisão citatória não é adequada. Nesse momento não se sabe efetivamente das dificuldades da prova, na verdade, a situação instrutória do réu pode ser ainda mais complicada, além de sequer ser possível o conhecimento dos pontos controvertidos, que dependem da resposta do réu” (Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto. *Op. Cit.*, p. 185).

⁴⁰⁹ “É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão-surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes *previamente* que não observará a distribuição do ônus, tal qual disciplinada pelo art. 333 do Código de Processo Civil” (Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto. *Ob. Cit.*, p. 178).

⁴¹⁰ “Se houver necessidade de decisão a respeito de quem tem o ônus de provar (entendido o ônus da prova, aqui, como uma regra de instrução) à vista das peculiaridades do caso concreto, quiçá daí resultando a inversão no ônus da prova, tem o juiz de examinar o problema na audiência preliminar. Deixar a decisão a respeito do assunto para momento ulterior pode surpreender as partes e violar do direito fundamental ao contraditório e o direito à prova e contraprova” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. código de processo civil... p. 331)

⁴¹¹ “Ou seja, não pode o magistrado decidir a alteração das regras sobre o ônus da prova no momento do julgamento, sob pena de proferir uma decisão-surpresa eivada de nulidade, por violar o princípio do contraditório e cercear a defesa da parte prejudicada” (SOUZA, André Pagani de. *Op. Cit.*, p. 178).

Por isso, a previsão de que a definição sobre a distribuição do ônus da prova deve ser feita na fase de *saneamento e organização*, que antecede à *fase instrutória*, é a mais adequada, pois as partes já terão sido ouvidas, mas ainda terão condições de produzir todas as provas necessárias ao convencimento juiz, antes da prolação da decisão.

Isso significa que terão condições, efetivas, de participar da construção da decisão a que estarão sujeitos, assegurando assim *democracia no processo*.

3.9.5. Poderes instrutórios do juiz contemporâneo.

A extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e a função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Evidentemente, entre os poderes das partes e do órgão judicial constata-se sempre uma interferência recíproca e dialética, na medida em que a potencialização daqueles interfere, em maior ou menor medida na força destes e vice-versa. Também como regra geral, o informalismo tende a alarga os poderes do órgão judicial, deixando-o livre de peias para agir como entender. (...) Mais complicado e em constante modificação revela-se o problema do papel a ser desempenhar pelo juiz na investigação dos fatos e sua apreciação, questão intimamente vinculada à divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes.⁴¹²

Problema costumeiramente confundido com o princípio dispositivo é a questão dos *poderes instrutórios do juiz*, que se manifestam de forma mais concentrada justamente na fase de saneamento, quando serão especificadas e determinadas as provas a serem produzidas.

Inicialmente importa lembrar que, pelo nosso sistema, os fatos são levados ao órgão judicial pelas partes e a *instrução probatória* é apenas um meio para que o processo atinja sua finalidade, de entregar justa decisão, jamais pode se tornar fim último do processo.

Deve-se reconhecer que a “verdade” obtida com a investigação dos fatos da causa é sempre relativa, pois “o que o juiz descobre das múltiplas e turvas fontes da investigação probatória deve substituir a verdade pura e absoluta”⁴¹³, certamente inalcançável.

⁴¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no processo..., p. 187.

⁴¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no processo..., p. 203.

Apesar da inalcançável obtenção da “verdade absoluta”, pela vedação ao *non liquet* o Estado-juiz não pode se eximir de seu múnus, ainda que nada tenha sido provado, devendo, nesse caso, se valer (subsidiariamente) das regras de distribuição do ônus da prova.

A prolação da decisão com base nas regras de distribuição do ônus da prova deve, impreterivelmente, ser a última opção do juiz no processo civil de estrutura cooperativa, que não permite mais a *extremada* concepção de separação de atividades no processo.

Impõe-se, na atual fase do direito processual, uma releitura dos clássicos brocardos “da mihi factum, dabo tibi ius” (traga-me os fatos que lhe dou o direito)⁴¹⁴ e “quod non est in actis non est in mundo” (o que não está no processo não está no mundo).

Essas *máximas* não podem, de forma alguma, no processo civil de corte cooperativo, serem compreendidas como uma “camisa de força” que impede o juiz de se imiscuir na investigação fática.

O contraditório redimensionado, que marca a ferro e fogo o processo civil contemporâneo, não só permite ao juiz uma postura ativa, mas a impõe, sem prejuízo a imparcialidade.

O juiz que participa ativamente do processo, dialogando com as partes e *esclarecendo* o que ainda precisa ser provado e buscando sua investigação, mostra-se imparcial. De outro giro, “o juiz que somente toma conhecimento do processo ao proferir a sentença deve ser tido como extremamente ‘parcial’ por não ter permitido que a parte que perdeu a demanda o tivesse convencido durante a instrução”⁴¹⁵.

A formação de uma comunidade de trabalho imposta pelo modelo cooperativo de processo afasta a clássica concepção de que o juiz deve ser “imparcial” (leia-se: passivo), e que deveria apenas se ater aos fatos alegados e provados pelas partes, pelos meios de provas por elas requeridos.

⁴¹⁴ “Hodiernamente, em face da complexidade cada vez maior d sociedade moderna, também na valorização jurídica da causa revela-se importante a cooperação das partes, tendo ocorrido modificação no entendimento e compreensão do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo... p. 290).

⁴¹⁵ HOFFMAN, Paulo. *Op. Cit.*, pp. 73-4.

A ciência processual evoluiu, “de modo a liberar o juiz dessas cadeias formalísticas, atribuindo-lhe poderes intensificados para a investigação probatória, facultando-lhe de conseguinte melhor conhecimento dos fatos, ponto importante na formação de sua convicção”⁴¹⁶.

Por isso, importante uma leitura contextual do art. 130 do CPC/73⁴¹⁷. Os poderes instrutórios conferidos pela norma processual não se confundem com o *princípio dispositivo*, que se relacionam ao exercício da ação. Dentro do processo as partes sujeitam-se às normas procedimentais (de caráter público), inclusive ao *princípio do impulso oficial*. Nesse sentido é a valiosa lição de Alvaro de Oliveira:

Todavia, de modo nenhum podem ser confundidos o momento inicial - consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão processual – com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório. O primeiro, convém esclarecer, não se exaure tão somente numa declaração de caráter informativo, mas numa *declaração de vontade*, que estabelece o elemento essencial do direito ou do contradireito – o elemento constitutivo causal -, com o qual a parte age ou se opõe ao agir de outrem, vinculando o juiz e forçando-o, nos limites ali fixados, a exercer o seu ofício. Instaurado porém o processo, o seu *modo, ritmo e impulso* escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despiciendo no entanto possa o juiz em certas hipótese levar em conta as exigências concretas do caso. Daí o equivoco de colocar-se no mesmo plano as iniciativas do juiz em tema de *prova* (operante apenas no plano da “*formelle Prozessleitung*”) e as que incidem por sua vez sobre as *alegações*, que concernem efetivamente ao plano da “*matéria*”, ou seja, do “objeto” do processo. Em realidade, a confusão embarçaria a necessária distinção entre os planos do direito material e do processual.⁴¹⁸

Assim, inicialmente há faculdade da parte iniciar e limitar a demanda (causa de pedir e pedido), que, depois de instaurada, é orientada por normas de ordem pública, que estabelecem, dentre outras coisas, poderes investigatórios ao juiz, a fim de que cumpra seu ofício da maneira mais adequada ao atingimento do resultado justo.

Não pode existir, portanto, uma presunção do comprometimento da parcialidade do juiz diligente pela investigação oficiosa, pois o processo contemporâneo exige a quebra do monopólio das partes sobre os meios de prova, até porque eventual arbitrariedade

⁴¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no processo..., p. 206.

⁴¹⁷ CPC/73. Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no processo..., p. 207.

sempre será passível de controle via contraditório substancial e dever de motivação das decisões.

Importante frisar, nesse contexto, que “a tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico”⁴¹⁹.

O ativismo do juiz na instrução probatória não se destina a substituir a atividade das partes e seus procuradores, mas sim complementá-la, em atuação cooperativa, com todos interessados no resultado justo, tendo sempre em mente que “o processo civil não atua no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas”⁴²⁰.

O “saneamento compartilhado” - especificamente em relação à definição das provas a serem produzidas - é indispensável ao modelo constitucional de processo, em que os seus atores atuam em cooperação, não se admitindo que o juiz se omita na realização de determinada prova, ainda que as partes tenham silenciado.

Nesse caso, o juiz, sem medo de ser parcial, deve *informar* e *esclarecer* as partes que algum ponto ainda precisa ser provado, e determinar oficiosamente a realização da prova.

A determinação oficiosa de produção prova também não pode ser caracterizada como violadora da parcialidade pelo simples fato de que o juiz não sabe de antemão a quem a prova beneficiará.⁴²¹

Registre-se, por fim, que a atividade instrutória do juiz, conferida pelo artigo 130 do CPC/73, não é incompatível com a inversão do ônus da prova.⁴²²

⁴¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 66.

⁴²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no processo...*, p. 207.

⁴²¹ “Ainda que imagine que tal prova possa, em tese, ser mais favorável a uma das partes, se não a determinar, em última análise, estará sendo parcial em favor da parte que acredita não ter razão e em prejuízo daquele que, até aquele momento, parece-lhe que vencerá a demanda” (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento...*, p. 76). Ainda nesse sentido: “O juiz que, *ex officio*, determina a produção de certa prova não está sendo parcial, nem favorecendo alguma das partes, ainda que a prova depois produzida, seja favorável a uma das partes em detrimento da outra. Tal parcialidade inexistente até porque o juiz não sabia, ao determinar a produção da prova, qual seria a parte favorecida. Ao contrário, será parcial o juiz que deixar de determinar de ofício a produção de certa prova, pois nesse caso estará favorecendo a parte a quem tal prova seria prejudicial” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, p. 45).

⁴²² REsp 696.816/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 29/10/2009.

3.9.6. Determinação das provas a serem produzidas e preclusões.

O último ato decisório do juiz na etapa final da *fase de saneamento e organização do processo* é a determinação das provas que serão produzidas em audiência de instrução.

Depois de devidamente (declarado) saneado e organizado o processo, ou seja, quando em cooperação já tenham sido extirpadas as nulidades sanáveis, decididas as questões processuais pendentes e definidos os pontos controvertidos e delimitada a questão jurídica, deve o juiz deferir as provas pertinentes.

Por óbvio que o sucesso dessa empreitada (determinação das provas a serem produzidas) depende de quão preparados estão, na audiência preliminar, as partes, os advogados e o juiz.

A efetividade da fase seguinte (instrutória) varia na razão direta do maior ou menor preparo dos sujeitos do processo. Quanto mais preparados estiverem, mais efetiva será a fase instrutória, sem restrições excessivas nem dilações impertinentes. Quanto menos preparados, menos útil será a instrução.

É na audiência que a oralidade atinge seu ponto máximo, e através desse contado direto e imediato do juiz com as partes e seus procurados, em franco diálogo e cooperação, o juiz deve determinar a produção das provas úteis e necessárias, devendo atentar “que, na dúvida, as provas requeridas devem ser por ele deferidas, evitando-se, assim, a ocorrência de cerceamento de defesa”⁴²³.

O descontentamento de qualquer das partes com as provas deferidas (ou indeferidas) é atacável por meio de agravo.

Não raras às vezes nos deparamos, na prática forense, com juízes, depois do “saneador”, determinando a produção de outras provas além das definidas no ato. Vemos juízes “reconsiderando” sua decisão, seja para deferir prova indeferida ou não realizar prova já

⁴²³ FRANCO, André Ricardo. *Op. Cit.*, p. 99

deferida ou determinada de ofício. Nesse ponto, novamente surge a polêmica sobre a *preclusão*.

Vamos então tentar responder as seguintes indagações: pode o juiz determinar a realização de uma prova e posteriormente voltar atrás e indeferi-la ou não realizá-la? Pode deferir prova anteriormente indeferida? Pode ser determinada a produção de outras provas não tratadas na *decisão em saneamento*?

Começando pelo ponto menos polêmico, é certo que, por força do art. 130, do CPC/73, poderia o juiz determinar a produção de *outras* provas que não as deferidas ou indeferidas na audiência preliminar (ou no “despacho saneador”)⁴²⁴.

Registra José Roberto dos Santos Bedaque que, nesse caso, a preclusão ocorre somente para a parte e “não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido”.⁴²⁵

Na realidade, a controvérsia acerca das questões probatórias concerne à preclusão *consumativa*, ou seja, quando já houve prévia e expressa manifestação sobre a produção (ou não) de determinado meio de prova.

Basicamente essas situações são as seguintes: Quando o juiz defere a produção de determinada prova, pode posteriormente indeferi-la?⁴²⁶ E a conjuntura inversa, pode deferir prova anteriormente indeferida?

⁴²⁴ “Não há preclusão absoluta em matéria de prova à luz do art. 130, CPC. Mesmo proferido o saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar realização de outras provas, acaso entenda que essa providência é necessária à instrução do feito. Não é à toa que a doutrina admite tranquilamente que o juiz, ao fim da instrução, em vez de sentenciar, converta o julgamento em diligência probatória, retornando à fase instrutória. Além disso, a possibilidade de alegação de fatos supervenientes (art. 462 e 517, p.ex.) também justifica a possibilidade de produzir prova inicialmente não determinada na decisão saneadora” (Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada. vol. 02, Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008, p. 97). No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 265-6.

⁴²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 22. Daniel Assumpção Neves que registra que “se a preclusão temporal não atinge o juiz, ainda mais evidente se verificará tal inocorrência de preclusão quanto à produção de provas, podendo o juiz determiná-las em qualquer momento do trâmite processual” (*Op. Cit.*, p. 266)

⁴²⁶ “Verifica-se com frequência na praxe forense a atitude do juiz em dispensar prova que havia deferido sob a justificativa de já ter se convencido dos argumentos lançados pela parte que requereu a produção daquela determinada prova. Depois de realizada uma perícia, na audiência de instrução, debate e julgamento, o juiz, extra autos, alega com o patrono da parte que é desnecessária a oitiva das testemunhas e dá a entender que já formou sua convicção. Mais frequente ainda é aquele juiz que, com o mesmo argumento, alega não necessitar ouvir todas as testemunhas arroladas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 267).

Para a primeira pergunta a resposta é negativa. Apesar dos poderes conferidos ao juiz pela regra do art. 130, do CPC/73, que lhe autoriza a indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, não pode, uma vez deferida a prova, voltar atrás, pois se atribuiu à parte um direito, sobre o qual se operou a preclusão para o juiz.⁴²⁷

Registra Daniel Amorim Assumpção Neves, defendendo que uma vez deferida a prova não pode o juiz voltar atrás, que “o momento único e adequado a essa decisão, ao menos sob a forma negativa, é a do saneamento do processo”⁴²⁸.

Complementa que “deferindo uma prova requerida por um dos litigantes, a nosso ver não mais poderá indeferi-la, já que esse litigante adquire um direito à produção daquela prova, que não pode simplesmente lhe ser subtraído pela vontade do juiz”⁴²⁹. Nem mesmo se a prova foi requerida de ofício será possível voltar atrás.⁴³⁰

Por fim, em relação à situação inversa, ou seja, sobre a possibilidade de deferimento de prova anteriormente indeferida, temos que a resposta é positiva, pois, nesse caso, em matéria de prova não se opera a preclusão para o juiz.⁴³¹

Afirma Barbosa Moreira que o “despacho saneador” opera preclusão sobre todas as questões decididas de ofício ou a requerimento da parte, “com a ressalva da possibilidade, que sempre lhe fica, de determinar a realização de prova indeferida, mas

⁴²⁷ “A despeito do enunciado normativo do art. 130, CPC, que admite que o julgador indefira provas inúteis ou protelatórias, o momento único e adequado para fazê-lo é o saneador. Ao autorizar a produção das provas solicitadas, atribui-se à parte um direito à produção daquela prova (art. 5º, IV, CF) que não pode ser subtraído ao arbítrio do julgador. Operou-se preclusão consumativa. Até porque, bem se sabe, se o juiz de primeira instância ficou satisfeito com as provas já produzidas, formando seu convencimento, o mesmo talvez não se possa dizer do tribunal que revisará o julgamento em grau de recurso: serão aquelas provas para ele suficientes? Afinal, a decisão final e definitiva será a dos órgãos da instância recursal” (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada. vol. 02, Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008, p. 97-8).

⁴²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 267.

⁴²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 268.

⁴³⁰ “Na verdade, pouco importa de quem partiu a iniciativa de suscitar a necessidade de realização da prova – do juiz ou das partes –, o que importa é que, uma vez deferida, confere-se às partes o direito de vê-la coletada – inclusive em razão do princípio da comunhão da prova –, que não pode mais ser suprimido, ressaltando-se a ocorrência de fato novo ou a expressa anuência de ambas as partes e do juiz” (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada. vol. 02, Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008, p. 98). No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 271.

⁴³¹ Didier discorda da posição, indicando que o entendimento deve se pautar pelo mesmo raciocínio (da preclusão) adotado para a situação inversa, afirma, assim, que “a princípio não seria possível, em nome da segurança jurídica, mas, a ocorrência de um fato novo pode tornar a prova necessária” (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada. vol. 02, Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008, p. 98).

que lhe venha a parecer, mais tarde, necessária a instrução do feito (art. 130)”⁴³². No mesmo sentido é a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves.⁴³³

Creemos que esse entendimento, que prestigia a maior cognição, confere maior possibilidade de se trazer mais elementos para a formação do convencimento do órgão julgador, aumentando a possibilidade de construção de uma decisão mais justa, objetivo final do processo.

Por óbvio que a decisão deve ser devidamente fundamentada, até para que se verifique a pertinência da prova, pois também não se admite dilações inúteis.

Cabe registrar, por fim, que em todas as situações problemáticas aqui tratadas sempre será possível a alteração do entendimento anterior (deferimento ou indeferimento) quando a modificação for fruto de entendimento comum entre *todos* os atores do processo, depois de devidamente debatido o ponto.

3.9.7. Designação de audiência de instrução e julgamento.

Depois de tomadas todas as decisões, deve o juiz, se necessário, designar *audiência de instrução e julgamento*.

Pode ocorrer, contudo, que ultimadas as providências previstas para a *audiência preliminar* o juiz, em conjunto com as partes, constate ser dispensável a designação de audiência de instrução, por serem suficientes as provas já produzidas ou mesmo por ser necessária apenas uma perícia ou inspeção judicial que dispense a realização de nova audiência.

Em regra, a audiência de instrução e julgamento só deve ser designada se houver necessidade de produção de prova oral (depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunha ou esclarecimento do perito).

⁴³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo.... p. 54.

⁴³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 270.

Não sendo necessária a produção de prova oral, os princípios da *efetividade* e da *razoável duração do processo* justificam a não realização da audiência de instrução. Daí exsurge, novamente, importância da adequada condução da *audiência preliminar* para atingimentos dos fins constitucionais do processo, a *decisão justa em razoável tempo*.

Com a designação da audiência de instrução e julgamento (se necessária) finda a extraordinariamente importante *fase de saneamento e organização do processo*.

4. Considerações finais.

Iniciamos nossas considerações finais retornando ao início do trabalho para respondermos *o que se espera do processo hoje? Espera-se uma decisão qualquer no mais curto espaço de tempo? Ou a melhor decisão de mérito possível (justa e garantidora de direitos fundamentais) em razoável duração?*

Se a resposta à primeira indagação for uma decisão qualquer no menor espaço de tempo possível, talvez a fase de saneamento seja realmente um estorvo ao processo, como muitos acreditam.

De outro giro, se hodiernamente se espera do processo a *melhor decisão de mérito possível, em prazo razoável, a fase de saneamento e organização* do processo é essencial para esse fim.

O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero prestador de serviços. Essa perspectiva reduz o papel do cidadão ao de mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdição, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.⁴³⁴

A nova orientação processual persegue um processo norteado pelos direitos e garantias fundamentais, com um procedimento *dialógico*, com a efetiva *coparticipação* dos sujeitos do processo, através de uma *participação real* e a assunção de *responsabilidades* por parte desses sujeitos, em que o juiz assume o importante papel de

⁴³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático..., pp. 163/164.

garantidor de direitos fundamentais, conferindo às partes o direito de *influir, lógica e juridicamente* na formação do julgado, a fim de se obter um resultado *justo*.

O processo, através do propalado acesso ao judiciário, nunca esteve tão próximo da sociedade, mas esse fácil acesso logo se esfumaça. Na prática, instaurada a contenda judicial, surge abissal distância entre o cidadão e o Estado, que daquele se serve e àquele deveria servir.

No hodierno cotidiano dos fóruns e tribunais, o processo civil de “metas” (de qualidade) tem feito intangível a participação das partes na formação da decisão judicial e tornando ainda mais incerto o direito material.

Uma maior atenção à *fase de saneamento do processo* é de grande valia para estreitar esse quadro de distanciamento, pois, pelo seu desiderato, mostra-se terreno fértil para o *diálogo* e a necessária *cooperação* entre os atores do processo, ou, melhor dizendo, para a *cooperação dos sujeitos com o processo*.

Isso porque na *fase de saneamento e organização* do processo o legislador inseriu um “ponto de encontro” entre todos os atores do núcleo processual, a *audiência preliminar*, expressão máxima do diálogo que deve(ria) imperar no processo.

Nesse “ponto de encontro”, não por acaso inserido no “meio” do processo, os contraditores exerceriam *conjuntamente* três importantes atividades que visam à obtenção da *justa decisão em razoável espaço-tempo*.

Além da conciliação, a mais almejada forma de resolução dos conflitos, o encontro propícia que os atores do núcleo processual (não sendo possível a autocomposição) realizem em comparticipação a *organização retrospectiva* do processo, extirpando eventuais vícios sanáveis e solucionando as “questões processuais pendentes”. Depois, também de forma compartilhada, tomariam a *organização prospectiva* do processo, otimizando as diligências a serem realizadas na fase seguinte.

A adequada atenção à *fase do saneamento de saneamento e organização* do processo não só contribui para uma decisão de mérito justa, construída a partir do esforço comum

dos atores do núcleo processual, mas pode contribuir sobremaneira à *razoável duração do processo*, ao contrário do que creem alguns.

Ocorre que na prática se constata o esmagamento ou mesmo a supressão dessa fase importante fase processual. As *audiências preliminares*, quando realizadas, não são nem próximas da figura prevista pelo legislador, gerando constantes injustiças decorrentes da fragilização do procedimento, em prol de uma alardeada celeridade.

A jurisdição não pode ter função meramente declaratória, o processo não poder ser visto como mero aplicador (em massa) da lei, mas, ao revés, deve propiciar vida aos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal, assegurando a contemporaneidade da legislação a ela submetida, diante das céleres transformações sociais, próprias da sociedade contemporânea.

Através do *contraditório* deve se assegurar *participação* na formação do ato àqueles que sofrerão suas consequências. O processo deve ser, em sua essência, democrático, imperando o *diálogo* construtivo entre todos os seus atores, sob pena de externar negativo exemplo autoritarismo, não tolerado pela sociedade no Estado que se pretenda *democrático*.

A *cooperação* no processo civil é sim necessária e atingível, devendo ser concebida a partir do *diálogo judicial* na busca da *melhor solução para o caso concreto*, conferindo às partes liberdade e paridade de tratamento, com a observância, pelo juiz, de todos os pontos de vista e considerações levadas ao processo, para que a solução encontrada por ele, ao final, goze de presunção de ser válida e aceitável, dentro de um modelo democrático de processo.

Cada vez mais a Constituição exerce influência sobre os demais ramos do direito (assim não poderia ser diferente) e o processo civil contemporâneo não foge a essa regra. A legislação infraconstitucional, inclusive a processual, deve ser lida e interpretada de acordo com os valores encartados na Constituição Federal.

Mais do que uma nova legislação é preciso uma nova mentalidade e postura dos operadores do direito,⁴³⁵ sob pena de tornar inócua qualquer alteração legislativa, que venha para contextualizar o direito - enquanto fenômeno cultural - aos novos anseios sociais.

Por isso, como nunca é “correta a afirmação de que o juiz há de ser um homem de seu tempo, o que equivale a dizer, imerso no contexto histórico de sua época e em plena sintonia com esse”⁴³⁶, deixando de ser apenas um aplicador do direito posto.

Nesse contexto, “a mudança de mentalidade em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência”⁴³⁷.

5. Conclusões.

O direito é, indiscutivelmente, um fenômeno *cultural* e, como tal, reflete a sociedade de sua época, comportamento, crenças e valores. Não por acaso, é dinâmico, adequando-se a necessidade de cada sociedade em cada momento de sua história, e o direito processual, enquanto ramo autônomo, não foge a essa regra.

Assim como a sociedade, portanto, o direito processual, enquanto ciência, passou por diversas fases evolutivas.

A primeira delas, sua pré-história, foi conhecida como *praxista*, em que não se reconhecia a autonomia do direito processual em relação ao direito material, sendo aquele um “apêndice” deste, por isso também a fase denominada *sincretista*.

A partir da metade do século XIX, constatando a autonomia do direito processual em relação ao direito material, floresceu na processualística alemã a ideia da ciência

⁴³⁵ “É natural que o texto da lei envelheça, no entanto, com a constatação de que o direito é um construído significativo e não apenas um dado textual a ser explicado, cabe ‘aos juristas a oxigenação de diplomas antigos, sem reescrever-se a literalidade de um único dispositivo’” (Lucas Buril de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto. *Ob. Cit.*, p. 50).

⁴³⁶ GOMES, Sérgio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 33.

⁴³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 51.

processual como ramo autônomo do direito. Temos, assim, a fase *autonomista* do processo, marcada pela formação dos conceitos de seus principais institutos, nascendo o conceito de *relação jurídica processual*. A *ação* era o centro da ciência processual.

A inegável importância desse período foi o surgimento do direito processual como ciência autônoma, e a conseqüente criação dos principais conceitos da nova ciência, daí porque o período também é conhecido como *conceitualista*.

O *conceitualismo* exacerbado dessa fase impôs uma revisitação aos fins do processo, enquanto *instrumento* colocado a serviço do direito material. O *instrumentalismo*, rompendo com o *formalismo exacerbado* da fase autonomista, foi importante para estreitar a abissal dicotomia criada na fase anterior entre direito material e processual.

Na nova fase a *jurisdição* passa a ter lugar de destaque, e é erigida como polo metodológico da ciência processual, porquanto constitui manifestação do poder estatal. Assim, a função da *jurisdição* é *declarar o direito objetivo*.

Inegável a importância do *instrumentalismo*, mas, no Estado Democrático não se concebe mais que a *jurisdição* tenha função meramente declaratória da ordem jurídica, e nem que ela pode ser o polo metodológico da ciência processual, por desprestigiar o papel das partes no processo.

Com isso, o *formalismo-valorativo* traz para o centro da ciência processual o próprio *processo*, que não pode mais ser visto como um monólogo judicial, mas sim como palco de três atores (autor, réu e juiz). Além disso, a nova fase preconiza que a decisão judicial traz sempre algo novo, atuando na reconstrução da ordem jurídica, não apenas declarando-a.

Isso porque o juiz contemporâneo não está simplesmente adstrito ao texto da lei, mas sim, e principalmente, aos valores e princípios encartados na Constituição. A decisão pode, assim, ser contra a lei, mas não contra o Direito Constitucional, que exerce força indelével sobre a legislação ordinária.

Paralelamente à evolução da ciência processual, visualizam-se *modelos de processo*, que basicamente definem como se articulam e distribuem, no processo, as “tarefas” de seus sujeitos.

Apresentam-se, inicialmente, dois modelos clássicos de processo, que refletem as características culturais das sociedades em que estão inseridas.

Um deles, o modelo *isonômico*, relaciona-se às sociedades em que há distinção entre Estado, sociedade e indivíduo é menos acentuada. É característico, ainda, dos países em que o direito tem fundamento na *commom law*. Relaciona-se, por fim, à maior incidência, no processo, do *principio dispositivo*, conferindo amplos poderes às partes na condução do processo, com um juiz “espectador”.

O outro modelo, diametralmente oposto, é o *hierárquico*. Comumente relacionado às sociedades em que há acentuada distinção entre Estado e indivíduo. É marca dos países em que o direito encontra raízes na tradição ítalo-germânica. Relaciona-se, esse modelo, à maior incidência, no processo, do *principio inquisitivo*, com as atividades processuais concentradas na mão do juiz e com um contraditório enfraquecido.

Diante da insuficiência de ambos os modelos para atender aos anseios da sociedade contemporânea, emerge a necessidade de adoção de um terceiro modelo, em que o papel dos atores processuais esteja mais bem dividido, mais *democrático*, em que todos os sujeitos do núcleo processual atuem em comparticipação, com contraditório redimensionado.

Enfim, um modelo *cooperativo*, que prestigie o poder estatal, mas que assegure às partes, através do *diálogo judicial*, a *participação* na formação do ato a que estarão sujeitos. Eis o modelo ideal.

Assumimos no trabalho que vivenciamos, a partir da redemocratização imposta pela Constituição Federal de 1988, o marco teórico do *formalismo-valorativo* e que o modelo ideal de processo para os Estados Democráticos é o *cooperativo*. Busca-se um processo civil de *resultados justos*, em *razoável duração*.

Todavia, ao lado do mundo teórico, o cotidiano forense revela uma crise institucional do poder judiciário, que não consegue, em regra, entregar a decisão *justa* nem em *razoável* tempo. Para “solucionar” o problema, vimos a superestimação da *celeridade*, do processo civil de “metas”, mas metas de quantidade, não de qualidade.

Os juízes, com a inegável falta de estrutura a que estão sujeitos, passaram a olhar só para a parte final do processo, quando muito ao seu início. O meio do processo é praticamente ignorado. Numa visão panorâmica, com cortes verticais, podemos dividir o processo em quatro fases, a *postulatória* (início), a de *saneamento* (meio), a *instrutória* e a *decisória* (ambas no fim).

A fase de saneamento possui tríplice finalidade, *conciliação*, *expurgo de vícios sanáveis* e *organização da instrução probatória*, e a *audiência preliminar* é a sua expressão máxima, o momento criado pelo legislador para ser, no processo civil de corte cooperativo, o “ponto de encontro” de todos os atores do núcleo processual.

Entretanto, os juízes passaram a vê-la como a grande responsável pelo grande mal do processo, a demora na prestação jurisdicional.

A *fase de saneamento*, e principalmente a audiência preliminar, não merecem o carma que carregam, pois, se bem conduzidas, levariam justamente à razoável duração e à justa decisão, fruto do trabalho comum de todos os sujeitos do processo. Uma melhor atenção à fase poderia levar, com o adequado preparo e boa vontade dos juízes, a um maior número de conciliações, a mais almejada forma de composição de litígios.

Se a conciliação não se limitasse na prática ao tradicional “tem acordo?”, mas fossem empregadas técnicas de conciliação (negociação), por um *juiz conhecedor do processo*, certamente os números de conciliação seriam melhores. Alcançando-se não só as metas de quantidade, mas principalmente de qualidade.

Ainda que não fosse possível a conciliação, o “saneamento compartilhado” do processo permitiria, em *diálogo* franco e aberto, que todos os envolvidos no processo extirpassem eventuais vícios sanáveis, permitindo que o processo avançasse livre de nulidades, evitando-se retrocessos adiantes. Quando houver algum vício não sanado, o juiz deve,

atendendo ao *dever de prevenção*, instar a parte a fazê-lo, inclusive a orientando como fazer (*dever de esclarecer*).

Na audiência as partes tem o seu verdadeiro “dia na corte”, quando podem se dirigir diretamente ao juiz esclarecendo o que almejam do poder judiciário. A parte se sente prestigiada por estar diante do Estado-juiz, para elas muitas vezes alguém quase que intocável, ouvindo e fazendo-se ouvir. O judiciário nesse momento se democratiza, pois assegura à efetiva participação no processo daqueles que estarão sujeitos ao provimento final.

No debate vis-à-vis o juiz pode melhor solucionar as “questões processuais pendentes”, inclusive eventuais pedidos de tutela de urgência ainda não apreciados. Não há razão para que esse tipo de providência ultrapasse esse momento processual, pois o juiz já será conhecedor dos argumentos de autor e réu, cabendo a ele, eventualmente, distribuir o *ônus do tempo no processo*.

Feito o saneamento, inicia-se o debate sobre a organização da fase instrutória. A fim de racionalizar as atividades probatórias, o juiz, após debate e prévia consulta às partes, deve fixar os *pontos controvertidos*, consignar as principais *alegações incontroversas* e, ainda, *delimitar as questão jurídica envolvida*.

A adequada fixação dos pontos controvertidos, que deve ser fruto do esforço comum dos atores do processo, além de otimizar a fase seguinte, evitando-se dilações inúteis (contribuindo sobremaneira para a razoável duração), possibilita que as partes saibam exatamente o que ainda precisam provar.

O juiz do processo civil de corte cooperativo atende, assim, o *dever de esclarecer*, evitando que a parte seja surpreendida por achar que determinada alegação estava provada, quando para o juiz não estava.

Igualmente, indicamos aqui nossa opinião pessoal no sentido que o juiz deve indicar quais são as principais alegações incontroversas, o que for relevante para o deslinde da controvérsia, assim como ocorre na “especificação” do direito português.

A delimitação da questão jurídica a ser debatida, expressamente determinada pelo NCPC, objetiva conferir previsibilidade ao julgamento, evitando-se as decisões de “terceira via”, que surpreendem as partes. Trata-se da vedação à “decisão surpresa”, que, quando não observada, atenta contra o contraditório e os deveres de *lealdade* e *boa-fé*, também impostos ao órgão julgador.

Igualmente, a *decisão em saneamento* é o momento em que o juiz deve decidir sobre o ônus da prova, consoante, inclusive, vem entendendo o STJ. Deixar para o momento da sentença, tratando-a como regra de julgamento, inevitavelmente *surpreende* as partes, o que não se tolera no processo civil cooperativo.

O juiz não pode, somente quando do julgamento, “avisar” as partes que inverteu o ônus da prova, pois a flexibilização do ônus da prova não pode gerar decisão surpresa, violadora da boa-fé.

A questão dos *poderes instrutórios do juiz*, que se manifestam de forma mais concentrada justamente na fase de saneamento, quando serão especificadas e determinadas as provas a serem produzidas. Ao contrário do que se pensava algum tempo atrás, o juiz passivo em relação à produção de provas não é imparcial. Pelo contrário, pode incorrer em parcialidade.

O “saneamento compartilhado” - especificamente em relação à definição das provas a serem produzidas - é indispensável ao modelo constitucional de processo, em que os seus atores atuam em cooperação, não se admitindo que o juiz se omita na realização de determinada prova, ainda que as partes tenham silenciado. O juiz, sem medo de ser parcial, deve *informar* e *esclarecer* as partes que algum ponto ainda precisa ser provado, e determinar oficiosamente a realização da prova.

Todo o *formalismo* previsto para a *fase de saneamento e organização do processo* deve ser observado, ao contrário do que ocorre hoje na prática. Essas atividades, se realizadas em participação por todos os atores do núcleo processual, tendem a obtenção de uma decisão justa, em prazo razoável.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC - Da audiência preliminar. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 7, nº 678, 24 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/5723-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar-5555>.

ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento do Processo: Saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual*. São Paulo: LEUD, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A garantia do Contraditório*. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. E ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20%288%29%20-formatado.pdf>

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20%20formatado.pdf), acesso em 19/01/2015

ANGRIGHI, Fátima Nancy. *O Instituto da conciliação e as inovações introduzidas no código de processo civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 727, ano 85, maio 1996, p. 29-32.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *O Problema da “Divisão do Trabalho” entre Juiz e Partes: Aspectos terminológicos*. Revista de processo: RT, jan/1986, vol. 41.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma Visão Dialética)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 01. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CAMBI, Accácio. *Audiência Preliminar: Meio Eficiente de Agilização da Prestação Jurisdicional*. Revista Bonijuris. Ano XXII. Núm. 554, Janeiro 2010, p. 10-12
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009.
- CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Poderes conciliatórios do juiz (in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo / Grinover, Ada Pellegrini / Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. *A Audiência Preliminar no Procedimento Comum Ordinário*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processo Civil: teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, vol. 01. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada*. vol. 02, Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2008.
- _____. *Os Três Modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In *Ativismo Judicial e Garantismo Processual* (coord. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy). Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 207-217.
- _____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Vol. 1 e 2.
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.
- _____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FARIA, Márcio Carvalho. *Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós-positivismo, Formalismo-valorativo... A Supremacia Constitucional no Estudo do*

Processo. Revista Ética e Filosofia Política, Nº 15, Volume 2, Dezembro de 2012, p 103-117.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Ricardo Santos. *Direito Material e Direito Processual: a problemática advinda da incompreensão do binômio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1265, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9283>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

FRANCO, André Ricardo. *Audiência Preliminar do Rito Ordinário no Direito Processual Civil Brasileiro*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano*. Revista Jur. UNIJUS, Uberaba/MG, V.9, n. 10, p. 77-95, Mai. 2006.

GOMES, Sérgio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GRECO, Leonardo. *O Saneamento do Processo e o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Núm. 8-2011, Julho 2011, p. 568-600.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2011.

GUEDES, Cintia Regina. A estabilização da demanda no Direito Processual Civil. In *O Novo Código de Processo Civil: Direito em perspectiva (reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria Geral do Processo Civil*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2007.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 8, t. I.

_____. *Despacho Saneador*. 3ª Ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LEITÃO, Helder Martins. *Da Audiência Preparatória do Despacho Saneador, Especificação e Questionário*. Porto: Elcla Editora, 1992.

- LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. / Peixoto, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova de Sua Dinamização*. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2014.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código do Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri, SP: Editora Manole, 2009.
- MADUREIRA, Claudio Penedo, 1973-M183d. *Direito, Processo e Justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça / Claudio Penedo Madureira*. – 2009. 226 f. Orientador: Francisco Vieira Lima Neto. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC - crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme / MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Tutela Inibitória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MAZZEI, R. R. *Embargos de Declaração: Recurso de saneamento com função constitucional*. Tese (Doutorado em Função Social do Direito) - Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2012.
- MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *Atuação do Juiz na Direção do Processo*. In *O Novo Código de Processo Civil: Direito em perspectiva (reflexões acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Tomo I (art. 1º - 45). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.
- _____. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Tomo IV (art. 228 - 443). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. In: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque (Coordenadores). *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo de Conhecimento na Prática*. São Paulo: Atlas S.A, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante* / Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Civil* – 7. Ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Editora Método, 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. Ed (ano 2008), 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, José Lopes de. *O despacho Saneador*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.
- PASSOS, J.J. Calmom de. *Revisitando o Direito, o Poder, A justiça e o Processo*. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.
- PARCHEN, Laura Fernandes. *Impacto do Princípio da Cooperação no Juiz*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013.
- PIMENTA, Paulo. *A fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A Causa Petendi e o Contraditório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2013.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Audiência Preliminar e Oralidade*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 759, ano 88, p. 767-791, jan. 1999.
- RIBEIRO, Darci Guimarães e SCALABRIN, Felipe. *O Papel do Processo na Construção da Democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processo Civil: Teoria Geral: Premissas e Institutos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- RUBIN, Fernando. *Matérias NÃO Sujeitas a Preclusão para o Estado-juiz*. Revista Judiciária do Paraná, Ano VIII, n. 6, novembro/2013.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A Dogmatização da Ampla Defesa: Óbice à Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Flávio Pancaro da. Prólogo à segunda Edição. Despacho Saneador (Galeno Lacerda).
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no Processo Civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- SOUZA, André Pagani de. *Vedação das Decisões-Surpresa no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SOUZA, Artur César de. *O Princípio da Cooperação no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. *RePro*. 225, novembro, 2013.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- THEODORO Jr., Humberto. *Processo Justo e Contraditório Dinâmico*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 33, nov./dez. 2009.
- _____. *O Processo Civil Brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo, 1997.
- VINCENZI, Brunela Viera De. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de Redução da atividade recursal das partes*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier-formatado.pdf> (acesso em 20/08/2014).
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão*. *Revista de Processo*, n. 168. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 53-65.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes – *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.