

O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente

EDUARDO TALAMINI

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Panorama geral do “saneamento” nos três regimes comparados – A terminologia – Os contornos da fase saneadora. III - O saneamento do processo no direito português. III.1 - Mecanismos anteriores à criação do “despacho saneador”. III.2 - O “despacho saneador” português. IV - O saneamento do processo no direito brasileiro anterior a 1939. V - O “despacho saneador” no Código de Processo Civil brasileiro de 1939. VI - O conteúdo do saneamento no processo civil brasileiro atual. VII - A reforma de 1994. VIII - Consideração final.

I - Introdução

1. A existência de necessidades idênticas ou semelhantes em diversas sociedades e épocas faz com que em cada uma delas sejam estabelecidos instrumentos jurídicos com funções similares – sem que haja necessária relação de influência, de inspiração entre uns e outros. Então, e sob o ponto de vista da história e da comparação jurídica, em distintas épocas e locais, sempre haverá semelhantes institutos voltados para o mesmo fim, sem que um precise ter advindo do outro. Para que se possa constatar efetiva inter-relação entre esses institutos parecidos, mais do que a função de cada um (eventualmente igual diante da semelhança de necessidades), importa examinar sua estrutura. É da constatação de marcantes traços de homogeneidade quanto a esta que se poderá qualificar um instituto como derivado de outro. Essa advertência, aliás, tem sido reiteradamente destacada por J. Rogério Cruz e Tucci, em exposições acerca da história do processo. E é algo que se há de ter em mente não só

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/PR-IAP), CAEDI e IBEJ, Mestrando na Faculdade de Direito da USP.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

quando se analisam os instrumentos jurídicos mais diretamente ligados às instituições político-econômico-sociais (tais como o casamento, a compra e venda, a propriedade). Igualmente no que tange a técnicas e princípios internos aos mecanismos jurídicos esse fenômeno é verificável.

É o que se dá com as chamadas técnicas do “saneamento do processo”. Podem ser localizados inúmeros expedientes, em sistemas processuais atuais ou de outros tempos, com maior ou menor similitude quanto à finalidade: a divisão do processo civil romano em duas fases (*in iure* e *in iudicio*); o poder que o pretor detinha de conceder ou denegar a *actio*; os pronunciamentos *praeparatoria iudicii* no processo medieval; a audiência preliminar austríaca (*die erste Tagsatzung*); o *summons for direction* no processo inglês; o *pre trial conference* (ou *pre trial procedure*) norte-americano; o “modelo de Stuttgart” alemão; o Código-tipo para a Ibero-América – e assim por diante. Em suma, não são poucos os sistemas processuais modernos que reservam uma fase às funções “saneadora em sentido estrito”, “esclarecedora”, “instrutória” e “abreviadora” do processo¹.

2. Não há como se afirmar que qualquer desses outros mecanismos constitua a origem do “despacho saneador” previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (nem do julgamento conforme o estado do processo, do Código de 1973). Trata-se de instituto criado diretamente pelo direito português. As estruturas e ligações históricas evidenciam a originalidade da criação portuguesa e a indicam como matriz do “saneamento” brasileiro – ainda que não se exclua alguma mediata interferência de outros institutos, tanto na formação do “despacho saneador” português quanto em suas derivações no processo brasileiro².

II - Panorama geral do “saneamento” nos três regimes comparados – A terminologia – Os contornos da fase saneadora

3. No Código de Processo Civil português e no brasileiro de 1939, a expressão “despacho saneador” é utilizada não apenas para designar a decisão que tem por saneado o processo ou a que determina suprimento de irregularidades. Mais do que isso, sob o título do “despacho saneador”, pode haver mesmo a extinção do processo (quanto aos motivos e limites para tanto – seja visto adiante). Enfim, “des-

pacho saneador”, naqueles dois diplomas, designa globalmente a atividade concentrada desenvolvida pelo juiz a fim de verificar, em dado momento, se o processo precisa ir adiante – e as conseqüências a serem adotadas conforme esse juízo seja positivo ou negativo.

Já o Código brasileiro de 1973 reservou o título “Do Saneamento do Processo” (Seção III, Capítulo V, Título VIII, Livro I) para disciplinar as providências que serão adotadas pelo juiz quando ainda não é o caso de se extinguir o processo (ou seja, quando o juízo acima mencionado é negativo) – proferindo-se então decisão interlocutória, que encaminha o feito adiante. Essa seção, na versão original do Código, também recebera a denominação “Do Despacho Saneador”. O título, contudo, foi substituído antes mesmo de o diploma entrar em vigor (Lei nº 5.925/73). Àquele leque maior de provimentos possíveis encartados antes sob a rubrica do “despacho saneador” o Código de 73 reservou o termo “julgamento conforme o estado do processo” (capítulo, no diploma, do qual o “saneamento” é uma das seções). Ainda, parte do que se faria por ocasião do “saneador” está disciplinada no capítulo imediatamente antecedente, o “Das Providências Preliminares”.

Daí que, para a comparação com o “despacho saneador” português e do direito brasileiro anterior, não se toma em conta apenas a seção “Do Saneamento do Processo” do Código de 73, mas sim a disciplina global do “julgamento conforme o estado do processo” e algum dos pontos constantes das “providências preliminares”. Aliás, e conquanto outras críticas possam ser feitas ao termo empregado em Portugal e no direito brasileiro anterior (v. a seguir), há, em certo sentido, mais acerto nele do que na terminologia atual do diploma processual civil brasileiro.

Fase “saneadora”, precisamente, não é apenas aquela prevista no art. 331 do Código brasileiro em vigor. No momento ali previsto, mais nada se *saneia*: só se *declara* saneado. Verdadeiros saneamento e ajuste do processo já começam a se dar com as providências preliminares (arts. 323 a 328), quando: ouve-se o autor sobre defesas materiais indiretas e processuais; determina-se o suprimento de irregularidades e nulidades sanáveis; eventualmente, mediante demanda incidental, amplia-se o objeto do processo para abranger declaração acerca de questão prejudicial; verifica-se se ocorreu o efeito principal da revelia. “Saneamento

em sentido estrito” (enquanto extirpação dos defeitos corrigíveis) está previsto precisamente na parte final do art. 227 e precede lógica e cronologicamente as providências previstas no capítulo do “julgamento conforme o estado do processo”.

De mais a mais, também as hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 (extinção do processo, sem ou com julgamento do mérito) integram a atividade concentrada de saneamento em sentido amplo. De algum modo, podem ser tidas como a “contraface” da declaração de saneamento prevista no art. 331. Põem-se três caminhos para o julgador: ou, diante de defeitos insuperáveis, dá fim ao processo sem julgar o mérito; ou, não sendo assim, julga desde logo o mérito, posto que dispensável instrução probatória; ou, descartados os dois primeiros caminhos, tem por saneado o processo e encaminha a instrução probatória (não sem antes, diante da disciplina instaurada com a reforma do final de 1994, tentar conciliar as partes, se o direito admitir transação). Enfim, no exame da continuidade ou não do processo, o juízo negativo impõe a disciplina dos arts. 329 e 330; o positivo, a do art. 331 (ainda que com isso não se queira dizer que a prática dos atos previstos no art. 331 implique necessariamente o descarte das hipóteses de extinção de que trata o art. 329 – v. adiante).

Então, querer separar incisivamente “saneamento do processo” e “julgamento conforme o estado do processo”³ equivale, por exemplo e sob certo prisma, a pretender ver na sentença de procedência e na de improcedência dois “institutos distintos”: são coisas diversas, sem dúvida; mas compõem os dois caminhos de uma bifurcação, duas alternativas por ocasião de determinado juízo.

Indo avante, algo da tarefa imposta ao legislador no art. 331 do atual Código brasileiro – a fixação dos pontos controvertidos e o encaminhamento da instrução probatória – não está, no direito português, inserido propriamente na disciplina do “despacho saneador”, mas nos preceitos imediatamente seguintes. Trata-se da “organização da especificação e questionário”: ato que, conquanto praticado no bojo do próprio “saneador”, constitui “realidade autônoma” perante ele⁴.

Por fim, e desde a Lei nº 8.952, de 13-12-94, o “saneamento do processo” brasileiro inclui ainda audiência em que se tenta conciliação e discutem-se a fixação dos pontos controvertidos e as provas a serem produzidas. Nada ha-

via de similar no Código brasileiro de 39. O direito português igualmente prevê, mais ou menos nesse ponto do procedimento ordinário, uma audiência. Essa, diferentemente do que se passa no sistema brasileiro, precede o “saneador” com todos os seus desdobramentos (possibilidade de extinção; correção de vícios etc.). Além disso, possui fins em parte diversos dos visados pela nova audiência prevista no Brasil (tentativa de conciliação e debates sobre o mérito, quando de tal se possa conhecer diretamente, ou sobre exceções).

Em suma, a comparação entre os modelos de saneamento dos três sistemas envolve precipuamente as previsões relativamente concentradas em uma mesma fase dos respectivos procedimentos ordinários pelas quais, nessa ordem: (a) verifica-se a existência de vícios – suprindo-os se sanáveis, extinguindo o processo em caso negativo; (b) conhece-se diretamente do mérito, se isso já é possível; (c) ou, não sendo, resolvem-se as questões processuais pendentes, definem-se os pontos controvertidos e encaminha-se a instrução probatória.

Portanto, e mais do que ato isolado, o saneamento constitui verdadeira “fase”. E isso, nos três regimes: mesmo o “despacho saneador” português e o do Código brasileiro de 39 detêm essa característica: são, quando menos, atos complexos⁵. E, se acima foi criticada a terminologia do atual diploma brasileiro, essa é uma das ressalvas que se pode fazer à expressão “despacho saneador”: dá a indicação inadequada de ato único (além do que, na série de providimentos que podem compô-lo, os principais têm conteúdo decisório – e não de simples despacho).

III -O saneamento do processo no direito português

III-1. Mecanismos anteriores à criação do “despacho saneador”

4. As Ordenações Filipinas (Livro III, Título XX, §16) disciplinavam hipótese que poderia hoje, a grosso modo, ser aproximada à da arguição e apreciação das condições da ação e ao reconhecimento de sua carência pelo autor. Ainda, as mesmas Ordenações (Livro III, Título LXVI, § 9º) traziam a previsão de que, em caso de confissão do réu, o juiz proferiria desde logo decisão, não equiparável à sentença que é precedida de instrução completa. Tinha-se então um “preceito *de solvendo*” (que não

se confundia nem com a sentença definitiva nem com a interlocutória), dotado de eficácia executiva. A noção de confissão a que se referiam as Ordenações era igualável à atual de “reconhecimento do pedido”⁶.

Todavia – destaca reiteradamente a doutrina –⁷, não há como se pretender ver em tais hipóteses verdadeiros precedentes do “despacho saneador”, naquilo que esse mecanismo tem de especial. Primeiro, porque tratavam de situações específicas – e não da conferência genérica de poderes ao juiz para zelar pela regularidade do processo. Depois, e como consequência da primeira constatação, não se dava ao juiz a possibilidade de inspecionar *ex officio* a regularidade do processo.

5. Ainda antes da criação do “despacho saneador”, noticiam-se atos administrativos do Ministério da Justiça e da Procuradoria Régia portugueses advertindo os membros do ministério público de que deveriam procurar evitar as nulidades nos processos de que participassem, suprimindo as sanáveis – sob pena de anotações na ficha funcional. Dessa providência administrativa teria surgido a prática de o órgão do ministério público, nos processos em que atuasse, buscar junto ao juiz e com a concordância dos advogados a realização de audiência posterior à fase postulatória, com o fim de localizar e eliminar nulidades⁸.

Mas, ainda nesse caso, e deixando-se de lado a abrangência concreta dessa prática, falta o elemento essencial do “saneador” e de seus desdobramentos no Brasil: a provocação para o exame dessas matérias era feita por sujeito do processo que não o juiz.

III.2 - O “despacho saneador” português⁹

6. A criação do instituto deu-se, de fato, por meio do Decreto nº 3, de 29-5-1907 (então com o nome de “despacho regulador do processo”). Tratava-se de dispositivo inserido na disciplina de processo sumário para as causas cíveis e comerciais de pequeno valor. Concediam-se poderes ao juiz para, por ocasião desse “despacho regulador”, conhecer e julgar matéria relativa às nulidades processuais.

Ainda em 1907 (30 de agosto), outro decreto estendeu tal previsão – praticamente repetindo-a – para o procedimento das ações de despejo de prédios urbanos e rústicos. Nos anos seguintes, houve sucessivas regulamentações de procedimentos das demandas atinentes a in-

quilinato, em que se manteve o “despacho regulador” (Decretos de 12-11-10; de 27-6-18 [nº 4.499]; de 19-4-19 [nº 5.411]). Posteriormente, o Decreto nº 12.353, de 22-9-26 (que veiculou a “reforma do processo ordinário”), estendeu os poderes do juiz ao exame, naquele momento, da legitimidade das partes, de sua apresentação em juízo e de outras questões prévias ou prejudiciais ao conhecimento do mérito – passando o ato a ser denominado “despacho saneador”. A partir de então, desenvolveu-se tendência jurisprudencial de ampliação das hipóteses de julgamento direto do mérito já na fase saneadora. Com o Decreto nº 18.552, de 3-7-30, passam a poder ser resolvidas no “saneador” todas as outras questões para cuja decisão o processo já reunisse elementos instrutórios suficientes. Depois, o Decreto nº 21.287, de 26-5-32, consolidou a legislação processual civil e comercial, mantendo as regras até então vigentes sobre o “despacho saneador”, e criou o instituto do “questionário”.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto nº 29.637), em seu art. 514, veio a complementar o rol de atividades desenvolvidas pelo juiz por ocasião do “saneador”, dando-lhe basicamente a feição que possui hoje em Portugal. Autorizou-se o conhecimento direto do mérito (o que em alguns casos já era possível antes – quer por expressa previsão dos textos anteriores, quer por criação jurisprudencial). Previu-se audiência preparatória, a preceder o “saneador”, a qual se destinaria à busca da conciliação e – frustrada a tentativa ou incabível – à discussão das questões resolúveis por meio daquele pronunciamento. Ainda, introduziu-se a figura da “especificação”. (v. a seguir).

Em 1961, reformou-se o Código português (Decreto-Lei nº 44.129), com a disciplina atinente à fase de saneamento (que a doutrina portuguesa usa designar “fase de condensação”) estendendo-se do art. 508 ao 512. Ainda, o “questionário” e a “especificação” passaram a ocorrer formalmente também no “despacho saneador” (v. a seguir). Houve nova reforma no processo português em 1967, sem maior alteração da disciplina do “saneador”. Finalmente, também o Decreto nº 242 de 9-7-85 trouxe algumas mudanças, que, embora significativas, não chegaram a alterar a feição geral da fase de saneamento.

Elaborou-se anteprojeto de reforma do CPC, publicado ainda em 1988 pelo Ministério da Justiça, que traria algumas modificações para essa fase do procedimento, sem alterá-lo subs-

tancialmente. Esse anteprojeto acabou sendo deixado de lado. Em fevereiro de 1995, o Ministério da Justiça divulgou novo “Projecto de Revisão”, que não guarda relação com aquele publicado em 1988 e também traz algumas alterações em relação à disciplina vigente¹⁰.

7. O atual regime do “despacho saneador” pode ser descrito, em apertada síntese, nos seguintes termos.

7.1. Finalizada a fase postulatória (“os articulados”), caso pareça possível ao juiz conhecer diretamente do mérito, ele poderá designar audiência preparatória (art. 508, 1). Igual poder o magistrado terá se reputar necessária a discussão de exceções dilatórias ou peremptórias (art. 508, 3). Admitindo a causa transação, as partes serão intimadas para, sob pena de multa, participarem da audiência ou conferirem ao advogado poderes especiais para transigir (art. 508, 2).

Até 1985, a audiência, no caso do art. 508, 1, era obrigatória. Sua falta acarretava “nulidade não principal”, nos termos do art. 201, 1¹¹ – ou seja, algo equivalente à anulabilidade em nosso sistema (não é conhecível de ofício, é sanável, convalidável, não argüível por quem a deu causa etc.). Apenas na hipótese do art. 508, 3, a designação de audiência era facultativa. O Decreto n^o 242/85, porém, tornou sempre facultativa.

Tenta-se primeiro a conciliação (art. 509, 1). Não a obtendo, o juiz dirige os debates entre as partes (art. 509, 2). A falta de alguma ou ambas as partes devidamente intimadas não adia a audiência (art. 509, 3).

7.2. Depois da audiência (quando nela não se obtém conciliação) – ou, se não houve audiência, logo após a fase postulatória –, tem vez o “despacho saneador”, cujo objeto o exame (art. 510, 1):

(a - primeira parte) de exceções que levem à “absolvição de instância” (em outros termos: à extinção do processo pela falta dos pressupostos para admissibilidade de julgamento do mérito);

(a - segunda parte) das nulidades (“principais” e “secundárias” – o equivalente, a grosso modo, a nulidades absolutas e relativas);

(b) das “exceções peremptórias” (no que se incluem, além dos fatos impeditivos e extintivos do direito do autor¹², tal como hoje concebidos em nosso sistema, o “caso julgado”);

(c) direto do pedido, se a questão de mérito for só de direito e já puder ser decidida com “segurança” ou se o processo já possui elementos suficientes para “decisão conscienciosa”.

7.3. O exame das nulidades e das causas acarretadoras da “absolvição de instância” só pode deixar de se fazer no “saneador” se nesse momento faltarem elementos instrutórios suficientes para tanto – cabendo ao juiz fundamentar a decisão que postergue tal tarefa (art. 510, 2). Também as exceções peremptórias serão sempre julgadas quando dispensável maior instrução probatória (art. 510, 3). Apenas o julgamento imediato do mérito não está expressamente imposto em termos cogentes. Mas, mesmo nessa hipótese, a doutrina destaca não se tratar de simples faculdade do juiz – e sim dever “inerente ao princípio geral da economia processual”¹³.

Entendia-se caber agravo da decisão que deixa para depois o julgamento das questões examináveis no “saneador”¹⁴. A reforma de 1985, contudo, estabeleceu expressamente que “não cabe recurso de ‘despacho saneador’ que, por falta de elementos, reogue para a sentença o reconhecimento das matérias que lhe cumpre conhecer nos termos das alíneas a) a c) do n^o 1” do art. 510 (art. 510, 5).

7.4. Sendo conhecido diretamente o mérito ou julgada procedente exceção peremptória, “o despacho fica tendo, para todos os efeitos, o valor de uma sentença e como tal é designado” (art. 510, 4). O recurso cabível será então o de apelação (e não de agravo, como nas demais hipóteses, inclusive na de rejeição de exceções peremptórias).

7.5. Ainda não sendo o caso de encerramento do processo, o juiz selecionará os fatos que interessam para a solução da causa. Especificará os que reputa incontroversos e fará quesitos (“questionário”) daqueles que remanesçam controvertidos (art. 511, 1). Só ingressarão no questionário ou na especificação “fatos articulados” (art. 664 do CPC)¹⁵ e que interessem à solução da causa. Assim, para esses atos, assume extrema importância a distinção entre “matéria de fato” e “matéria de direito”¹⁶ e entre “fatos essenciais” e “irrelevantes”. Ainda, como tempero à limitação do questionário aos fatos articulados, estabelece-se a diferença entre “fatos fundamentais” e “instrumentais”. Esses, conquanto não alegados pelas partes, podem ser investigados pelo juiz (CPC, art. 264), na medida em que se prestam a indicar a ocorrên-

cia ou não daqueles.

7.6. O questionário não apenas se presta a limitar o âmbito da produção probatória, como ainda delimita “o poder jurisdicional do tribunal coletivo”, que julgará a causa¹⁷. O tribunal coletivo “não se pronunciará sobre os fatos” contidos na especificação, e a instrução probatória se baseará no questionário¹⁸.

“Especificação e questionário” constituem tema diverso daquele originariamente contido no “despacho saneador”. Daí a preocupação em se destacar tratar-se de “peças diferenciadas” ou “realidades autônomas”¹⁹. Mas não se nega que integram formalmente o mesmo ato do “despacho saneador”. Igualmente, é indiscutível que funcionalmente se enquadram na concepção ampla de saneamento (v. I e II, acima).

Nesse ponto do procedimento, é previsto prazo para “reclamações das partes” quanto à “especificação” e ao “questionário” (art. 511, 2 e 3). Da decisão dessas reclamações cabe recurso para a Relação (segundo grau de jurisdição); “da decisão desta não há recurso” (art. 511, 4). É sob esse aspecto que tem relevância o destaque de que o “despacho saneador” e a “especificação e questionário” são peças autônomas: da especificação e questionário só se pode recorrer tendo havido prévia reclamação; mas “a reação contra o saneador não está condicionada à reclamação”²⁰.

8. Das várias questões debatidas na doutrina e jurisprudência acerca do “saneador”, três podem ser rapidamente indicadas, para fins de comparação.

8.1. A primeira diz respeito à eficácia preclusiva do “saneador” quanto às nulidades e às causas que levariam à “absolvição da instância”, quando não encerra o processo. Trata-se de saber, na terminologia empregada pelos processualistas portugueses, se há “caso julgado formal”.

A respeito do tema, há duas correntes bem definidas. Para alguns, a declaração da ausência de defeitos processuais – ainda que genérica –, se irrecorrida ou depois de decidido o recurso, faria “caso julgado”. Não se poderiam mais suscitar tais matérias nem ser conhecidas de ofício. O segundo entendimento²¹ é o de que só as questões concretamente apreciadas pelo “saneador” ficariam acobertadas pelo “caso julgado formal”. Para embasar tal posição, invoca-se a aplicação analógica do dispositivo que regula a eficácia do “despacho” que decide a questão da incompetência absoluta: só há caso

julgado em relação às questões concretas de competência nele apreciadas. Essa norma seria extensível às demais matérias conhecíveis de ofício.

Ocorre que, no que tange à legitimidade das partes, o Supremo Tribunal de Justiça reputou inaplicável por analogia a regra sobre a incompetência absoluta – por reputá-la norma de natureza especial. Em conseqüência, editou-se assento pelo qual:

“É definitiva a declaração em termos genéricos, no ‘despacho saneador’, transitado relativamente à legitimidade, salvo a superveniência de fatos que nesta repercutam” (1-2-1963).

Em suma, afirmou-se a absoluta eficácia preclusiva do “saneador”, no que tange à questão da legitimidade – independentemente de quais tenham sido os chamados “fundamentos concretos”.

Mas, o assento do STJ disse respeito só à legitimidade. O assento, no direito português, tem eficácia vinculante. Vale como se lei fosse. Daí surge a dúvida. Para as demais questões de ordem pública, aplica-se por analogia o dispositivo sobre incompetência absoluta (que limita a preclusão às questões concretamente decididas) ou aplica-se analogicamente o assento (estendendo-se a preclusão a todos possíveis defeitos processuais que poderiam ter sido argüidos ou verificados de ofício)? Para a doutrina que preconizava a posição menos rígida sobre a preclusão, deve ser aplicado por analogia não esse assento, mas sim o preceito legal atinente à incompetência absoluta²². Ainda, Castro Mendes, procurando mitigar o alcance do assento, ressalta que apenas a decisão “genérica” é abrangida pelo regime previsto naquele ato do STJ – não a implícita²³.

8.2. Outra questão de interesse para fins de comparação diz respeito à eficácia preclusiva da especificação e do questionário dos fatos relevantes. Já nesse caso, o posicionamento majoritário é extremamente flexível.

Primeiro, considera-se possível a alteração da especificação e do questionário em virtude de episódios supervenientes (ex.: declaração de falsidade de documento; anulação de confissão; alegações das partes sobre fatos novos...). Além disso, independentemente de tais incidentes, admite-se que o presidente do colegiado que proferirá a sentença final amplie o questionário, incluindo novos quesitos que considere necessários à solução da causa. Mais ain-

da: até de ofício, a Relação (órgão de segundo grau) pode anular a sentença e determinar retorno dos autos para a ampliação do questionário (e conseqüente nova produção de provas). Por fim, o próprio Supremo Tribunal de Justiça, julgando o recurso de revista (que só tem por objeto o exame da correta aplicação do direito), pode mandar baixar o processo ao segundo grau, para que se amplie a decisão acerca dos fatos (com a conseqüente alteração da especificação e do questionário e eventual produção probatória) – isso para que o Supremo possa então ter “base suficiente para a correta decisão do direito”²⁴.

O STJ veio a editar assento (de nº 14), em 2-10-94, pelo qual

“... a especificação, tenha ou não havido reclamações, tenha ou não havido impugnação do despacho que as decidiu, pode sempre ser alterada, mesmo na ausência de causas supervenientes, até ao trânsito em julgado da decisão final do litígio”.

8.3. Por fim, pode ser mencionada discussão acerca da possibilidade de julgamento parcial de mérito – com o restante ficando para a sentença. O art. 510, ao tratar do “despacho saneador”, previu apenas a hipótese de julgamento direto do pedido (nº 2) – sem menção à possibilidade de julgamento parcial do mérito nessa fase. Todavia, o art. 508, ao disciplinar a audiência preparatória, estabeleceu que ela ocorreria quando o juiz visse a chance de conhecer diretamente “do pedido ou de algum dos pedidos principais, ou do pedido reconvenicional” (nº 2). Ou seja, indicou expressamente a hipótese de julgamento parcial do mérito.

Daí que parte minoritária da doutrina nega a possibilidade de julgamento parcial do mérito. Isso quebraria a exigência de “unidade” do julgamento (no “saneador”, quem decide é o juiz isoladamente; na decisão final, é o colegiado – tribunal coletivo)²⁵.

Prevalece, porém, em doutrina e jurisprudência, a admissão desse julgamento parcial de mérito – tanto por força de sua expressa previsão no art. 508, como em atenção à finalidade do “saneador”, que é a de enxugar o máximo possível a matéria a ser conhecida ao final²⁶. Mesmo nesse caso, de julgamento parcial de mérito, o recurso cabível é apelação²⁷.

IV - O saneamento do processo no direito brasileiro anterior a 1939²⁸

9. No que tange à verificação de nulidades,

o Regulamento 737 previa a possibilidade de o juiz eliminar as nulidades *acusadas pelas partes*. Relativamente à extinção do processo, a Consolidação Ribas repetiu (nos arts. 251, § 3º, *in fine*, e 363) as duas normas constantes das Ordenações Filipinas, acima mencionadas.

Entre os códigos processuais civis estaduais (pós-Constituição Federal de 1891), alguns traziam a previsão de, havendo a confissão do réu (vale dizer, o atual “reconhecimento do pedido”), ocorrer julgamento “no estado em que se achar o processo” (art. 271 do código de Pernambuco; semelhante norma havia nos códigos do Rio Grande do Sul e São Paulo). Vários desses diplomas repetiram basicamente a previsão de eliminação de nulidades *noticiadas pela parte* (SP, RS, DF, MG, PE, BA, ES, RJ, SC).

Permanecia afastado o exame *ex officio* de vícios processuais pelo julgador.

Já para o Estado do Mato Grosso, em 1928, elaborou-se anteprojeto (jamais convertido em lei) que foi o primeiro a reproduzir o modelo português de “despacho saneador” (com direta e confessa inspiração no Decreto português nº 12.353/26 e na doutrina de J. A. dos Reis). Ainda outra tentativa frustrada de consagração do “despacho saneador” no direito positivo brasileiro deu-se com o anteprojeto de 1934 (de autoria de Pereira Braga e Filadelfo Azevedo), relativo à Justiça Federal.

Por fim, o Decreto-Lei nº 960, de 17-12-38 (sobre cobrança de dívida pública), em seu art. 19, além de providências saneadoras propriamente ditas, do exame dos pressupostos processuais e condições da ação e da preparação da instrução probatória da causa, previu a hipótese de julgamento de mérito no caso de falta ou intempestividade da defesa.

V - O “despacho saneador” no Código de Processo Civil brasileiro de 1939

10. O Código de 39 veio a estabelecer o “despacho saneador” como instituto geral no âmbito do “processo ordinário” (Decreto-Lei nº 1.608/39 – posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.565/42 especificou melhor as funções do juiz por ocasião do “saneador”²⁹).

Assim, nos arts. 293 a 296, previu-se caber aos juízes, encerrada a fase postulatória no procedimento ordinário:

(a) ordenar o processo: (a.1) dando oportu-

nidade de ouvida do autor, quando houvesse defesa material indireta (art. 294, II); (a.2) verificando se havia nulidades e suprindo as sanáveis (art. 294, IV);

(b) verificar a presença dos pressupostos processuais e condições da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, se fosse o caso (“absolvição da instância” – art. 294, I, III e IV – v. a seguir);

(c) preparar a instrução probatória: (c.1) ordenando a realização de perícias (art. 294, V); (c.2) designando a audiência e determinando a produção de prova oral (art. 296, I e II).

Diferentemente do direito português e dos antecedentes no próprio direito brasileiro (Decreto-Lei nº 960 – v. acima), excluía-se, em princípio, a possibilidade de conhecer-se diretamente do mérito nesse momento. Consagrava-se a indispensabilidade da audiência, ainda que não houvesse provas a produzir (mas, acerca do tema, ver adiante).

Não havia expressa menção ao exame de “pressupostos processuais”. Eram considerados compreendidos não só no inciso I (de onde se extraía expressa menção à legitimidade *ad processum* e a representação), como também no inciso IV do art. 294 (interpretado como se dissesse respeito a defeitos processuais de toda espécie).

De qualquer modo, discutia-se acerca da possibilidade de verificação de alguns dos pressupostos por ocasião do “saneador”. Assim, por exemplo, Liebman, dando por “conforme ao direito brasileiro” lição de Chiovenda sobre o direito italiano, afastava a possibilidade de apreciação do tema da litispendência nessa fase do processo: por força do art. 182, II, seu exame ficaria condicionado à interposição da respectiva exceção instrumental, processada em autos apartados, sem que o “despacho saneador” pudesse nisso interferir³⁰. Já Galeno Lacerda destacava a natureza de ordem pública da questão que, como tal, poderia ser conhecida de ofício e a qualquer tempo pelo juiz: assim, e não interposta a exceção pela parte, o juiz poderia examiná-la no “despacho saneador”³¹.

11. A grande inovação decorrente da adoção do “despacho saneado” – e que consiste em aspecto essencial do instituto, tanto no Brasil como em Portugal – foi a reserva de um momento em que o juiz tem o poder de, *ex officio*, examinar e, se possível, eliminar possíveis vícios processuais. Antes do Código de 39, só mediante provocação do interessado isso

podia ser feito. Daí que, antes de existir o “despacho saneador”, o interessado aguardava para só apontar a nulidade (absoluta ou relativa: não se falava em preclusão em relação a nenhuma das duas) quando lhe aprouvesse, eventualmente já no recurso contra a sentença que lhe fora desfavorável³². Todas as matérias que não estivessem na esfera de disponibilidade da parte, a partir do Código de 39, passaram a poder ser conhecidas de ofício, nessa nova fase do processo.

A positivação da fase saneadora refletiu não tanto a conscientização acerca do caráter público da relação processual e da função do juiz (que já antes disso, mesmo no Brasil, vinha sendo destacado), como a preocupação de traduzir em resultados concretos essa nova percepção do processo. Mais ainda, destinou-se a propiciar economia processual – quer com o juiz encerrando o processo que não deveria ir para frente, quer eliminando a discussão de questões processuais.

12. O Código de 39 não trazia exigência expressa e genérica de motivação. O art. 280, II, estabelecia apenas a necessidade de fundamentação da sentença. Em outros específicos casos, existia ainda a exigência de motivação (art. 117: deferimento de provas; art. 118: avaliação da prova; art. 119: declaração de suspeição) – mas não na disciplina do “despacho saneador”. De qualquer modo, não era incomum apontar-se a necessidade de o juiz embasar sua decisão, mesmo quando não encerrasse o processo. Tal se imporia como “imperativo técnico” ou decorrência do sistema e dos princípios gerais³³.

13. O “despacho saneador” poderia assumir a forma de decisão interlocutória, decisão terminativa (não julgava o mérito, sendo, nesse caso, a ação renovável: hipóteses indicadas em, 10, *b*, acima) ou decisão definitiva (a ação não seria renovável: quando do acolhimento de questões prejudiciais ao mérito ou do exame do próprio mérito – para aqueles que o concebiam nessa fase do processo – v. a seguir)³⁴.

14. Havia exigência expressa de julgamento positivo sobre condições da ação (art. 294, I e III) e pressupostos processuais (art. 294, I e IV): “o juiz... decidirá...; examinará...; pronunciará...; mandará...”, etc.

Por isso, chegava-se a sustentar que, acerca desses assuntos, o juiz não era autorizado a julgar de ofício em outros momentos³⁵. Ignorava-se, assim, aspecto quase que óbvio: eventu-

almente esses assuntos, especialmente as condições da ação, também dependeriam de instrução probatória – como destacava Galeno Lacerda³⁶. Outros, cientes dessa circunstância, mas convictos da impossibilidade de a matéria ser deixada para a sentença final (salvo quando se confundisse com o próprio mérito), sugeriam instrução específica tendo por objeto as questões preliminares (inclusive, e se necessário, com audiência), dentro da própria fase saneadora. Nesses termos, manifestou-se Liebman – com ele concordando Frederico Marques, ainda que destacando que não se procedia desse modo na prática. Essa posição foi fundamentadamente criticada por G. Lacerda³⁷.

14.1. Da exigência de pronunciamento explícito, partiu-se para a tese da “decisão implícita”: só ficaria excluída a rejeição da alegação não expressamente examinada caso se pudesse depreender, direta ou indiretamente, do teor do despacho que a matéria seria apreciada na sentença (diante de alguma indicação de que era inadequada sua apreciação naquele momento). Foi dessa noção, correta ou não, de imprescindibilidade do exame das preliminares no “saneador” que se originou a Súmula 424 do Supremo: “Transita em julgado o ‘despacho saneador’ de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”. Afirmava-se a preclusão da apreciação posterior, se o interessado não houvesse feito uso do agravo no auto do processo (expressamente previsto como recurso cabível – art. 851, IV).

Mendonça Lima, escrevendo já sob a égide do Código de 73, mas referindo-se ao que se passava ao tempo do diploma anterior, traçou o seguinte quadro da preclusão das questões apreciáveis no “despacho saneador”: se não argüidas ou se não verificadas de ofício, não mais caberia levantá-las; se argüidas, poderia o juiz expressamente retardar sua apreciação na sentença³⁸. Mendonça Lima não tratou da hipótese em que, argüida matéria a ser examinada no “saneador”, o juiz se omitia. Mas, também nesses casos, nos termos da Súmula 424, haveria preclusão, se não tivesse ocorrido ressalva (direta ou indireta) de que a questão seria apreciada na sentença.

Seguindo as linhas gerais da concepção dominante, ainda que a mitigando em alguns pontos, Frederico Marques afirmava que: (a) ficaria precluso o exame dos pressupostos processuais, tendo sido ou não decidida a matéria

no “saneador”; (b) excetuariam-se dessa preclusão: incompetência absoluta, nulidade da citação, impedimento, litispendência e coisa julgada; (c) quanto às condições da ação, só ficaria precluso o exame das questões decididas³⁹.

14.2. Conquanto em minoria, eram extremamente autorizadas as vezes que se pronunciavam em sentido diverso, afastando-se da tendência excessivamente “preclusionista”.

Assim, Amaral Santos admitia a reapreciação da matéria referente às condições da ação, quer na decisão final, quer em segunda instância, sem necessidade formal de agravo no auto do processo. Igualmente Galeno Lacerda afastava a preclusão relativamente a todas as questões alheias à esfera de disponibilidade da parte – desde que a decisão não tivesse sido terminativa do processo (quando então se “esgota a jurisdição”). E, nessa esfera de indisponibilidade incluía, entre outras matérias, as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades “absolutas” e “relativas” (que se contrariariam às “anulabilidades”). Nessas hipóteses, não se conceberia “decisão implícita”. Todavia, quando a matéria dissesse respeito exclusivamente ao interesse da parte, não só o “saneador” teria eficácia preclusiva como acerca delas poderia ocorrer “decisão implícita”. Ainda, Bueno Vidigal, em suas aulas de 1959 para os alunos do quarto ano da Faculdade do Largo São Francisco, transcritas e publicadas pelo C. A. XI de Agosto, negou a existência de qualquer eficácia preclusiva no “despacho saneador”, citando inclusive voto do Ministro Filadelfo de Azevedo, constante da RT nº 160/308. Inexistiria preceito proibindo o juiz de reapreciar, no curso do processo, as questões já decididas. O art. 289 (de teor semelhante ao atual art. 471, *caput*) apenas proibiria o reexame, em outro processo, de “lide” (no sentido de “mérito”) já decidida⁴⁰.

14.3. Seja como for, Liebman retratava o entendimento dominante ao afirmar que o “despacho saneador... tem sempre o efeito de decisão preclusiva, explícita ou pelo menos implícita, das questões indicadas pela lei”⁴¹.

15. Discutia-se, ainda, acerca da possibilidade de julgamento de mérito por ocasião do “saneador”. Já se viu que isso não foi previsto em termos expressos na disciplina do instituto.

Tomem-se em conta as atuais hipóteses de julgamento de mérito (CPC/73, art. 269).

15.1. Quanto à homologação de atos de disposição das partes, não havia dúvidas de que

pudesse ocorrer por ocasião do “saneador”. Isso não por expressa previsão na disciplina do instituto, mas com base no estabelecido relativamente à “cessação de instância”: nos arts. 206 e 207, indicavam-se a “transação” e “desistência” (como renúncia ao direito em que se funda a ação) como hipóteses de encerramento do processo por ato da parte. Ainda, no art. 55, havia a menção à “confissão”, no sentido de reconhecimento do pedido (pois o regime que se lhe previa era diverso do estabelecido no art. 118 para a “confissão” enquanto ato probatório)⁴². O juiz haveria de cancelar tais atos a qualquer tempo, inclusive no “saneador”.

15.2. Já relativamente à prescrição e à decadência, existia maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Liebman, considerando-as integrantes do mérito e descartando qualquer exame desse no “saneador” (v. a seguir), afastava sua apreciação em tal fase. No mesmo sentido parece ser o pensamento de Buzaid⁴³. Prevalencia o entendimento oposto, de que, como preliminares de mérito, seria possível apreciá-las no “saneador”⁴⁴.

15.3. Note-se que, quando parte da doutrina e jurisprudência afirmava admitir julgamento de mérito no “despacho saneador”, muitas vezes tinha em vista a tão-só possibilidade de exame de condições da ação, na suposição de que tais matérias (ou, quando menos, a possibilidade jurídica e a legitimidade) integrariam o mérito – concepção essa que foi expressamente afastada pelo Código de 73: art. 267, VI. Assim, Galeno Lacerda reputava como sendo de mérito, conquanto atinentes à relação processual, a possibilidade jurídica e a legitimidade – sendo possível julgamento “de mérito” acerca delas quando do “saneador”. Lacerda, contudo, concebia ainda, em outras hipóteses, o julgamento do mérito nessa fase (v. a seguir). M. Lima tratava a legitimidade como questão “prejudicial” ao mérito. Liebman, pelo contrário, destacava que as condições da ação só podiam ser julgadas no “saneador” precisamente por não integrarem o mérito⁴⁵.

15.4. Todavia, o conhecimento direto do mérito na fase de saneamento, tal como o autorizado pelo “julgamento antecipado da lide” do Código ora vigente, era descartado majoritariamente por doutrina e jurisprudência⁴⁶.

Segundo Liebman, o mérito não poderia ser decidido sem audiência de instrução e julgamento. Suprimir a audiência equivaleria a suprimir a oralidade. Só dispositivo legal expres-

so, inexistente no Código de 39, autorizaria resposta no sentido contrário – tal como no direito português, em que, além de haver lei nesse sentido, o julgamento do mérito no “saneador” é precedido de discussão escrita mais ampla e audiência preparatória. Igualmente Frederico Marques e Buzaid rejeitavam a possibilidade de decisão sobre o mérito no “saneador”⁴⁷.

Galeno Lacerda, discordando desse entendimento, ponderava serem três as finalidades da audiência: produção de provas, discussão e julgamento. Em relação a nenhuma das três a audiência seria essencial: nem toda prova em audiência se produz; as partes podem renunciar ao debate; o juiz pode proferir a sentença depois de encerrada a sessão. A oralidade, no sistema brasileiro, teria assim caráter relativo. A seguir, Lacerda lembrava que “jurisprudência de tomo” vinha admitindo a decisão de preliminares de mérito no “saneador”. Mas a distinção entre “mérito propriamente dito” e “preliminar de mérito” seria imprópria: haveria, isso sim, hierarquia quanto ao caráter prejudicial entre as várias questões de mérito. Daí que, por constituírem “questões prejudiciais”, deveriam ser apreciados no “saneador” os fatos “extintivos” (Lacerda incluía entre eles, além dos assim hoje reputados, a coisa julgada), os “impeditivos” (indicava aqui as condições da ação) e os “suspensivos” (citava, entre outras hipóteses, o direito de retenção, o benefício da execução). A condição para exame de tais matérias no “saneador” resumir-se-ia exclusivamente à desnecessidade de produção probatória. Já quanto ao fato “constitutivo do pedido”, só poderia ser conhecido “por ocasião” do “saneador” se, além de dispensável a produção probatória, os interessados aquiescessem com a supressão da audiência. Mas, ainda nesse último caso, Lacerda ressaltava as hipóteses de confissão expressa e integral “do pedido” (*sic*) e de não-contestação da ação executiva, quando então estaria autorizado o julgamento imediato do pedido independentemente de consulta. De qualquer modo, a apreciação de todos esses temas, com exceção das condições da ação, dar-se-ia apenas “por ocasião do saneador”, mas não “no saneador”. Vidigal também pronunciou-se favoravelmente ao julgamento de mérito no “saneador”, vez que o Código não adotara, em seu entender, “o sistema da oralidade em sua pureza”⁴⁸.

Entretanto, reitera-se: ressalvado o caso da “preliminar de mérito”, não prevalecia o entendimento favorável ao julgamento do pedido quando do “saneador”.

VI - O conteúdo do saneamento no processo civil brasileiro atual

16. O Código de 73 adicionou às hipóteses previstas no diploma anterior a possibilidade de, em tal momento, o juiz já conhecer do mérito da causa – não só quando houver revelia (como era no Decreto-Lei nº 960/38), como também se os elementos constantes dos autos já lhe permitirem a formação de convencimento.

Essa inovação deu-se, mais uma vez e assumidamente, por influência do direito português⁴⁹. A previsão do inciso I do art. 330 tem teor bastante semelhante ao do dispositivo do diploma português que autoriza o julgamento do mérito por ocasião do “saneador”.

17. Examinem-se sumariamente essa e as demais hipóteses de julgamento imediato do mérito nessa fase do processo.

17.1. Questão unicamente de direito – a que se refere o art. 330, I, para autorizar o julgamento “antecipado da lide” – não existe. Sempre haverá fato subjacente ao direito. A única exceção que normalmente se aponta está no exame direto de constitucionalidade. Mas, mesmo nesse caso, pode haver maior ou menor carga de questão fática a se verificar (pense-se, por exemplo, na argüição de inconstitucionalidade por defeito formal – quando é possível haver investigação de fatos atinentes ao procedimento de que resultou o ato). Então, questão unicamente de direito é aquela em que os aspectos fáticos direta ou indiretamente relevantes são incontroversos, pacíficos e o juiz não verifica nenhum aspecto que objetivamente o leve a duvidar de sua veracidade a ponto de precisar determinar provas de ofício – resumindo-se a discussão entre as partes às decorrências jurídicas de tais fatos.

Já a outra hipótese constante do inciso I do art. 330 (quando, a questão de mérito “sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”), diz respeito aos casos em que a prova já trazida para os autos (que, em regra, até esse momento, será apenas a documental) já é suficiente para o julgamento do mérito. Obviamente, havendo só a necessidade de perícia – embora esse meio probatório não se “produza em audiência” necessariamente –, do mesmo modo descaberá o “julgamento antecipado”.

Assim, os dois casos constantes do inciso I (e, como se verá a seguir, também o do inciso

II) recaem em uma mesma hipótese: desnecessidade de produção de novas provas. Por isso, não é de todo apropriado o nome “julgamento antecipado” – como também não o é a expressão “julgamento conforme o estado do processo”. Transmitem a falsa impressão de que o ato decisório estaria ocorrendo antes de seu momento oportuno, “abortando a caminhada em direção à sentença final”⁵⁰. Não é o que se dá: decide-se porque não há mais o que ser feito; porque tudo o que era necessário para a formação da convicção do julgador já está nos autos.

17.2. A outra hipótese em que se autoriza o julgamento direto do mérito (art. 330, II) concerne à revelia em que se produza seu efeito principal (previsto no art. 319). É decorrência direta do regime estabelecido para a revelia, a partir do Código de 73 – com a regra geral da presunção de veracidade dos fatos afirmados contra o revel. Então, não é mais do que especificação da diretriz genérica estabelecida no inciso I do art. 330: julga-se nesse momento vez que não existem questões de fato controvertidas.

Bem por isso, a norma do inciso II do art. 330 está diretamente relacionada com a “providência preliminar” do art. 324 do CPC, pela qual, tendo havido revelia, cumpre ao juiz verificar a ocorrência do seu efeito principal. Em caso negativo, possibilitará ao autor a produção de provas⁵¹.

Afinal, nem sempre à revelia corresponde a produção de seu *efeito* principal. A ausência de contestação do réu validamente citado não gerará essa eficácia: (I) se litisconsorte passivo contestar e a defesa dele servir para o revel; (II) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; (III) se a inicial não estiver acompanhada de instrumento “substancial” (art. 320). Ainda, além das expressamente previstas no art. 320 do CPC, há outras hipóteses sistematicamente extraíveis em que não opera o efeito principal da revelia: assim, por exemplo, art. 9º, II, c/c art. 302, parágrafo único; art. 52, parágrafo único; art. 129.

Em todos esses casos, só se autorizará julgamento imediato do mérito se, a despeito da não-ocorrência do efeito da revelia, o caso concreto se enquadrar na hipótese genérica do inciso I do art. 330. Também não ficará afastada, obviamente, eventual extinção do processo nos termos do art. 329 (desde que o motivo que a enseje seja conhecível de ofício).

Além disso, não se pode esquecer que a revelia tem por efeito a *presunção relativa* dos fatos afirmados pelo autor. A consideração de fatos notórios, máximas da experiência, juízos de probabilidade podem derrubar essa presunção. Por isso, tem-se reconhecido que “nem mesmo a revelia impede a atividade probatória do juiz”⁵².

Mas a revelia, mesmo quando não se caracterize uma das exceções à ocorrência de seu efeito principal, não impõe necessariamente julgamento de mérito a favor do autor, se: (a) dos fatos narrados na inicial não resultam as consequências jurídicas pretendidas pelo autor; (b) os fatos alegados são manifestamente falsos ou impossíveis (repita-se: a presunção do art. 319 é relativa); (c) há matérias, contrárias ao autor, que o juiz pode conhecer de ofício (pressupostos processuais e condições da ação e, quanto ao mérito, as objeções: decadência, prescrição de direitos indisponíveis, pagamento etc.). Nesse último caso, tais matérias tanto podem estar de plano evidenciadas nos autos, quanto delas pode haver algum marcante elemento indicativo – justificando-se então até providência probatória de ofício.

E – eis o que interessa para o presente texto – o julgamento de mérito contrário ao autor pode eventualmente até se dar na fase do julgamento conforme o estado do processo, nos termos do art. 329, c/c art. 269, IV (prescrição quanto a direitos indisponíveis e decadência em qualquer caso), ou do art. 330, I. As hipóteses indicadas em *a* e *b*, imediatamente acima, enquadram-se exatamente no disposto no inciso I do art. 330. E o mesmo pode se dar no que tange ao mencionado em *c*, acima, quando desnecessária produção probatória.

Além disso, mesmo quando se produz o efeito principal da revelia, o revel pode comparecer tardiamente ao processo, recebendo-o na situação em que se encontra e passando a ser intimado de seus atos. E, desde que ingresse no processo antes de proferida a sentença, poderá apresentar as defesas processuais e materiais que o juiz conhecerá de ofício e fazer prova quanto a elas, bem como contrapor prova àquela produzida pelo autor. Portanto, e também nessa hipótese, eventualmente ficará afastado o julgamento imediato do mérito.

17.3. Em suma, o pressuposto geral e inafastável nas três hipóteses autorizadoras do julgamento antecipado é a desnecessidade da produção de qualquer outra prova.

18. Precisamente por isso, há vasta jurisprudência dos tribunais de segundo grau declarando nula sentença proferida em “julgamento antecipado”, por considerar que ainda havia a necessidade de produção de provas. Desse modo, não há que se falar em “discricionariedade” do julgador quanto a julgar ou não antecipadamente. Seu “livre convencimento” não serve de obstáculo ao reexame, pelo segundo grau, dessa opção. Só poderá conhecer diretamente do mérito, nessa fase, se objetivamente estiverem presentes todos os elementos instrutórios necessários.

Mas, dessa constatação, nem sempre se extrai sua outra face. Se é objetivamente verificável a impossibilidade do “julgamento antecipado” (com a cassação da sentença proferida quando havia necessidade ainda de provas), também há de sê-lo o inverso – ou seja, quando, embora já não seja necessária qualquer prova, deixa-se de conhecer diretamente do mérito nessa fase do processo⁵³. Evidentemente, em termos práticos, talvez nem sempre os litigantes consigam ou queiram valer-se do controle recursal: o resultado do agravo de instrumento contra a decisão que determinou proferir provas pode vir a ocorrer só depois de finalizada a fase probatória; a parte pode não querer insistir no “julgamento antecipado”, temendo que o resultado lhe desfavoreça etc. De qualquer modo, não se pode ignorar o aspecto ora destacado.

19. Também o art. 329, ao tratar “da extinção do processo” nessa fase do procedimento, prevê hipóteses em que tal ocorrerá “com julgamento de mérito” (art. 269, II a V). Nesses casos, todavia, não se tratou de especial inovação (v. item V, acima).

A exemplo do que já ocorria sob a égide do Código de 39, os atos de disposição das partes (art. 269, II, III e V), independentemente de quando ocorrem, não de ser imediatamente examinados e, se perfeitos, chancelados. O Código atual expressamente previu que a homologação se dará por meio de sentença (e, portanto, apelável) “de mérito”. Questão que escapa do objeto desse trabalho é examinar se a autoridade da coisa julgada acobertará esse pronunciamento.

Já a previsão de extinção com base na prescrição e decadência há de ser considerada em harmonia com o regime geral do “julgamento conforme o estado do processo” – cuja tônica está na função (dever-poder) de o juiz decidir

nesse momento tudo o que, com base nos elementos instrutórios já carreados, seja possível. Como a prescrição e a decadência são matérias geralmente conhecíveis de plano, o art. 329 indicou-as sem qualquer ressalva (não houvesse o preceito, se enquadrariam, na generalidade dos casos, na hipótese do art. 330, I, primeira parte). Mas, ainda que raro, pode ser necessária investigação probatória para determinar-se, por exemplo, quando efetivamente se deu o termo inicial do prazo prescricional ou decadencial. Nesse caso, e por óbvio, afasta-se a extinção com amparo no art. 269, IV.

20. É possível “extinção parcial” do processo, com ou sem julgamento de mérito? Mais do que resposta positiva ou negativa, a solução do problema passa pela consideração acerca de qual seria a natureza da decisão, sua recorribilidade, eficácia e autoridade (coisa julgada, preclusão).

20.1. Moniz de Aragão afirma genericamente que seria possível “extinção parcial”, tanto por força de causas previstas no art. 267, quanto no art. 269 (exemplifica com a prescrição de parte do crédito). Caberia recurso de agravo⁵⁴. Não aborda o problema da autoridade dessa decisão – problemática, sobretudo, quando por motivo de mérito.

Para Frederico Marques, quando houver “processo cumulativo” e o juiz declarar inadmissível (questão preliminar) algum(ns) dos “litígios” (*sic*), não se encerra nenhum processo. Invoca o art. 317 como argumento: o previsto para a reconvenção se aplica às demais cumulações. Assim, tal decisão não será sentença. O recurso cabível é o de agravo. Agora, no “processo cumulativo”, o juiz não pode decidir antecipadamente um ou algum(ns) dos “litígios”, deixando os demais para a sentença a ser proferida no final. Inclui nessa negativa até a hipótese de “extinção parcial” por decadência ou prescrição: se isso fosse admissível, eventual apelação suspenderia o processo e “seria absurdo” entender-se que, nesse caso, o recurso cabível é o agravo de instrumento. Tal situação, segundo Marques, contrariaria o princípio da economia processual, em que se inspira o art. 330⁵⁵.

Pontes de Miranda parece não admitir o julgamento imediato parcial do mérito⁵⁶. Também nesse sentido, há pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (RTJ nº 119/1235, RTJ nº 75/274 – nesse segundo, consigna-se ser “preferível” o julgamento não-fracionado).

Calmon de Passos vai além na rejeição de julgamento parcial do mérito. Seria inadmissível até mesmo decisão que repelisse por completo a arguição de prescrição. Nenhum exame fracionado de mérito seria possível nessa fase do processo – o que aconteceria caso se rejeitasse a alegação de prescrição, sem que se prosseguisse no exame direto do pedido. Quanto a isso, para o processualista baiano, o atual diploma permitiria menos do que o anterior: no antigo “saneador”, eram examináveis todas as preliminares (mesmo de mérito); no sistema atual, “só se autoriza o julgamento antecipado de mérito ou a extinção sem julgamento do mérito; não o exame de todas as preliminares”⁵⁷.

20.2. O afirmado por Calmon de Passos não parece correto. Não bastasse a expressa previsão da possibilidade de rejeição da prescrição ou decadência nessa fase (art. 331, parte inicial, *c/c* art. 329, *c/c* art. 269, IV), não se põe, em tal caso, nenhum dos óbices que se indicam ao provimento parcial do mérito nessa fase (quanto à eficácia do recurso e quanto à autoridade da decisão).

Quanto à “extinção parcial” sem julgamento de mérito – como se viu –, não são postos maiores óbices à sua admissibilidade.

Ora, isso é o que basta para não se poder invocar a letra da lei como argumento contrário ao julgamento imediato parcial de mérito, em qualquer caso, no “saneador”. Afinal, se a “extinção parcial” sem julgar mérito é possível, embora o art. 329 não a preveja expressamente (referindo-se apenas ao processo como um todo), o exame direto de parte do mérito, nessa fase, também há de sê-lo, a despeito de o art. 330 não explicitar essa possibilidade. Nesse ponto, é de se aproveitar a doutrina portuguesa a respeito do tema: o objetivo da fase saneadora é precisamente diminuir a matéria objeto da cognição do juiz, na continuidade do processo, estritamente aquilo que ainda não se está em condições de decidir (v. acima – III.2). Aliás, no Brasil nem mesmo existe o problema apontado por Anselmo de Castro, para o processo português, de se diferenciarem os órgãos que julgariam o mérito (v. III.2): o mesmo órgão que conduz o processo profere a sentença.

Aspectos atinentes à eficácia, recorribilidade e autoridade não atrapalham tal conclusão.

A eficácia da decisão parcial de mérito no curso do processo ficará condicionada à da

sentença final: até lá é possível o exame de questões de ordem pública pertinentes inclusive a essa parte do objeto do processo.

Não há que se falar, desde logo, em coisa julgada do provimento relativo a parte do mérito. Afinal, a decisão não será sentença: o restante do processo prosseguirá. Vale aqui o mesmo raciocínio pelo qual a decisão extintiva parcial sem julgamento de mérito não é sentença (veja, acima, as lições de F. Marques e M. de Aragão). Haverá apenas preclusão – e, ainda assim, limitada (v. adiante): não mais será possível reexame do tema (salvo em recurso), a não ser que tenha sido desconsiderada questão conhecível de ofício. Depois, com a sentença, desde que não abalada a anterior decisão parcial do mérito, advirá a coisa julgada: nesse caso, o comando da sentença automaticamente incorpora o anterior *decisum* parcial sobre o mérito.

Quanto à recorribilidade da *decisão* parcial do mérito, caberá agravo – que não tem, automaticamente, efeito suspensivo. Não se põe, então, o óbice apontado por F. Marques, de que seria contrariada a economia processual, na medida em que a parte ainda não decidida do processo permaneceria suspensa enquanto pendesse “apelação” (*sic*) referente à parcela decidida⁵⁸. Afinal, repita-se, a solução ora apontada quanto ao problema recursal é exatamente a mesma que concebe o próprio Marques quando trata da recorribilidade da decisão que “extingue parcialmente” o processo sem julgar o mérito: em *ambos* os casos, não será sentença – mas sim decisão interlocutória (o conteúdo de mérito é irrelevante nos termos do art. 162 do CPC). Note-se, de outra parte, que a falta de eficácia suspensiva do recurso de agravo tampouco significa a possibilidade de imediata execução da decisão. Como se expôs, sua eficácia fica condicionada à da sentença final. Agora, o que não se descarta é que, nesse momento, conceda-se antecipação de tutela, se presentes os requisitos (lembre-se que um deles – o da grande plausibilidade do direito – já estará mais do que satisfeito): daí sim, e dentro dos limites desse instituto, vai-se poder falar em eficácia imediata.

21. A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de pressupostos processuais e condições da ação (art. 267, IV, V e VI), ou com o seu julgamento, mediante a chancela de atos de disposição (269, II, III e V) ou pelo acolhimento de prescrição de direitos in-

disponíveis ou decadência (art. 269, IV), pode-se dar a qualquer tempo, antes ou depois da fase de “julgamento conforme o estado do processo”. Tirando a hipótese dos atos de disposição (que as próprias partes deverão de noticiar ao juiz), nas demais haverá exame *ex officio* (art. 267, § 3º, e art. 295, IV, c/c art. 219, § 5º, *a contrario sensu*).

O mesmo se diga quanto à verificação de nulidades. O juiz exerce constante atividade saneadora. As nulidades absolutas o juiz examinará de ofício e a qualquer tempo. Mas mesmo as relativas, desde que alegadas na primeira oportunidade pela parte interessada, serão logo apreciadas pelo juiz – que não ficará limitado a tratar delas apenas na fase de saneamento ou na sentença.

Há, reitero-se, *saneamento constante* do processo. Eis aspecto essencial no sistema do Código de 73. Trata-se de concepção que não prevalecia na vigência do Código de 39, embora preconizada por autorizada doutrina. Considerava-se geralmente o “despacho saneador” como o momento oportuno e único para o exame da regularidade do processo, excetuando-se, quando muito, a possibilidade de expressa indicação de que o tema seria tratado na sentença final (v. item 5, acima). Tal peculiaridade, de certo modo, muda o perfil da fase saneadora: essa é, no atual Código, a ocasião especialmente reservada para a atividade de verificação da validade formal do processo – mas não o único momento em que se autoriza essa atividade. Enfim, a fase saneadora, diferentemente do que se entendia sob a égide do diploma anterior, *não* é uma ilha de poderes do juiz dentro de um mar de dispositividade.

22. Mas a ampla concessão de poderes ao juiz tem sua contrapartida: a exigência de “diálogo com as partes”.

É por isso que, constatando o próprio juiz a eventual existência de vícios processuais atinentes a matéria de ordem pública ou “objeções materiais” (defesas materiais indiretas examináveis de ofício), antes de decidir acerca delas, deverá propiciar o exercício do contraditório. Assim, parecendo-lhe ausente pressuposto processual ou condição da ação ou existente alguma objeção material, caberá ouvir o autor. Trata-se do “dever de diálogo” do juiz para com as partes, modernamente ressaltado como o próprio contraditório em sua dimensão mais plena: não se justifica que as partes sejam surpreendidas por decisões de ofício acerca de

matéria sobre as quais, até então, não haviam desenvolvido alegações⁵⁹. Isso vale para qualquer momento do processo, inclusive para sua fase saneadora. Portanto, também nessas hipóteses – e não só nos casos dos arts. 326 e 327 (em que se cogita de matéria alegada pelo réu) – o juiz abrirá vista do processo para o autor. É certo que, não se subsumindo exatamente às hipóteses dos arts. 326 e 327, o prazo para o autor falar não será automaticamente aquele de dez dias. O juiz fixará o termo para a manifestação e, no seu silêncio, valerá o prazo geral de cinco dias (CPC, art. 185).

23. Aliás, outra hipótese de ouvida do autor, depois da contestação, haverá quando o réu juntar documentos com a contestação (art. 398 – prazo de cinco dias).

De outra parte, e também por força do art. 398, se o autor, nas manifestações de que tratam os arts. 326 e 327, traz novos documentos, ouve-se igualmente o réu.

Há o perigo, “teoricamente”, de haver uma “seqüência dialética indefinida”, em virtude de sucessivas juntadas de documentos. Esse risco foi destacado, já no início da vigência do Código de 73, por Malachini – que apontava como forma de evitá-lo a rigorosa observância dos momentos próprios para a produção de prova documental (a inicial e a contestação). Depois desses atos, só poderiam ser trazidos novos documentos aos autos nas hipóteses taxativas do art. 397, ou seja, para realização de contraprova ou prova de fatos novos⁶⁰. Ocorre que, a despeito de a posição doutrinária restritiva à juntada tardia de prova documental ter sido a dominante de início (como então notava Malachini), não foi esse o entendimento que prevaleceu concretamente. Estabeleceu-se de forma marcante a tendência jurisprudencial de não-preclusão em virtude da falta de juntada aos autos da prova documental no momento oportuno. Inclusive, passou a se ter por “indispensável” – cuja ausência não-suprida acarretaria o indeferimento da inicial (arts. 283 e 284) – apenas o documento “substancial” – ou seja, aquele que a própria lei prevê como essencial à forma do ato, a ponto de integrar-lhe a própria substância. Os outros vêm podendo ser apresentados depois, no curso do processo⁶¹. Ademais, também “teoricamente”, não fica afastada a hipótese de infinitas e sucessivas ouvidas das partes mesmo que só admitida a juntada tardia de documentos nos limites estritos do art. 397: em tese, poderia haver reiteradas “contraprovas” de parte a parte. Seja como for, a

prática desses mais de vinte anos evidenciou não ser comum a ocorrência dessa “seqüência dialética indefinida” – de modo que o suposto risco acaba por não justificar a rejeição da “tendência não preclusiva” quanto aos documentos (de resto, amparada nas normas do livre convencimento e dos poderes probatórios – arts. 130 e 131). Mas, ainda assim, se, em situações-limite e absolutamente excepcionais, surgir tal círculo vicioso, daí então o juiz haverá de fazer cessá-lo. E tal providência, nessa hipótese remota, não se dará tanto com base nas regras atinentes ao momento de produção da prova documental, mas por força do preceito que impõe ao juiz o dever de zelar pela rápida solução do processo (art. 125, II). Haverá de se ponderar concretamente dois valores igualmente relevantes em abstrato – a pesquisa da verdade e a exigência de celeridade – para definir o que prevalecerá.

24. Discute-se, ainda, se o silêncio do autor, quando intimado para se manifestar sobre defesa indireta, acarretaria efeito semelhante ao da revelia, vale dizer, a presunção dos fatos afirmados pelo réu. Prevalece o entendimento de que não⁶². Até certo ponto, essa resposta negativa parece acertada: é inviável o estabelecimento dessa conseqüência desfavorável na falta de expressa cominação.

Mas o silêncio do autor pode funcionar como fato indicativo, subsídio para a formação do convencimento do juiz. É a consideração da conduta das partes no processo como elemento probatório. Na Itália, há expressa previsão legal (CPC, art. 116, segunda parte). O Código brasileiro não explicita essa regra, mas ela é extraível do seu art. 131 (que, aliás, tem teor semelhante ao da primeira parte do art. 116 do diploma italiano)⁶³. Assim, e na medida em que se relativiza o efeito principal da revelia (v. acima), aproximam-se as conseqüências em um e outro caso. A diferença básica está em que a revelia é presunção legal; a falta de réplica, presunção “comum” (que, ainda mais do que aquela estabelecida no art. 319, muito depende das circunstâncias concretas). Ambas, de qualquer forma, são presunções relativas. A isso, some-se a previsão de que “não dependem de prova os fatos admitidos, no processo, como incontroversos” (art. 334, III) – no que se enquadra a hipótese em exame. Seja como for, mesmo sob essa ótica, não fica excluído o “princípio da livre e fundamentada apreciação das provas pelo juiz” (como concluiu o STF em relação a outra das hipóteses previstas no art.

334 – RTJ 99/144). Em conclusão: o silêncio do autor, quando lhe é dada a oportunidade de replicar a defesa material indireta, pode funcionar como subsídio para a conclusão acerca da veracidade dos fatos que embasam tal defesa⁶⁴ – se o contrário não for extraível dos autos ou notório (nos moldes acima apontados para o efeito da revelia). Mas, enquanto elemento indicativo autorizador de presunção, há de ser invocado pelo julgador só depois que esgotados meios mais diretos e idôneos para a formação do convencimento sobre os fatos da causa.

25. Além disso, antes de cogitar da extinção do processo, tem de ser verificado se não é sanável o defeito existente. Por isso, obviamente, a imposição do art. 227, parte final, precede a da extinção (sem ou com julgamento de mérito). E isso vale igualmente para o “julgamento antecipado”, que também é antecedido pelo exame da presença dos pressupostos de admissibilidade para pronunciamento sobre o mérito. Assim, “verificando a existência de irregularidades ou nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando prazo nunca superior a trinta dias”.

Cabe rápido exame da natureza desse prazo e das consequências do descumprimento das medidas que nele deveriam ser tomadas.

No que tange ao autor, a falta de instrumento de mandado para o advogado, não suprindo nos termos do art. 37, parágrafo único, acarreta a inexistência do(s) ato(s) praticado(s) pelo profissional. Sendo a própria inicial o ato que se praticou sem procuração (o mais provável nesse momento do procedimento), reflexivamente faltará pressuposto da própria existência do processo: a demanda. Nas hipóteses de que trata o art. 13 do CPC⁶⁵, em caso de inércia do autor, haverá “a nulidade do processo” (art. 13, I) – vale dizer, a extinção do processo por falta de pressuposto para seu regular desenvolvimento⁶⁶. Também o parágrafo único do art. 47 traz regra expressa sobre o tema: extingue-se o processo quando não for promovida a citação de litisconsorte necessário no prazo assinalado. Já os casos sem disciplina específica, em que o prosseguimento do processo dependa da regularização do defeito, serão regidos diretamente pelo art. 267, III, e §1º: intima-se o autor por meio do advogado; não se procedendo à regularização no prazo ali mencionado (trinta dias – que não se confunde com o prazo que o juiz dará para regularizar a situação, eventualmente menor), a própria parte autora

será intimada para suprir a falta em 48 horas, sob pena de extinção do processo.

Ao réu, sua inércia, na hipótese de que trata o art. 13 (corrigir defeito na representação e capacidade), importará em revelia (art. 13, II). A inexistência de mandado para seu advogado, se não suprida nos termos do art. 37, parágrafo único, acarretará a inexistência do ato praticado sem procuração (sendo a própria contestação, haverá revelia).

A providência a se tomar, para a regularização do processo, pode ainda incumbir ao próprio órgão judicial (ex.: verifica-se incompetência absoluta, com a necessidade de remessa dos autos ao juízo competente). Daí, então, não há prazo próprio, preclusivo. A demora no cumprimento da providência deverá trazer consequências administrativas, e não processuais.

26. Moniz de Aragão descarta a “tese de que o juiz deve necessariamente pronunciar-se” sobre condições da ação e pressupostos processuais, por ocasião do saneamento. A seguir, contudo, destaca que, “se o tema... já estiver maduro”, o magistrado tem o dever de examiná-lo – e indica decisões nesse sentido (RT 548/89 e 507/147)⁶⁷. Vale aqui o já exposto acima, ao se tratar da função que desempenha o juiz ao definir se julga ou não imediatamente o mérito da causa na fase saneadora. Não há discricionariedade: cabe ao juiz examiná-las, se presentes os elementos instrutórios para tanto.

Adiante, vai-se tentar definir o conjunto de consequências dessa constatação.

27. Antes, tem de se tratar de problema relacionado com tais decorrências: a eficácia preclusiva da decisão que declara saneado o processo.

O próprio Moniz de Aragão, examinando as diferenças da disciplina de saneamento do processo no Código de 73 em relação ao de 39, ressalta a inexigência de pronunciamento expresso acerca das condições da ação e pressupostos processuais, senão quando o juiz considere ser o caso de extinção do processo. Ademais, pressupostos processuais e condições da ação são apreciáveis de ofício e em qualquer grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º). Daí que é impossível adotarem-se os mesmos padrões de interpretação empregados sob a égide do Código anterior⁶⁸.

Mas se há, por um lado, a constatação da inviabilidade de simplesmente se adotarem os padrões então majoritariamente aceitos, não se chega, por outro, a fácil conclusão sobre qual o

exato regime preclusivo da decisão de saneamento no sistema atual, no que concerne às questões de ordem pública. Faz prova dessa dificuldade a imensa quantidade de opiniões autorizadas sobre o tema. Confirmam-se algumas delas, apresentadas, dentro do possível, na ordem decrescente da extensão de preclusão que reputam advir da decisão declaratória de saneamento.

27.1. Segundo Barbosa Moreira, o proferrimento do “despacho saneador” significa que, independentemente de expressa menção, foram descartadas as hipóteses de extinção do processo com ou sem julgamento do mérito e de julgamento imediato do pedido. Em decorrência, tal decisão, se não agravada, tem eficácia preclusiva não só quanto aos temas expressamente abordados, mas quanto aos que, conhecidos de ofício ou tendo sido suscitados, não foram decididos. E não há nisso nenhuma “decisão implícita”, mas a tão-só impossibilidade de apreciação posterior (ao que parece, Barbosa Moreira não concebe aí “preclusão consumativa”, mas “por fase do processo”). Excluídas dessa preclusão ficam apenas a possibilidade de deferimento de prova antes indeferida (por força do art. 130) e outras questões para as quais haja autorização de resolução posterior (ex.: art. 113, *caput*, e parte final do parágrafo único do art. 245)⁶⁹.

Lauria Tucci consigna que, havendo decisão expressa e não interposto agravo, não se pode redecidir. Em outra passagem, dá a entender que mesmo as questões não decididas expressamente não poderiam mais ser analisadas depois da declaração de saneamento⁷⁰.

Para Calmon de Passos, havendo expressa decisão sobre o tema e não interposto o agravo, opera-se preclusão tanto para o juiz de primeiro grau quanto para o tribunal. Mas, “quando o juiz declara saneado o feito, sem resolver questões, porque não provocado a decidir em face de controvérsias das partes”, não haverá preclusão apenas para o segundo grau. Contudo, e a seguir, apresenta uma série tal de ressalvas e exceções que praticamente dizimam a regra geral proposta. Assim: em face dos pressupostos de existência do processo, não se há de falar em preclusão; a incompetência absoluta, se não suscitada nem expressamente abordada no “saneador”, não fica acobertada por preclusão, em virtude de regra exceptuadora contida no art. 113, § 1º; atos praticados no processo por pessoa sem capacidade postulató-

ria ou por advogado sem procuração, posto que inexistentes, também não são atingidos por qualquer eficácia preclusiva; idem quanto à inépcia da inicial por falta de pedido ou causa de pedir e à intervenção do Ministério Público; a litispendência e a coisa julgada só ficam atingidas pela preclusão quando a decisão abordas expressamente – e por aí afora. Quanto às condições da ação, expressamente as enquadra na sua formulação geral acerca da preclusão⁷¹.

Frederico Marques, por sua vez, diz que há preclusão quando, suscitada ou não a questão pela parte, sobre ela explicitamente decidir o juiz e não se agravar. O mesmo se dá se, embora expressamente suscitada a matéria pela parte, o juiz não a abordar, mas der por saneado o processo, e a parte não agravar: tratar-se-ia de decisão implícita. Por outro lado, para Marques não há preclusão quando, mesmo sendo a falta do pressuposto processual ou condição da ação anterior ao saneamento, não é apontada pela parte nem pelo juiz⁷².

Malachini, conquanto antes condene o “automatismo preclusionista” da antiga doutrina (expressão de Galeno Lacerda a que se reporta), afirma concordar integralmente com o entendimento de F. Marques, que – já se viu – acolhe a tese da “decisão implícita”, ainda que lhe dê extensão menor. De outra parte, adere, basicamente nos mesmos termos, à tese da decisão implícita no que tange à prescrição (em qualquer caso) e à decadência: havendo requerimento do réu a respeito, se o juiz silencia, há rejeição implícita – cabendo o agravo para que se afaste a preclusão⁷³.

Segundo Bermudes, quando “o juiz simplesmente ignora a existência de questões processuais pendentes e, sem nada declarar quanto a elas ou quanto à regularidade do processo,” prepara a instrução probatória, não há decisão implícita – não se podendo falar em preclusão. Quando o juiz expressamente decide essas questões, haveria “preclusão só para a parte”, caso não agravasse. Dá a entender que isso também ocorreria quando, embora sem apreciar expressamente as questões processuais, o juiz declarasse saneado o processo e a parte não interpusse embargos de declaração nem agravo. A seguir, contudo, destaca que essa preclusão não se estende nem ao juiz nem ao tribunal, que, independentemente de recurso e por força do art. 267, § 3º, podem rever a decisão⁷⁴.

Manoel Caetano Ferreira Filho considera que, quanto às questões não abordadas na decisão, não haveria nenhuma preclusão. Não

existe decisão implícita. Tampouco o saneamento, em face do art. 267, § 3º, pode ainda ser considerado a única ocasião em que o juiz tem para decidir sobre pressupostos processuais e condições da ação. Já as decisões expressamente decididas, não interposto o agravo, não poderiam ser redecididas pelo juiz de primeiro grau. A autorização para decidir a qualquer tempo não se poderia confundir com permissão para redecidir – vedada, salvo expressa autorização legal, pelo art. 471, *caput*. Mas a regra do art. 267, § 3º, serviria ainda para possibilitar ao tribunal (inclusive os superiores) examinar a matéria, mesmo de ofício, por ocasião de julgamento de recurso sobre outro tema da causa: nesse caso, não estaria havendo reexame, mas verificação inédita em novo grau de jurisdição⁷⁵.

Porém, parece prevalecer vertente mais flexível.

Moniz de Aragão escreve que, se já era discutível a extensão que se deu ao efeito preclusivo do “saneador” no Código de 39, no novo diploma nem há o que se discutir. Não só fica descartada a preclusão pela via implícita, como pode o juiz rever seu anterior juízo positivo acerca da presença dos pressupostos processuais e condições da ação, caso entenda haver-se equivocado no primeiro exame. Cita ainda decisão do Supremo, pela qual: “não há preclusão para o juiz” quanto à matéria (RTJ 101/901). O juiz não fica na dependência do agravo para reexaminar o tema⁷⁶.

Também para Cruz e Tucci, o juiz pode reapreciar as questões cognoscíveis de ofício, independentemente de agravo. Apresenta apanhado da doutrina e decisões retratando os vários entendimentos acerca do tema e procura destacar a tendência jurisprudencial no sentido da negativa da preclusão⁷⁷.

Negando o caráter preclusivo da decisão declaratória de saneamento, mesmo que expressa acerca das condições da ação e pressupostos processuais, podem ainda ser mencionados: Ovídio Baptista da Silva, Greco Filho e L. R. Wambier⁷⁸. Ainda, no Simpósio de Curitiba em 1975, concluiu-se que não preclui a decisão que deixa de declarar extinto o processo (concl. XV, RT 482/271). Em termos mais amplos, no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, foi aprovada a proposição de que, mesmo havendo decisão explícita, no que tange às condições da ação, não há preclusão (concl. 9). Por fim, sejam vistas também as notas 11, ao art. 331, e 55, ao art. 267, no *CPC* de Negrão – que

indicam diversas decisões também nesse sentido.

27.2. Conclui-se esse ponto do texto nos seguintes termos.

De uma parte, há de se rejeitar a tese da decisão implícita. Em nenhuma hipótese, questão não-examinada pela decisão declaratória de saneamento (ou por qualquer outra) pode-se considerar implicitamente rejeitada. A idéia de decisão implícita é incompatível com a garantia constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX). Se é absolutamente nula a decisão que não traz suas razões, o que dizer da rejeição de tema sem qualquer apreciação? E o argumento de Barbosa Moreira (de que não se trataria de decisão implícita, mas apenas estaria vencida a possibilidade de exame do tema) em nada atenua o problema. Não importa o nome que se dê ao fenômeno. Interessa é que, a valer a tese, ter-se-á a rejeição de alegação da parte sem sua efetiva apreciação. Ora, a nulidade absoluta da decisão não-fundamentada não se convalida pela falta de recurso. Igualmente, a falta de agravo não legitimaria a suposta automática rejeição da questão não-examinada na decisão de saneamento.

Além disso, também parece acertado afirmar que a questão sobre os pressupostos da decisão de mérito (pressupostos processuais e condições da ação), ainda que expressamente examinada, pode tornar a ser decidida, inclusive no mesmo grau de jurisdição e independentemente de recurso. Não se pode extrair do art. 267, § 3º, regra que autorizaria apenas a decisão de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau, mas não a redecisão. Compare-se esse dispositivo com o do art. 130 (autorizador da produção de provas de ofício) – que jurisprudência e doutrina (inclusive autores que negam a possibilidade de redecisão das condições da ação e pressupostos processuais – v. a seguir) entendem permitir ao juiz que decida novamente acerca de prova antes indeferida. Também esse dispositivo não faz menção expressa à autorização de nova decisão sobre o tema, sem que se deixe de extrair-lhe tal sentido. Tanto nessa hipótese como na dos pressupostos processuais e condições da ação, está-se diante de matéria que diz respeito à própria atividade jurisdicional – justificando-se igual tratamento.

O que se disse até aqui vale para todas as questões processuais usualmente denominadas “de ordem pública” (os pressupostos de ad-

missibilidade para o julgamento do mérito – “pressupostos processuais” e “condições da ação” – e as nulidades absolutas).

Já quanto às questões processuais atinentes ao “interesse da parte”, não se põe em dúvida que a decisão que expressamente as descarta, se irrecorrida, tem plena eficácia preclusiva. Na hipótese em que apenas se declara saneado o processo, sem apreciação das questões de interesse da parte (ou ainda quando nem mesmo há tal declaração), pode-se estabelecer discussão semelhante à acima noticiada. E, pelo que já se expôs, há de se negar eficácia preclusiva também nesse caso. Isso apesar de, então, não se poder invocar o art. 267, § 3º. O problema é outro. Reitere-se que a idéia de “decisão implícita” é inconciliável com a imposição constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX). Daí que, ainda que houvesse nesse caso “decisão”, seria absolutamente nula por falta de fundamentação – nulidade essa que pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 245, parágrafo único, do CPC, c/c art. 93, IX, da CF)⁷⁹. Portanto, a questão de interesse da parte não apreciada na decisão de saneamento poderá ser decidida depois, mesmo não tendo havido recurso.

28. Agora, a negação da eficácia preclusiva em relação aos pressupostos de admissibilidade para o julgamento de mérito – por reconhecer-se que a matéria deve ser decidida (e reexaminada) a qualquer tempo – não significa que não exista a imposição de que, sempre que possível, essas matérias sejam decididas já na fase saneadora. Reafirme-se o que acima se expôs: examinar, ou não, essas questões no “julgamento conforme o estado do processo” não se submete ao mero talante do juiz. Havendo elementos para a matéria ser decidida, cumpre-lhe apreciá-la já na fase saneadora. Ausentes, não pode decidir nesse instante. Adiante se retorna ao tema (itens 7 e 8).

29. Quando vigorava o Código de 39, bastava o protesto genérico por produção de provas, na inicial e na contestação. O Código de 73 pretendeu alterar esse regime, dando-lhe maior rigidez. Em termos taxativos, estabeleceu-se que a petição inicial e a contestação seriam os momentos oportunos para a proposição da prova (art. 282, VI, e 300). Os meios probatórios haveriam de estar indicados com precisão já na inicial. Na prática, continuou havendo apenas o protesto genérico na fase postulatória (admitido inclusive pelo STF – RTJ

106/157, RT 580/260). Assim, e antes da declaração de saneamento, tornou-se costume o “despacho de especificação de provas”. É criação da vida forense. Não há sua previsão no Código. E a solução da praxe demonstrou oferecer maior mobilidade e racionalidade ao processo. Depois da fase postulatória, as partes têm melhores condições de saber o que é preciso provar, o que não está incontroverso – e assim por diante.

Da admissão do protesto genérico têm-se extraído algumas decorrências. Assim, mesmo para quem não requereu nem genericamente provas na inicial ou contestação, admite-se que as requeira depois, por ocasião do “despacho de especificação”. Quem já as especificou na inicial não precisa tornar a fazê-lo depois (senão estaria sendo subvertido todo o procedimento fixado em lei: abrandá-lo é concebível; criar sistema que prejudique aquele que cumpre a letra da lei não). Em suma, nota-se atenuação da preclusão em campo probatório⁸⁰.

30. Por fim, resta examinar a relação entre deferimento e indeferimento de provas e preclusão. O juiz pode deferir a prova antes indeferida: as normas dos arts. 130 e 131 possibilitam ao juiz, a qualquer tempo antes de julgar, determinar o desenvolvimento de instrução probatória para que possa formar adequadamente seu convencimento; mas não pode indeferir a prova antes deferida – o que afrontaria a segurança jurídica, que deve prevalecer no curso do processo⁸¹.

VII - A reforma de 1994

31. A reforma processual de dezembro de 1994 inovou substancialmente o regime da fase de saneamento do processo ao incluir audiência em seu bojo (Lei nº 8.952/94).

A audiência de saneamento no processo civil brasileiro (art. 331) difere da preparatória portuguesa, bem como da vasta maioria dos modelos adotados em outros sistemas – não só daqueles que prevêm tal ato já na fase inicial do processo, como dos que o estabelecem depois da fase postulatória⁸². Isso porque a audiência brasileira *sucedee* ao exame da possibilidade da extinção do processo e do “julgamento antecipado”. Quanto a isso, o texto legal é claro: “Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes...” (art. 331, *caput*, parte inicial)⁸³.

Ademais – e em inter-relação com esse

primeiro aspecto –, o seu fim essencial é a tentativa de conciliação. Apenas secundariamente ela tem o escopo saneador e preparador da instrução. Melhor dizendo: aproveita-se da audiência, que se teve de realizar com o fito de buscar a conciliação, para discussão da matéria atinente ao saneamento (a de ordem pública e a de interesse das partes, não exaurida antes).

Tanto é assim que, não sendo possível nenhuma transação em face do objeto do processo, a audiência não ocorrerá. Isso está estabelecido – ainda que não em termos de todo precisos – no texto legal. Na conversão do projeto em lei, excluiu-se o que constava no final do § 2º: “Proceder-se-á da mesma forma se a lide versar sobre direitos indisponíveis”. Assim, só terá vez a audiência prevista no art. 331 quando o objeto do processo, no todo ou em parte, for passível de transação. Repita-se, em termos precisos: (a) cabe a audiência não só quando a causa envolve direitos “disponíveis” – o que significaria um âmbito mais restrito⁸⁴; (b) mas, sendo causa que não tolere transação quanto a nenhum aspecto seu, não haverá audiência⁸⁵. O “Esboço de Anteprojeto” de nova reforma tornará ainda mais clara a norma. Consigna na proposta de nova redação para o *caput*: “Se... a causa versar sobre direitos que admitam transação”. E cria-se o § 3º: “Caso o direito em litígio não admita transação, o juiz procederá *desde logo* ao saneamento do processo na forma do parágrafo anterior”.

32. Nos casos em que cabe a audiência, se essa não for designada, ingressando-se diretamente na fase probatória, ter-se-á: nulidade quanto à falta de tentativa de conciliação; anulabilidade quanto à ausência de discussão oral para a fixação de pontos controvertidos e determinação dos meios probatórios (defeito esse convalidável, se não argüido)⁸⁶. Afinal, essa última função da audiência é secundária e condicionada à primeira. Mas, mesmo a nulidade pela falta de tentativa de conciliação há de ter suas decorrências adequadamente delimitadas. Não argüida a anulabilidade decorrente da falta dos debates e constatada a nulidade pela falta de tentativa de conciliação, não se anulará tudo o que já se fez até o momento no processo (por exemplo, prova pericial em curso): apenas se fará a audiência para tentar a conciliação. Ainda, se o defeito constata-se quando já se está por realizar a audiência de instrução e julgamento, não se designará audiência específica de tentativa de conciliação: a própria

audiência de instrução e julgamento já terá etapa destinada a satisfazer essa finalidade. Ademais, realizada a audiência de instrução e julgamento – e nela tendo existido a tentativa de conciliação –, não há mais como se invocar o defeito decorrente da falta da audiência prevista no art. 331.

33. Da parte inicial do art. 331 (“Se não se verificar qualquer das hipóteses das seções precedentes..., o juiz designará audiência...”) decorre ainda outra questão relevante. Em princípio, parece haver o pressuposto de ter sido negativo o juízo acerca da extinção do processo com ou sem julgamento de mérito. Diante disso, qual a eficácia preclusiva dessa decisão que designa audiência e, conseqüentemente, não extingue o processo⁸⁷?

Em primeiro lugar, a solução exige que se conjugue essa parte do artigo com o contido no § 2º (“decidirá as questões processuais pendentes”). Certamente esse dispositivo não está apenas a referir-se às questões surgidas entre a designação da audiência e a própria audiência. Ou seja, há, nesse § 2º, a expressa autorização para a decisão, pelo menos, das questões processuais não-decididas. E note-se que inclusive a própria definição acerca da possibilidade ou não de julgamento antecipado é *questão processual* (tanto que – e não se discute – é *error in procedendo* o indevido julgamento antecipado): daí que, mesmo se realizando audiência preliminar, ainda não fica afastado o julgamento imediato do mérito. Ademais, e pelo que já se expôs, não há como se conceber preclusão nesse caso, vez que não há “decisão implícita”. Além disso, as questões de ordem pública podem ser revistas mesmo que a decisão designadora da audiência as tenha enfrentado expressamente (v. VI, nº 27.2, acima).

34. As conseqüências da falta das partes e (ou) seus procuradores à audiência também variam conforme as duas finalidades distintas do ato.

34.1. Considere-se, antes, o escopo da tentativa de conciliação. Na falta da parte e de procurador habilitado a transigir, considera-se frustrada a tentativa conciliatória. Não decorre disso nenhuma sanção – ainda que se pudesse pensar em alguma, com base em *expressa previsão legal*, se a parte simplesmente faltasse ao ato sem peticionar antes indicando que, por não querer nenhum acordo, não compareceria (arcar com as despesas pela audiência inútil, multa – como ocorre no direito português

[v. III.2, acima], agravamento de honorários em eventual sucumbência ao final etc.). Mas *nunca* tal hipotética sanção poderia ser aquela de que, de uma leitura apressada do § 2º do art. 277 (que trata do procedimento sumário), extrair-se-ia: a presunção de veracidade de fatos afirmados pela outra parte. A valer essa concepção, haveria a distorção das finalidades dos mecanismos estabelecidos no processo: a consagração da ficção.

Faltando à audiência o advogado, mas presente a parte, é possível a tentativa de conciliação. Trata-se de ato a ser desempenhado pela própria parte – e não por seu advogado (sendo assim, é irrelevante para tanto a regra do art. 36). Tanto é ato pessoal da parte que a delegação de poderes para sua prática – como a de todos os demais vinculados diretamente à parte – exige específica menção no instrumento de mandato. A parte tem o direito de ser assistida pelo seu advogado quando da busca da autocomposição. A ausência deste, porém, não obsta o ato. Havendo prévia intimação e executado motivo de força maior, ter-se-á que ou a parte dispensou a presença de seu patrono ou ele indevidamente faltou para com seu cliente (o que se resolverá no âmbito direto da responsabilidade profissional).

34.2. No que tange à *discussão* para fixação dos pontos controvertidos e definição das provas, têm de ser analisadas as conseqüências da ausência do advogado. A falta da parte é irrelevante. Essa sim é atividade cuja prática exige capacidade postulatória. A previsão do debate acerca da delimitação da atividade instrutória consiste em chance a mais que se dá, para as partes, de buscar influir no convencimento do juiz acerca desse tema. E, do ângulo do juiz, é oportunidade que se lhe confere para melhor se esclarecer. O *requerimento* de produção de provas já terá ocorrido em momento anterior (v. acima, item 6). Daí que a ausência do advogado não pode gerar conseqüência preclusiva quanto à faculdade de produzir provas – antes já pleiteadas. O juiz até poderá indeferir a produção da prova requerida por quem não compareceu, mas não em virtude da pura e simples ausência e, sim, como em qualquer outro caso e fundamentadamente, porquanto a considere desnecessária (e, nessa hipótese, talvez até o procurador da parte, ao faltar à audiência, perca boa chance de convencer o juiz do contrário).

34.3. Enfim, ao se tratar das conseqüências que decorrem da ausência da parte e (ou) seu

patrono à audiência preliminar, há de se evitar a supervalorização do meio diante do fim. Erra quem vê nesse novo momento destinado à tentativa de conciliação mero instrumento de “desafogo” do Judiciário. Só a partir de tal perspectiva conseqüências como a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo adversário (no caso do art. 277, § 2º) ou perda do direito de produzir provas (como têm decidido alguns magistrados de primeiro grau, no que tange ao art. 331) seriam proporcionais e adequadas: afinal, por meio dessas sanções, também se chegaria à “diminuição de serviço”, mediante a dispensa da dilação probatória. Todavia, tentar a conciliação é só maneira de chegar a *solução que mais se aproxime da pacificação social*. Se isso gera mais rápida eliminação de processos, tanto melhor. Mas não deixa de ser fator secundário. E decisão fundada em presunção ou ficção – como a que se daria caso se concebesse a presunção de veracidade dos fatos aduzidos contra o ausente; ou a perda do direito de produzir provas, a despeito de já antes pleiteadas –, além de provavelmente não significar correta atuação da vontade da lei, está bem longe de por si só pacificar socialmente.

34.4. Por outro lado, tendo havido intimações regulares e inexistindo qualquer motivo de força maior, a ausência de alguma das partes e (ou) de seus advogados não obstará a realização da audiência – com as conseqüências e limitações acima indicadas. Não é de se descartar, por exemplo, que, de todos os envolvidos, compareça apenas o advogado de uma das partes. Então, mesmo nesse caso, o juiz fará a audiência, debatendo as matérias indicadas no art. 331, § 2º, com esse único protagonista que se propôs a participar da sessão.

Se faltantes ambas as partes e seus procuradores, não se designará nova data: proceder-se-á diretamente ao que determina o § 2º do art. 331⁸⁸. Contudo, e mesmo nesses casos, haverá sempre a possibilidade de o juiz, a qualquer momento, chamar as partes para tentar conciliá-las (art. 125, IV). Todavia, então não se estará mais diante do ato de que trata o art. 331.

35. A nova redação do art. 331 deixou claro que, na decisão declaratória de saneamento do processo, só se designará audiência de instrução e julgamento “se necessário”⁸⁹. Não se descarta que, mesmo não sendo o caso de “julgamento antecipado”, a instrução do processo não inclua provas orais (ou que essas já se tenham produzido antecipadamente). Nessa hipótese, não requerendo as partes esclarecimen-

tos orais do perito, nem os reputando necessários o juiz (arts. 435 e 452, I), não terá vez a audiência de instrução e julgamento. É bem verdade que, em tal caso, só se saberá da desnecessidade dessa segunda audiência quando, entregue o laudo (assim como eventuais pareceres dos assistentes), nenhum dos sujeitos principais do processo sentir a necessidade de esclarecimentos. Mas são imagináveis outras hipóteses em que, mesmo havendo ainda a necessidade de produção de prova depois da fase saneadora, de antemão, ter-se-á certeza de que não se precisará da audiência de instrução e julgamento (por exemplo, quando for deferida unicamente inspeção judicial). Seja como for, vale aqui ressalva (que já se depreenderia de outras noções expostas acima): ainda que inicialmente tivesse reputado dispensável audiência instrutória, surgindo a necessidade de qualquer esclarecimento pericial ou prova oral, o juiz poderá designá-la.

36. Ainda, o novo art. 331 reiterou o caráter cogente da determinação de desenvolvimento das atividades de saneamento: o juiz *fixará* os pontos controvertidos; *examinará* as questões processuais pendentes.

37. Quanto à eficácia preclusiva da parte da decisão que fixa os pontos controvertidos, vale o dito antes acerca de decisão que defere ou indefere prova (v. VI, nº 30), eis que a fixação de que ora se cuida é o antecedente lógico do deferimento de uma prova. Assim, se o juiz reputou irrelevante determinado ponto, dispensando atividade probatória que se lhe referisse, pode voltar atrás e, tendo-o por relevante, determinar as medidas instrutórias antes indeferidas ou nem mesmo cogitadas – isso, repita-se, por força dos arts. 130 e 131 do CPC. O oposto não lhe é dado: havendo tomado um ponto por relevante e controvertido, convencendo-se depois do contrário, não poderá restringir a atividade de instrução probatória antes deferida.

VIII - Consideração final

38. Diversas conclusões acerca do atual regime saneador brasileiro – que tomaram em conta os outros dois modelos examinados – já se apresentaram no curso do texto e não serão aqui repetidas. Cabe apenas observação final acerca de tema nuclear para definir a exata função da fase saneadora: a relação entre a obrigatoriedade do saneamento do processo e sua eficácia preclusiva.

Arruda Alvim compara o “saneador” de 1939 com o “saneamento” de 1973. Lembra que no “saneador” o juiz decidia acerca dos pressupostos processuais e condições da ação, “tudo com preclusão”. Com a eliminação da eficácia preclusiva do saneamento no Código de 73, “hoje está diminuída a importância do instituto”⁹⁰. Também Calmon de Passos consigna que, “ou se admite a preclusão, ou o saneamento do processo perde toda sua significação e operacionalidade”⁹¹. Barbosa Moreira inclui entre as condições para o funcionamento eficaz da fase saneadora sua “real utilização” – apontando “a sensível inclinação para relegar para a sentença final o exame de questões que, de acordo com o sistema da lei, não devem sobreviver”. Menciona o Código português, incisivo na necessidade de julgamento de tais questões por ocasião do “saneador”, salvo impossibilidade (v. acima, III.2). Chega a sugerir a responsabilização, de algum modo, do juiz relapso (disciplinar; civil: arcar com as custas do processo etc.). Fala, também, do uso da preclusão para evitar protraimentos, mas destaca não se dever utilizar tal mecanismo com excessivo rigor⁹².

Dessa última consideração de Barbosa Moreira, parte-se para a conclusão. Tem de ser reforçada a obrigatoriedade de o juiz desempenhar as atividades previstas para a fase saneadora do processo, salvo absoluta impossibilidade diante da falta de elementos instrutórios. Como decorrência, há de se afirmar a controlabilidade da conduta do juiz nesse momento do processo. Lembre-se que, em Portugal, de há muito a lei consigna expressamente o caráter cogente da imposição das tarefas saneadoras. Todavia, a reforma empreendida em 1985 veio a eliminar o cabimento de recurso para o controle dessa atividade (v. III.2). Ora, isso é dar com uma mão e tirar com a outra: dizer-se que o juiz está *obrigado*, mas não conceder instrumentos para verificação do cumprimento desse *dever*, é inócuo.

Mas o realce desse caráter cogente não autoriza o retorno à concepção reinante sob a égide do Código de 39, com a consagração do “preclusionismo” combatido por Galeno Lacerda.

Impõe-se a utilização racional da fase saneadora. E, para tanto, não se pode perder de vista sua destinação: a de filtrar, depurar, enxugar o processo – sem que se possa falar em nenhuma violação a garantias das partes. Há de se decidir, nesse momento, tudo o que já

pode ser decidido – em outros termos, tudo o que, se deixado para depois, estará sendo decidido *tardiamente*. A isso tem de se conjugar a natureza pública de diversas das matérias objeto da atividade saneadora: essa mesma natureza, que propiciou historicamente a criação do “despacho saneador” e seus desdobramentos, desautoriza severo regime de preclusão. De qualquer modo, tais preocupações com as garantias das partes e o correto desempenho da função jurisdicional – em nada desprezíveis – são perfeitamente satisfeitas com a constatação de que: (a) não há “discricionariiedade” quanto ao exame das questões e à prática dos atos reservados para essa fase do procedimento (presentes os elementos necessários, há de julgar imediatamente o mérito, há de apreciar as questões processuais pendentes, há de definir os pontos controversos e provas necessárias...); (b) em consequência, é sempre controlável a conduta do juiz (para definir se devia ou não julgar antecipadamente; se devia ou não apreciar nesse momento as questões processuais etc.); (c) contudo, da imposição da prática de tais atos, sempre que possível, não se pode extrair eficácia preclusiva automática do saneamento do processo: as medidas destinadas a fazer com que o juiz decida o que há de decidir nesse momento não de ser outras que não a preclusão – sob pena de se estabelecer um contra-senso, uma sanção que vá contra o próprio fim visado pela norma cuja eficácia ela visa a preservar.

Bibliografia

- ABÍLIO NETO. *CPC anotado*. 5. ed. Lisboa : Petrony, 1983.
- ALVIM, J. Manoel de Arruda. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño. *Revista de Processo*, n. 38, 1985.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz. Julgamento conforme o estado do processo. *Revista de Processo*, n. 5, 1977.
- . *Exegese do CPC*. Rio de Janeiro : Aide, [198-] v. 4, t. 1.
- BARBI, C. Agrícola. *Comentários ao CPC*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, 1992.
- BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : RT, 1994.
- BRISEÑO SIERRA. Los anteproyectos del Código de Procedimientos Civiles y ley orgánica del poder judicial del Estado de México. *Revista de Processo*, n. 3, 1976.
- BRITO, W. F. de, SOARES, F. Luso, MESQUITA, D. Romeira. *CPC atualizado e anotado*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1981.
- . 9. ed. Coimbra : Almedina, 1994.
- BUZAID, A. *Estudos de direito*. São Paulo : Saraiva, 1972 : Do despacho saneador.
- . *Do agravo de petição no sistema do CPC*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1956.
- CASTRO, A. Anselmo de. *Direito Processual Civil Declaratório*. Coimbra : Almedina, 1982. v. 3.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. notas de E. T. Liebman. Tradução da 2. ed. italiana por G. Menegale; 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1-2.
- DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do CPC*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- . *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba : Juruá, 1991.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada P. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- . *Os princípios constitucionais do processo e o CPC*. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- GUIMARÃES, L. Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969: Carência de ação
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Prólogo da 2. ed. de 1985, por Flávio Pâncaro da Silva. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1990. *Fac-símile* da 1. ed. de 1953.
- LIEBMAN, E. T. *Problemi di processo civile*. Nápolis : Morano, 1962 : Il nuovo código de processo civil brasileiro.
- . Nápolis : Morano, 1962 : Istituti del Diritto Comune nel processo civile brasileiro.
- . *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada P. Grinover. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976. Novamente sobre a legitimação das partes.
- . 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976: O despacho saneador e a legitimação das partes.
- . 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976: O despacho saneador e o julgamento do mérito.
- LIMA, Alcides Mendonça. As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. *Revista de Processo*, n. 1, 1976.

- . Do saneamento do processo. *Revista de Processo*, n. 60, 1990.
- MAGALHÃES, J. M. V. Barbosa de. *Estudos sobre o novo CPC*. Lisboa : Vitória, 1940. v. 1.
- MALACHINI, Edson R. Do julgamento conforme o estado do processo. *Revista de Processo*, n. 6, 1977.
- MARQUES, J. Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972. v. 3.
- . *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- MENDES, J. de Castro. *Manual de processo civil*. Lisboa : Coimbra Ed., 1963.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao CPC*. Atualização e notas por Sérgio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 4.
- MOREIRA, J. C. Barbosa. *Temas de direito processual* : quarta série. São Paulo : Saraiva, 1989. Saneamento do processo e audiência preliminar.
- . *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- NEGRÃO, Theotonio. *CPC e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- OLIVEIRA, C. Alberto A. de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71, 1993.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 3.
- . *Inovações no CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- REIS, J. Alberto dos. *CPC anotado*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1981. v. 3.
- RIGHL, Ivan O. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 35, 1982.
- SANTOS, M. Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. São Paulo, [s.n.], 1946.
- SILVA, Ovídio B. da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : Fabris, 1987. v. 1.
- SOARES, F. Luso. *Processo civil de declaração*. Coimbra : Almedina, 1985.
- SOUSA, M. Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da Revisão do Processo Civil : projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jul. 1995.
- TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*. Conferência pronunciada, em 23/06/95, nas Jornadas de Direito Processual Civil, realizadas em Curitiba. Reprodução escrita, autorizada pelo autor e fornecida pelos organizadores.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos tribunais*, n. 640, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria. *A reforma do CPC*. São Paulo : Saraiva, 1996 : A nova fase saneadora do processo civil brasileiro.
- . *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- VARELA, Antunes. BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio E. *Manual de processo civil*. 2. ed., Coimbra : Coimbra Ed. 1985.
- VIDIGAL, L. E. de Bueno. *Direito judiciário civil*. São Paulo. C. A. XI de Agosto, 1959. Transcrição das aulas para o 4º ano do curso de Direito.
- WAMBIER, L. Rodrigues. A nova audiência preliminar : art. 331 do CPC. *Revista de Processo*, n. 80, 1995.
- WAMBIER, L. Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido : comentário de jurisprudência. *Revista do Processo*, n. 67, 1992.

Notas de rodapé

¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 3-7, e *Julgamento...*, p. 197-198; TUCCI, Lauria. *A nova fase...*, p. 348-352, e *Do julgamento*, p. 9-31; MIRANDA, Pontes de. *Comentários*, v. 4, p. 231; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 13-32 e 43-54; BUZAID, *Do despacho...*, p. 1-30; REIS, J. A. dos. *CPC*, p. 182; LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 99-101; VIDIGAL, *Direito judiciário*, p. 363-365; MOREIRA, Barbosa. *Saneamento...*, p. 120-129 (são dele as expressões entre aspas, acerca das várias funções – p. 132).

² LACERDA, Galeno. op. cit., p. 36; BUZAID, op. cit., p. 15; LIMA, Mendonça. *As providências...*, p. 27; TUCCI, *Do julgamento*, p. 14, e *A nova fase...*, p. 352; ARAGÃO, *Exegese*, p. 4; PASSOS, Calmon de. *Comentários*, v. 2, p. 459; LIEBMAN, op. cit., p. 98; VIDIGAL, op. cit., p. 365. São frequentes, na doutrina não luso-brasileira, as referências à peculiaridade do “despacho saneador” (e de seus desdobramentos), em contraste com outras técnicas funcionalmente similares. V., p. ex., LIEBMAN, *Istituti del diritto comune...*, p. 501-502; *Il nuovo código de processo civil brasiliano*, p. 486-487; BRISEÑO SIERRA, *Los anteproyectos...*, p. 65.

³ TUCCI, *A nova fase...*, p. 354-355.

⁴ Expressão constante de acórdão da Relação de Lisboa, de 3-4-68, citado por A. Varela e outros (*Manual*, p. 382, nota 1). Sobre seu sentido e correção, vede adiante.

⁵ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 11 e 40-41; LIMA, *Do saneamento...*, p. 8; GRINOVER, *Direito processual*, p. 41-42.

⁶ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 7-8, e *Julgamento...*, p. 198-200.

⁷ LACERDA, op. cit., p. 34; TUCCI, *Do julgamento*, p. 14-15. Ver as referências na nota 2, acima.

⁸ SILVA, Pâncaro da. Prólogo. In: LACERDA, op. cit., p. 6-11.

⁹ Sobre o tema, inclusive as indicações históricas: REIS, op. cit., p. 164-237; MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos*, p. 44-66; MENDES, Castro. *Manual*, p. 392-405; VARELA, Antunes. BEZERRA e NORA, *Manual*, p. 368-429; SOARES, Luso. *Processo civil*, p. 703-766; BRITO, SOARES, L. e MESQUITA, *CPC*, 2. ed. p. 320-327, e *CPC*, 9. ed. p. 343-349; DE CASTRO, Anselmo. *Direito processual*, p. 247-293; ABÍLIO NETO, *CPC*, p. 389-403; LACERDA, *Despacho*, p. 40-43; LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 100-102; ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 4; LIMA, *As providências...*, p. 27; TUCCI, *A nova fase...*, p. 352-353, e *Do julgamento*, p. 15-18; MOREIRA, op. cit., p. 112-113; SILVA, op. cit., p. 11-15; VIDIGAL, op. cit., p. 365-366.

¹⁰ SOUSA, Teixeira de. *Apreciação...*, esp. p. 394-402.

¹¹ REIS, op. cit., v. 3, p. 169. Cf. doutrina e jurisprudência nesse sentido em Brito, Soares e Mesquita (op. cit., p. 321-322).

¹² O Código consagrou o ponto de vista de seu principal autor, J. A. dos Reis, no sentido de excluir do “julgamento do mérito” o exame dos fatos que embasam as defesas materiais indiretas (REIS, op. cit., p. 189; MENDES, op. cit., p. 399-400).

¹³ VARELA, A. et al. op. cit., p. 386; no mesmo sentido, CASTRO, op. cit., p. 254.

¹⁴ A. NETO, op. cit., p. 391, nota 5.

¹⁵ Consagra-se “o princípio dispositivo em matéria de factos” (VARELA et al. op. cit., p. 401).

¹⁶ A. NETO, op. cit., p. 401-402, notas 45, 48 e 49.

¹⁷ REIS, op. cit., p. 205.

¹⁸ VARELA et al. op. cit., p. 400 e 402-403.

¹⁹ *Ibidem*, p. 381-382; MENDES, op. cit., p. 392.

²⁰ Cf. ac. da Relação, apud A. NETO, op. cit., p. 399, nota 21.

²¹ Sustentado por autorizada doutrina – inclusive a de J. A. dos Reis (op. cit., p. 199-200), que idealizou o “despacho saneador”.

²² VARELA et al. op. cit., p. 393-395.

²³ Op. cit., p. 398.

²⁴ VARELA et al. op. cit., p. 427-428; CASTRO, op. cit., v. 2, p. 282-293; e, antes, REIS, op. cit., p. 193.

²⁵ Nesse sentido, opinam Anselmo de Castro (op. cit., p. 259-262) e Luso Soares (op. cit., p. 727-729).

²⁶ Nesse sentido: REIS, op. cit., v. 3, p. 193; VARELA et al. op. cit., p. 384; v. ainda outras indicações, inclusive de jurisprudência, em BRITO, SOARES e MESQUITA, op. cit., p. 324, nota 5, e ABÍLIO NETO, op. cit., p. 391, nota 2.

²⁷ Cf. ac. da Relação apud A. NETO, op. cit., p. 394, nota 22.

²⁸ Sobre o contido nesse item, vede: LACERDA, op. cit., p. 34-38; ARAGÃO, *Julgamento...*, p.

199, e *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 8-10; LIMA, *As providências...*, p. 27; MOREIRA, op. cit., p. 114-115.

²⁹ Sobre esse Decreto-Lei de 1942, assim se pronunciou Liebman: “Em face do texto originário do art. 294, vários escritores e julgados entenderam que a ‘legitimidade das partes’, mencionada no n° 1 como questão a ser decidida no despacho saneador, fosse unicamente a legitimidade *ad processum*: a legitimidade *ad causam*, como questão incluída no mérito, deveria ser examinada na sentença...”. E mencionou, a seguir, diversos autores que assim se haviam pronunciado, inclusive ele mesmo (CHIOVENDA. *Instituições*, v. 1, p. 178, nota 11, e em O despacho saneador e a legitimação...). E prossegue: “Sobrevindo o decreto n° 4.565, de 1942, que incluiu, na matéria do despacho saneador, o requisito do interesse, todo o problema precisou ser examinado *ex-novo*, admitindo-se, então, que o despacho saneador deve decidir também sobre a legitimidade *ad causam*” (*O despacho saneador e o julgamento...*, p. 104, nota 7). VIDIGAL, op. cit., p. 353-354.

³⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 283, nota 4.

³¹ op. cit. p. 114-122. Lacerda noticiava, ainda, a admissão pela jurisprudência da “oponibilidade e o reconhecimento de ofício da coisa julgada e da incompetência absoluta a qualquer tempo” – não obstante a paralela previsão de exceções instrumentais (*Ibidem*, p. 121). Aliás, quanto à incompetência absoluta *ratione materiae*, havia expressa previsão legal nesse sentido (art. 182, §1°).

³² ARAGÃO, *Exegese* v. 4, t. 1, p. 13-14; LACERDA, p. 107; op. cit., LIMA, *Do saneamento...*, p. 11.

³³ Esses dois fundamentos são apresentados, respectivamente, por M. Lima (*As providências...*, p. 30) e LACERDA (op. cit., p. 173). Jurisprudência a respeito do tema é relatada por Buzaid (p. 35).

³⁴ Vede LIMA, *As providências...*, p. 31. Acerca da classificação dos provimentos no Código de 39, v. BUZAID, *Do agravo*, p. 128-129.

³⁵ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 12-13 e 20, notícia essa corrente de entendimento.

³⁶ op. cit., p. 134.

³⁷ LIEBMAN, *Novamente...*, p. 151-153; MARQUES F., *Instituições*, v. 3, p. 225; LACERDA, op. cit., p. 131-139.

³⁸ *As providências...*, p. 31.

³⁹ op. cit., p. 227-228.

⁴⁰ SANTOS A. *As condições da ação*, p. 105 e 106; LACERDA, p. 153-178; VIDIGAL, op. cit., p. 369-371.

⁴¹ CHIOVENDA, *Instituições*, v. 1, p. 378, nota 6.

⁴² A esse respeito, vede ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20.

⁴³ LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 134; Buzaid, op. cit., p. 36.

⁴⁴ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20; LIMA, *As providências...*, p. 30-31 – esse último dava por “quase pacífico” o entendimento doutrinário e jurisprudencial favorável ao trato dessas matérias no

saneador – op. cit., p. 31.

⁴⁵ LACERDA, op. cit., p. 82-89; LIMA, *As providências...*, p. 31); LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, esp. p. 133. De considerarem-se as condições da ação mérito, ou não, dependia a definição do recurso adequado contra o “despacho saneador” que encerrasse o processo por carência de ação. Em se tratando de mérito – como pretendia Lacerda relativamente à possibilidade jurídica e à legitimidade –, caberia apelação (art. 820 - op. cit., p. 179-180). Caso contrário, agravo de petição seria o recurso cabível, por força do art. 846 (nesse sentido, BUZAID, *Do agravo*, p. 126-127 e 132).

⁴⁶ LIMA, *As providências...*, p. 31 – ao que esse autor se refere como exame do “mérito propriamente dito”). Ampla levantamento da jurisprudência sobre o tema é apresentado por BUZAID,...., p. 36-37.

⁴⁷ LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 105-112; MARQUES, op. cit., III, p. 229; BUZAID, *Do despacho...*, p. 36-38.

⁴⁸ LACERDA, op. cit., p. 140-152; VIDIGAL, op. cit., p. 371-372.

⁴⁹ Sejam vistas as palavras de Buzaid em pronunciamento na II Conferência Nacional da OAB, citadas por ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 14 e 28.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 16. V. também p. 15-17, 27 e 38. O autor vê autorização para verdadeiro “julgamento conforme o estado do processo” na parte final do § 2º do art. 265 (*Ibidem*, p. 17, nota 29, e *Julgamento...*, p. 201).

⁵¹ Sobre o tema, vede interessantes considerações de ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 35-38; MALACHINI, *Do julgamento...*, p. 97 e 105; GRINOVER, op. cit., p. 101-102.

⁵² BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 102, nota 237. Há inúmeras decisões afirmando o caráter relativo da presunção estabelecida pela art. 319 e a possibilidade de produção de provas de ofício (v. nota 6 ao dispositivo no *CPC*, de Negrão, p. 227).

⁵³ Para confirmar o quanto essa face da questão é ignorada, basta o exame das notas aos arts. 130 e 330 no *CPC* de Negrão: para uma imensa quantidade de decisões, examinando a ocorrência ou não do cerceamento por ocasião do julgamento antecipado, há uma única nota (com duas decisões – sendo uma do STJ – no sentido favorável e uma contrária) apreciando a possibilidade de controle para imposição do julgamento imediato (nota 1 ao art. 330).

⁵⁴ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 25-26.

⁵⁵ *Manual*, v. 2, p. 155 e 161.

⁵⁶ op. cit. p. 229.

⁵⁷ op. cit., v. 3, p. 489-490. Mas, na p. 517, há afirmação parcialmente colidente com essas.

⁵⁸ E – *exclusivamente a título de argumentação* – pondere-se que, ainda que fosse o caso de apelação (e não é), essa não suspenderia todo o processo. A parte não abrangida pela decisão não se submeteria à eficácia suspensiva dessa suposta apelação.

Proceder-se-ia da mesma forma que se procede quando a apelação é parcial (carta de sentença etc.). Essa é a solução adotada em Portugal, onde cabe apelação com efeito suspensivo contra o “saneador” que decide parte do mérito (ABÍLIO NETO, op. cit., p. 397, nota 4).

⁵⁹ TARZIA, *O novo processo*, p. 6; DINAMARCO, *A instrumentalidade*, p. 132 e 249; OLIVEIRA, C. A. de. *O juiz...*, p. 35.

⁶⁰ op. cit., p. 81-83.

⁶¹ A nota 1 ao art. 397, no *CPC* de Negrão, permite clara constatação dessa tendência.

⁶² LIMA - *As providências...*, p. 37; MIRANDA, op. cit., p. 221; PASSOS, op. cit., p. 472. No sentido de que sim: GRECO FILHO, v. 2, *Direito processual*, p. 162.

⁶³ A esse respeito, confirmam-se as lições de Ivan Righi (*Eficácia probatória...*, p. 69) e ARAGÃO (*Exegese*, v. 4, t. 1, p. 74-76 e 100).

⁶⁴ O próprio Calmon de Passos acaba por reconhecer essa circunstância (op. cit., p. 495).

⁶⁵ Note-se que não há conflito entre a regra do art. 13, quando trata de representação, e a do art. 37. A norma do art. 13 diz respeito às hipóteses gerais de mandato (ex.: a procuração de uma pessoa a outra para que promova em seu nome um processo [e para tanto constitua inclusive um advogado em seu nome]), de representação de incapazes (art. 8º) e de apresentação (art. 12).

⁶⁶ BARBI, *Comentários*, v. 1, p. 97, item 152.

⁶⁷ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 13, nota 22.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 13 e 19.

⁶⁹ *O novo processo*, p. 62-63. O autor não esclarece se só o *caput* do art. 113 autoriza reexame – ou se também o § 3º do art. 267 (redigido em termos semelhantes ao art. 113) permite-o relativamente às matérias nele tratadas. Em caso positivo, a postura de Barbosa Moreira, em vez de preclusionista, estará muito mais próxima daqueles que adotam posicionamento flexível quanto ao tema – v. adiante. Em outro escrito (*Saneamento...*, p. 142, nota 40), refere-se ao contraste entre a parte inicial do art. 331 e o § 3º do art. 267 – sem contudo posicionar-se.

⁷⁰ *Do julgamento*, p. 162-163.

⁷¹ op. cit., p. 517-523, esp. 522-529.

⁷² *Manual*, v. 2, p. 153, 167 e 171.

⁷³ op. cit., p. 107-108.

⁷⁴ Atualização dos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 241-242.

⁷⁵ *A preclusão*, p. 104-115.

⁷⁶ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20-21.

⁷⁷ *Sobre a eficácia...*, passim.

⁷⁸ O. B. da Silva, *Curso*, I, p. 163; GRECO FILHO, op. cit., p. 181; WAMBIER, L. R. *Despacho saneador irrecorrido*, p. 227-231.

⁷⁹ Note-se que algumas das situações em que por vezes se afirma haver “decisão implícita” não se confundem com a ora analisada. Assim, por exemplo, a sentença que julga improcedente o mandado de segurança importa automática revogação da liminar antes concedida, mesmo que nada diga a res-

peito. E isso não porque haja “decisão implícita” – mas sim diante de absoluta incompatibilidade lógica entre a manutenção da liminar, que pressupõe juízo de plausibilidade acerca do direito do impetrante, e a sentença de improcedência, que descarta por completo tal plausibilidade. Agora, veja-se que, mesmo em tal hipótese, terá sido observada a garantia da fundamentação das decisões: a razão pela qual a liminar não pode mais vigorar estará retratada na própria motivação da improcedência. Enfim, trata-se de algo em tudo diverso do que se examina no texto.

⁸⁰ LIMA, *Do saneamento...*, p. 11 e, principalmente, FERREIRA FILHO, op. cit., p. 88-89.

⁸¹ Endossando a primeira assertiva: Bermudes, Atualização aos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 242-243. No sentido da segunda: *Repro* 5/366 e 17/297. Nos termos integrais desse período: B. Moreira (*O novo processo*, p. 62-63) e M. Caetano Ferreira Filho (op. cit., p. 91-92). Para Calmon de Passos, em nenhum dos casos haveria preclusão, salvo quando já estabelecida situação incompatível com a redescisão (op. cit., p. 530). O Supremo, contudo, já se manifestou, reconhecendo que o deferimento da prova acarreta preclusão para o juiz (RTJ, n. 76, p. 305 e n. 95, p. 271).

⁸² Confrontem-se os vários modelos descritos por MOREIRA, *Saneamento...*, p. 120-129.

⁸³ Não se está afirmando, entretanto, nenhum caráter preclusivo da decisão que designa a audiên-

cia, nem a absoluta rigidez do procedimento. Confira-se o exposto adiante.

⁸⁴ Nesse sentido, entre outros: Bermudes (atualização dos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 237); TUCCI, *A nova fase...*, p. 360; WAMBIER, *A nova audiência...*, p. 34-35.

⁸⁵ Nesse sentido, entre outros: PASSOS, p. 113. Contra, admitindo-a sempre, v. por todos: DINAMARCO, *A reforma*, p. 124-125; TUCCI, *A nova fase...*, p. 362.

⁸⁶ Dinamarco (*A reforma*, p. 126-127) e Tucci (*A nova fase...*, p. 360): falam apenas genericamente em nulidade absoluta – sem a distinção ora empreendida quanto aos escopos da audiência.

⁸⁷ Há problema semelhante a esse no direito português. Lá, é prevista “audiência preparatória” quando parecer possível o julgamento imediato de mérito (*CPC português*, art. 508, v. 1). Disso poderia extrair-se a conclusão de que, designada a audiência, o magistrado já decidiu possível o conhecimento direto do pedido? A lei dá expressa resposta negativa (art. 508, 4).

⁸⁸ Nesse sentido, expressamente a lei portuguesa no que tange à audiência preparatória – v. III.2, acima.

⁸⁹ Vede Bermudes, atualização aos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 243.

⁹⁰ *Princípios fundamentais...*, p. 96.

⁹¹ op. cit., p. 522.

⁹² *Saneamento...*, p. 138-139, 141-143.

