

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

THIAGO D'AUREA CIOFFI SANTORO BIAZOTTI

**PERSPECTIVAS ATUAIS PARA O SANEAMENTO E A ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL**

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2021

THIAGO D'AUREA CIOFFI SANTORO BIAZOTTI

**PERSPECTIVAS ATUAIS PARA O SANEAMENTO E A ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Biazotti, Thiago D'Aurea Cioffi Santoro
Perspectivas atuais para o saneamento e a
organização do Processo Civil ; Thiago D'Aurea Cioffi
Santoro Biazotti ; orientador José Carlos Baptista
Puoli -- São Paulo, 2021.

270 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. Saneamento. 2. Organização. 3. Juiz e partes.
4. Participação. 5. Liberdade. I. Puoli, José Carlos
Baptista, orient. II. Título.

Nome: BIAZOTTI, Thiago D'Aurea Cioffi Santoro

Título: Perspectivas atuais para o saneamento e a organização do Processo Civil

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Agradecimentos

Não me recordo muito bem quando me apaixonei pelo Direito. É bem provável que tenha sido ainda criança, à época de minhas aparições diárias no modesto escritório de advocacia do meu pai, então com poucos anos de profissão, em Itápolis.

Contam-me minha mãe e meu pai que eu estacionava debaixo da mesa de trabalho dele, e de lá saía apenas para bagunçar os livros que ficavam numa estante logo ao lado.

Um pouco mais crescido, via os dedos frenéticos do meu pai malharem uma IBM e ficava deslumbrado ao vê-lo sair para uma audiência, que então me parecia uma solenidade importantíssima, como de fato é.

Acabei na Faculdade de Direito de Bauru - ITE. Fui apresentado, logo no primeiro ano, à Teoria Geral do Processo, tanto à disciplina quanto ao livro dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, então na 12.ª edição (1996). A paixão pelo Direito se consolidou em amor ao Processo Civil, que posso nutrir no exercício da profissão de advogado e nos estudos acadêmicos que me proporcionam a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que deram origem a essa dissertação.

Esse caminho, compendiado em poucas palavras, não poderia ter sido percorrido se eu não contasse com o apoio de muitos que por ele passaram. Mesmo com algum risco de esquecimento, pelo qual já me desculpo, não me furto de registrar meus agradecimentos.

À Escola Estadual Valentim Gentil, em Itápolis, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e à sociedade do estado de São Paulo, pois recursos públicos estaduais permitiram o desenvolvimento dos meus estudos para que essa dissertação pudesse ser elaborada.

Aos meus pais, Marli e Laerte, que não mediram esforços para que eu realizasse meus sonhos e sempre estiveram a meu lado nos momentos de maior inquietação. Sem vocês, nada disso teria sido possível.

A meus avós, maternos e paternos, que já se foram, em especial à minha avó Hermínia Santoro. Como eu amava a presença da “vó” Hermínia e como doeu quando ela se foi.

A meus dois especiais amores, Gisele e Antonella. À Gisele, minha mulher, por além de estar a meu lado há tanto tempo, compreender a necessidade de isolamento que por vezes a vida acadêmica impõe e suprir minhas muitas ausências no contato diário com a nossa

pequena e irrequieta Antonella, nossa maior alegria. Tive muitas felicidades ao longo da vida, mas nenhuma delas se compara à chegada da Antonella.

A meu orientador, professor José Carlos Baptista Puoli, por ter me aberto as portas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e por ter aceitado me orientar. Não teria chegado até aqui sem o professor Puoli. Sei que lhe tomei tempo de convívio com os seus para pacientemente me orientar e avaliar meus escritos; não hei de me esquecer, para sempre reconhecer e agradecer essa dedicação.

Aos professores Flávio Luiz Yarshell e Oreste Nestor de Souza Laspro, pelas relevantes considerações, críticas e sugestões que fizeram por ocasião da banca de qualificação. Todas elas foram muito refletidas e consideradas no trabalho.

A todos os professores do Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade, que tanto engrandecem a instituição.

A Caio Martins de Araújo, Eduardo Chulam, Georgia Natacci, Júlio César Bueno, Lia Carolina Batista Cintra, Luis Eduardo Simardi Fernandes, Renato Piza, Rodrigo Ramina de Lucca, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Sérgio de Almeida Ribeiro, Umberto Bara Bresolin, e tantos outros; todos, cada um a seu modo e a seu tempo, contribuíram para que eu pudesse agregar conhecimento e essa dissertação pudesse ser realizada.

Uma menção especial a Renata Rodrigues Felipe da Silva, pela leitura atenta da dissertação e pelo companheirismo na labuta diária.

A meus companheiros de escritório. Lá se vão vinte anos. Todo dia aprendo um pouco mais com cada um de vocês.

A meus amigos da Faculdade de Direito de Bauru - ITE, Carlos Brasil, Layre De La Torre, Marcelo Moraes, Omar Augusto Leite Mello, Renato Gagnani, Wagner Mantelli, e tantos outros, pelos momentos memoráveis que passamos juntos. Só trago boas recordações desse tempo.

A meus amigos de infância, passada na minha estimada Itápolis. Como nossa convivência foi sadia. Com vocês, sinto-me comigo mesmo. Nos momentos mais difíceis, é junto aos meus que me encontro.

À Antonella, meu amor incondicional, simplesmente
por existir, e à Gisele, minha companheira de vida,
por fazer tudo ter ainda mais sentido.

Resumo

BIAZOTTI, Thiago D’Aurea Cioffi Santoro. *Perspectivas atuais para o saneamento e a organização do processo civil*. 2021, 270 páginas, Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Propõe-se, com essa dissertação, tratar do saneamento e da organização do processo sob a concepção de um processo participativo, atentando-se à influência das partes na formação da convicção do juiz e ao respeito à liberdade que lhes cabe, observados os limites impostos pelo sistema, sem que tal descaracterize a natureza pública que conforma o processo. Para tanto, serão abordados temas atuais do processo civil, como suas crises, seus modelos, o dualismo publicismo e privatismo, o papel do juiz e das partes no processo, as características das atuações desses sujeitos processuais, o princípio dispositivo e a liberdade das partes, isso tudo relacionado de alguma forma ao saneamento e à organização processual. Para melhor compreensão do saneamento e da organização do processo, serão desenvolvidos itens específicos sobre seus aspectos gerais e sobre seus predicados mais relevantes, com a importância que eles têm, as classificações mais comuns e as matérias objeto de enfrentamento. Notar-se-á que o saneamento e a organização processuais estão presentes desde o início e são uma realidade inclusive se processo for julgado sem resolução do mérito ou se houver o julgamento *antecipado* do mérito, e não apenas quando há necessidade de dilação probatória. Por evidente, será explorado o artigo 357 do Código de Processo Civil, que se propõe a regular mais especificamente o saneamento e a organização do processo, com todas as questões que dele surgem e impactam no desenvolvimento do processo e na postura dos sujeitos processuais para que, ao final, se possa chegar a uma sentença de mérito adequada.

Palavras-chave: Processo Civil; Saneamento; Organização; Juiz e Partes; Participação; Liberdade.

Abstract

BIAZOTTI, Thiago D'Aurea Cioffi Santoro. *Current prospects for the pre-trial rulings and organization procedures in Civil Procedure*. 2021, 270 p. Dissertation (Master's degree). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The purpose of this dissertation is to address the pre-trial rulings and organization procedures under the light of a participative procedure, taking into account the influence of the parties in the formation of the judge's conviction and the extent of their liberty to influence, considering the limits imposed by the system, avoiding the mischaracterization of the public nature of the procedure. To that end, matters regarding the current purposes of the civil procedure will be addressed, such as its crisis, models, the "public vs private" dualism, the role of the judge and the parties in the procedures, the characteristics of these subjects' performances, the principle of party disposition and the liberty of the parties – all of that related, in a manner, to the pre-trial rulings and organization decisions of the procedure. For a better comprehension of the pre-trial rulings and organization of the procedure, specific items about its general aspects and its most relevant predicates will be developed, highlighting their importance, their most usual classifications, and the matters worthy of debate. It shall be noticed that the pre-trial rulings and the organization of the procedure are present since the beginning of every procedure, even in cases of summary judgment or dismissal, and not only when there is need for the production of further evidence. Evidently, article 357 of the Brazilian Code of Civil Procedure will be explored, since it regulates specifically the pre-trial rulings and the organization of the procedure, with all the matters that arise from them and their impact on the development of the procedure and performance of the subjects, so that a final merit ruling can be achieved.

Keywords: Civil Procedure; Pre-trial rulings; Organization; Judge and Parties; Participation; Liberty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. PERSPECTIVAS ATUAIS DO PROCESSO CIVIL, DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO.....	21
2.1. As crises do processo civil contemporâneo.....	21
2.2. O modelo cooperativo de processo e críticas a ele relacionadas	24
2.3. Entre o publicismo e o privatismo processual	33
2.4. Os poderes do juiz e das partes no Código de Processo Civil de 2015	37
2.5. Os protagonistas processuais.....	41
2.6. O formalismo processual.....	45
2.7. O gerenciamento do processo e a adaptabilidade procedimental	48
2.8. O princípio dispositivo e a atividade probatória dos sujeitos do processo	58
2.9. Os métodos alternativos – adequados – de solução de conflitos	69
3. ASPECTOS GERAIS DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO	75
3.1. A importância do saneamento e da organização do processo.....	75
3.2. O saneamento e a organização do processo como fenômenos interdependentes	83
3.3. O saneamento e a organização do processo vistos sob a perspectiva de ato complexo.....	84
3.4. A importância do saneamento e da organização na estrutura processual para o alcance dos escopos da jurisdição.....	88
3.5. A forma processual, o processo adequado e efetivo e o saneamento e a organização do processo... ..	91
3.6. A participação das partes no saneamento e na organização do processo	94
3.7. As modalidades de saneamento e organização do processo.....	95
3.7.1 Saneamento e organização difusos e concentrados.....	95
3.7.2. Saneamento e organização em audiência ou em gabinete	101
3.7.3. Saneamento e organização compartilhados e não compartilhados	104
3.8. Conteúdo do saneamento e da organização do processo.....	109
3.8.1. As questões processuais	109
3.8.2. A delimitação das questões fáticas e jurídicas.....	113
3.8.2.1. A delimitação das questões fáticas	113
3.8.2.2. A delimitação das questões de direito	116
3.8.3. A definição da atividade probatória e da distribuição do ônus da prova	120
4. O SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO E A PETIÇÃO INICIAL, A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO E O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO	123
4.1. O indeferimento da petição inicial	123
4.2. As providências preliminares	126
4.3. A sentença sem resolução do mérito e o julgamento <i>antecipado</i> do mérito.....	128

4.3.1.	As hipóteses de sentença sem resolução do mérito (artigo 354 do Código de Processo Civil)	129
4.3.2.	As hipóteses de julgamento <i>antecipado</i> , ainda que parcial, do mérito (artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil)	131
5. A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015		136
5.1.	Os “momentos-chave” de saneamento e organização do processo	136
5.2.	A solução das questões processuais ainda pendentes	137
5.3.	A delimitação das questões de fato e a atividade probatória	138
5.4.	A delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito	140
5.5.	A delimitação das questões prejudiciais das quais possa depender o julgamento do mérito e a possibilidade e/ou utilidade da solução antecipada delas por ocasião do saneamento e da organização do processo	141
5.6.	A delimitação pelas partes das questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, sua homologação pelo juiz e a vinculação por ela exercida	147
5.7.	O saneamento e a organização do processo e a possibilidade de julgamento parcial do mérito	153
5.8.	As provas na fase de saneamento e organização do processo	156
5.8.1.	A especificação dos meios de prova admitidos e a atuação do juiz e das partes	156
5.8.2.	A prova necessária e útil (a relevância da prova)	161
5.8.3.	Os negócios processuais em matéria probatória e o calendário da prova pericial	167
5.8.4.	Aspectos gerais concernentes à distribuição do ônus da prova	175
5.8.4.1.	A definição sobre a distribuição do ônus da prova e a leitura mais adequada do artigo 357, III, do Código de Processo Civil	179
5.8.4.2.	A distribuição diversa do ônus da prova por obra do juiz	184
5.8.4.3.	O julgamento com base na regra do ônus da prova	188
5.8.5.	A produção antecipada da prova como instrumento eficaz de organização do processo	191
5.8.6.	A alteração na ordem de produção dos meios de prova	195
5.9.	A audiência prevista pelo artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil	197
5.10.	A estabilização da demanda, o saneamento e a organização do processo	202
5.11.	O pedido de esclarecimento e de ajuste do §1º do artigo 357 do Código de Processo Civil	206
5.12.	A estabilidade das decisões de saneamento e de organização do processo	208
5.13.	A ausência da identidade física do juiz e a importância do saneamento e da organização do processo	221
5.14.	As consequências da ausência de saneamento e organização do processo	223
5.15.	A recorribilidade – por agravo de instrumento - da decisão que saneia e organiza o processo	228
5.16.	O saneamento e a organização pelo tribunal	233
6. CONCLUSÃO		238
REFERÊNCIAS		244

1. INTRODUÇÃO

Sanear e organizar o processo sempre foi um desafio para os sujeitos processuais, o que justifica o estudo de suas principais características sob a perspectiva atual do processo civil, que valoriza a participação¹ das partes² e do juiz num ambiente informativo, de liberdade³ e não autoritário.⁴

No passado, o ingresso do *despacho saneador* no processo civil brasileiro por influência portuguesa⁵ já foi tido como uma das expressivas inovações de sua época, pois permitiu ao juiz que analisasse, de ofício e antes da audiência de instrução e julgamento, questões que poderiam levar à inviabilidade do processo e que impediriam a prolação da decisão de mérito,⁶ o que antes ele faria só ao final, muitas vezes quando já realizada extensa

¹ “Ampliar a participação é, pois, inerente ao devido processo legal”. (PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Organizadores Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 519).

² Para Enrico Tullio Liebman, “[s]ujeitos do contraditório instituído perante o juiz”. (*Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 123). Ver, ainda, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 137-138; 321-322, que traz o conceito chiovendiano de parte e diferencia partes no processo e partes na demanda.

³ As liberdades que as partes podem exercer no processo não são e nem podem ser ilimitadas, por isso a importância de o juiz as controlar, sem as tolher. Nessa concepção de liberdade limitada (não ilimitada) está compreendida a noção de que a liberdade de uma das partes deve respeitar a liberdade da outra, observando o antagonismo que caracteriza a atuação entre elas. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 66-68, expressos aos indicarem a liberdade, ainda que não ilimitada, como um princípio processual.

⁴ “Quando certos autores invocam elevadíssimos conceitos, como os aqueles da verdade e da justiça, mas que no passado recente foram tantas vezes usados para os fins mais nefastos, e afirmam que se trata de impor o reinado deles [conceitos], devem ser feitas grandes reservas: não se pode esquecer que essa corrente, levada a seus extremos, comporta em si o perigo de levar, no campo material, à eliminação da liberdade negocial privada, e, no campo processual, a um processo em que o juiz teria um poder ilimitado de proceder de ofício e no qual, em face do interesse público, desaparecesse todo o poder dispositivo das partes, consideradas coisas e não homens”. (tradução livre) (GOLDSCHMIDT, Roberto. *Le funzioni del giudice nel processo civile nel momento storico attuale*. *Rivista di Scienze Giuridiche*. Milano: Litteraria Riservata, Anno VII, Fasc. II, giugno/1956, p. 217).

⁵ Ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 34-38. O *despacho saneador* estava previsto no artigo 294 do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (com alterações realizadas pelo Decreto-Lei 4.565, de 1942, e pelo Decreto-Lei 8.570, de 1946).

⁶ A esse respeito, Celso Agrícola Barbi: “[a] introdução do despacho saneador foi recebida com aplausos gerais do foro e dos doutrinadores, dada a excelência do instituto, que atendia largamente aos reclamos da economia processual. A função de limpar o processo de questões prévias, de irregularidades, de nulidades, preparando-o para a fase de provas e de decisão do mérito, foi satisfatoriamente alcançada com o novo instituto”. (*Despacho saneador e julgamento do mérito*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 8-11, pp. 148-158, out 1968/1971. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/400/372>, Acesso em 27.5.2019). Além disso, à época do Código de Processo Civil 1939, já se permitia que o juiz indeferisse a petição inicial que apresentasse irregularidades, o que caracteriza esse provimento, de certo modo, como de saneamento do processo, conforme LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 7-10.

atividade probatória.⁷ Os influxos publicistas ganham projeção nessa época com a ampliação dos poderes do juiz.⁸

Ao longo do tempo, o *saneamento* evoluiu. Mais do que o juiz não ter de percorrer todo o trâmite processual para avaliar questões que poderiam impedir o julgamento do mérito, passaram a ser estimulados movimentos para que ele organizasse o processo do melhor modo possível para chegar a uma sentença de mérito adequada,⁹ e o Código de Processo Civil de 2015 atribui importância ainda maior a tais providências se comparado ao Código de Processo Civil de 1973.¹⁰

⁷ “A atividade do Juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da *depuração*, do saneamento do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo. (...). A audiência, para permitir um atento e sereno conhecimento da causa, deve ser quanto mais possível contínua e destinar-se ao estudo de um objeto delimitado e homogêneo. A necessidade de examinar e decidir questões preliminares só pode causar confusão, demora e interrupções perigosas. Aí estão indicados os inconvenientes que se quiseram evitar; aí está o problema que se quis resolver com o despacho saneador. O legislador pôs à disposição do Juiz um instrumento dos mais eficazes para separar o exame de todas as questões processuais do conhecimento do mérito e para colocar a fase principal do processo sobre bases sólidas e firmes”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753, setembro/1999).

⁸ Sobre o fenômeno do incremento dos poderes do juiz, ver FASCHING, Walter Hans. *Liberalización y socialización del proceso civil*. Tradução Raúl Necedal M. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 13-14. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/891/1151>. Acesso em 3.10.2020; ver, também, MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 1962, vol. I, pp. 58-60.

⁹ Ver, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 59-60; ver, inclusive a respeito da audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016. No Código de Processo Civil de 1939, a fixação dos pontos controvertidos era realizada ao final da audiência de instrução (artigo 269). Na versão original do Código de Processo Civil de 1973, passaram a ser fixados antes da audiência (artigo 451) e, com a redação da Lei 8.952, de 1994, passaram a ser fixados antes da fase instrutória (artigo 331).

¹⁰ E isso mesmo depois das reformas ao Código de Processo Civil de 1973, aprovadas partir de 1994 – cujos trabalhos foram iniciados antes disso. Para tanto, ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 325, pp. 109-116, janeiro-fevereiro-março/1994. Além de trazer um apanhado das matérias e dos institutos objetos dos projetos de lei, Sálvio de Figueiredo Teixeira, então dirigente da Escola Nacional da Magistratura e presidente das comissões de reforma tanto do Código de Processo Penal como do Código de Processo Civil, explica os propósitos das reformas, que objetivavam imprimir efetividade ao Processo Civil: “[c]omo se pode deduzir dos onze textos nos quais se desdobra a projetada reforma, em momento algum se procurou o prevalecimento de teses ou a substituição do atual sistema processual codificado. Outro não foi o escopo senão localizar as razões pelas quais falha o nosso código na entrega da prestação jurisdicional e dar-lhe o necessário tratamento científico para torná-lo mais simples, célere, útil e objetivo. Em uma palavra, para injetar-lhe a efetividade de que tanto carece”.

Passa-se a ter uma clara percepção de que é necessária a organização do processo para que possa ser proferida uma sentença de mérito de qualidade. E disso advém a importância de o juiz atentar-se aos momentos que a legislação processual estabelece para o saneamento do processo e, ainda mais, para a organização dele, de modo a expurgar as irregularidades detectadas, delimitar as questões de fato e de direito,¹¹ especificar as provas a serem produzidas e definir sobre a distribuição do ônus de produzi-las.

Se já é inapropriado que o processo não seja saneado e organizado nos padrões estabelecidos pelo legislador, esse mal se dilata na medida em que o processo deve ser pautado pela possibilidade de as partes influírem na formação da convicção do juiz¹² e de terem liberdade para gerir seus próprios interesses.^{13 14}

Preocupa-se com a amplitude dos poderes do juiz e se esquece que o exercício correto de seus deveres¹⁵ de bem sanear e organizar o processo resolveria muitos dos problemas que hoje afligem o processo.

Por isso, antes de pregar que ao juiz devam ser conferidos amplos poderes no gerenciamento do processo, com a possibilidade de largamente adaptar o procedimento¹⁶ e

¹¹ Sobre a possibilidade de se diferenciarem questões de fato e de direito, ver REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. Edição. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 207-208; sobre a ausência de heterogeneidade e independência entre as questões de fato e de direito, ver KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 353, pp. 15-52, janeiro-fevereiro/2001.

¹² Ao tratar do contraditório, Giuseppe Tarzia já cuidava da “possibilidade de as partes influírem sobre o pronunciamento do juiz a fim de que este seja ‘segundo os casos, mais justo e mais oportuno’ deveria desempenhar um papel suficientemente importante para que se pudesse afirmar a presença de um contraditório compatível (segundo a fórmula da jurisprudência constitucional) com a estrutura e com as finalidades dos processos sob exame”. (O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, vol. 28/1982, São Paulo: RT, pp. 55-95, outubro-dezembro/1982).

¹³ Sobre a liberdade de as partes regerem suas vontades e interesses, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 39-43.

¹⁴ A menção, ao longo da dissertação, à *expressão* liberdade não deve levar à compreensão de que ela seja ilimitada e de que possa ser exercida pelas partes sem se preocuparem com as repercussões daí advindas, especialmente se implicarem, de algum modo, abuso do processo. Sobre o abuso do processo, ver ABDON, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007. Como se destacará, a ideia de *liberdade*, nesse trabalho, estará mais proximamente envolvida com as noções de faculdades, ônus e até de poderes das partes, sempre observados os limites que lhes impõe o sistema.

¹⁵ A concepção da existência de *deveres* do juiz é bastante questionável. Concebido o *dever* como o *imperativo de conduta no interesse alheio* (Cândido Rangel Dinamarco), impõe-se a sua observância sob a consequência da prática de ato ilícito, sujeitando os descumprimentos a sanções. Não parece que o processo civil brasileiro admita situações em que o juiz pratica ato ilícito e fique sujeito a sanções no processo. É possível que ele seja responsabilizado civilmente e até mesmo que suas decisões sejam anuladas, mas nada além disso. Assim, a ideia de *deveres do juiz* fica confinada a uma imposição à observância da ordem jurídica, ao que Cândido Rangel Dinamarco caracteriza como reverso da situação ativa (poder). (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 237-241). E será nesse sentido que a expressão será utilizada ao longo dessa dissertação.

¹⁶ Como registra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é nociva a proposta de deixar ao simples querer do juiz as disposições sobre o procedimento: “[p]ondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitara a igual

de produzir de ofício provas que entender pertinentes, deve-se dele esperar que saneie e organize o processo tal como estabelecido pelo legislador, conferindo às partes a autêntica possibilidade de exercerem as faculdades (dar-se-á preferência, ao longo do trabalho, à utilização da expressão *liberdade*)¹⁷ que lhes cabem no processo e de influírem na formação do seu convencimento.^{18 19}

É provável que um processo bem saneado e organizado levasse a discussão sobre os poderes do juiz, particularmente os de determinação, de ofício, da produção da prova, para um segundo plano, ou para um plano menos saliente que o atual. Mesmo que se admita, de algum modo, que existam casos nos quais o procedimento pré-estabelecido pelo legislador não funcione muito bem, há muitos mais casos nos quais bastaria ao juiz sanear e organizar nos padrões legais, respeitando a partir de então a liberdade²⁰ e os interesses das partes para defesa dos seus interesses, para que se chegasse a uma sentença de mérito adequada²¹ e de qualidade.

realização do direito material, na medida em que a descrição do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito”. (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006).

¹⁷ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “[f]aculdade é, em sentido bem amplo, *liberdade de conduta*. (...) As *faculdades processuais puras* são muito poucas e revelam-se em atos de menor importância para a definição do processo”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 233-234). As faculdades processuais *não puras* acabam se caracterizando como ônus ou deveres. Ao longo da dissertação, a expressão *liberdade* será utilizada para atos não tão de menor importância assim. Por vezes ela estará relacionada ao poder da parte e, por outras, ao encargo (ônus) cuja não desoneração poderá provocar uma situação de desvantagem. É o caso, por exemplo, da liberdade/poder de recorrer (ainda que a interposição de recurso também seja um ônus) e da liberdade/ônus da não produção de determinada prova.

¹⁸ Vigora, no Brasil, o livre convencimento motivado como regime de valoração da prova (artigo 371 do Código de Processo Civil), ainda que haja exceções nas quais se aplica o regime da prova legal. Ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 194-196; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 32-33.

¹⁹ Conferida a oportunidade à parte para influenciar na formação da convicção do juiz, caberá a ela definir se fará ou não uso dela, conforme esclarece Enrico Tullio Liebman (*Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, pp. 28-30), ainda que em determinadas situações, como as de casos que tratam de direito indisponível, a omissão tenha resultado negativo mitigado pela proteção que o sistema confere a essa espécie de interesse.

²⁰ Será explorada, ao longo da dissertação, a liberdade das partes e a necessidade de respeitá-la, mas sempre levando-se em consideração que essa liberdade, como já consignado, não é ilimitada e que o processo é instrumento público de solução de conflito. Além disso, como consignado acima, por vezes a expressão estará relacionada a um poder, por outras, a um ônus da parte e, eventualmente, até mesmo a uma faculdade pura. Preferiu-se a utilização da expressão *liberdade* para enfatizar o respeito à esfera de interesse e vontade da parte.

²¹ A ideia de sentença de mérito adequada perpassa pela conformação correta do processo, não apenas com a eliminação de vícios e irregularidades, mas também com a delimitação das questões fáticas e jurídicas e a especificação das provas que serão admitidas, para que as partes consigam influenciar na esfera de convencimento do juiz, possam fazer valer as liberdades que lhes caibam e para que o juiz tenha uma concepção integral e detalhada da disputa.

Saneamentos e organizações inapropriados permitem o trâmite de processos irregulares ou incapazes de resultar em uma adequada sentença de mérito. Um processo não organizado ou mal organizado fica incompleto, confuso, opaco, e muito provavelmente não estará apto a proporcionar uma solução correta à crise de direito material que se instalou.

E para as providências relativas ao saneamento e à organização do processo serem bem aplicadas deve-se compreendê-las em sua integralidade, despindo-se de todos os vícios e dogmas que se arraigaram ao longo do tempo quando esse tema vem à tona.

Da percepção de vícios em geral, passando, de modo muito claro e informativo, pelas delimitações das questões de fato e de direito, chegando até a especificação das provas e a distribuição dos ônus delas, todas essas providências são relevantes para que se tenha efetividade e segurança jurídica²² a partir do devido do processo legal.

Muito embora o saneamento e a organização estejam presentes em todo tipo de processo e espécie de procedimento,²³ é preciso dizer que o trabalho se aterá ao processo de conhecimento e ao procedimento comum, particularmente quando em discussão interesses individuais, pelo que eventuais menções a interesses coletivos serão circunstanciais.

A dissertação não tem a pretensão e não se destina a realizar uma incursão histórica na evolução do tema e não se caracteriza, também, como um estudo de direito comparado, de modo que as referências que serão realizadas a legislações passadas e a direito estrangeiro têm o propósito exclusivo de contextualizar os problemas que serão colocados, não mais que isso.

²² Sobre procedimento como signo de segurança, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 30-31.

²³ “O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297). Na concepção de Teresa Arruda Alvim, “para a noção de *processo*, interessam fundamentalmente as ideias de *relação jurídica* – que é a que se estabelece entre os sujeitos do processo: autor, juiz e réu – e a de *finalidade* – no sentido de vocação do fluxo dos atos consecutivos e interligados, que porão em movimento a relação já referida, vocação esta que se volta, concretamente, à obtenção de um pronunciamento judicial de caráter definitivo. À concepção da noção de *procedimento* dizem respeito as noções de *movimento* dessa relação jurídica no tempo e, mais especificamente, o *aspecto exterior desta movimentação*, ou seja, de que atos se trata, como se entrelaçam etc. (*Nulidades do processo e da sentença*. 7. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2014, p. 25). Ver BALEEIRO, Jedor Pereira. *Processo e procedimento*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 313, pp. 301-307, janeiro-fevereiro-março/1991, texto bastante objetivo, que traz um resumo da compreensão da diferença entre processo e procedimento de muitos processualistas clássicos.

Propor-se-á, ao longo da dissertação, compreender o processo não apenas sob os aspectos fixos das concepções publicistas e privatistas,²⁴ até porque muitas vezes essa dicotomia não é suficiente para explicar o estado atual das coisas, e sim a partir da ideia de um processo que preze pela atuação equilibrada entre os sujeitos processuais - com toda atenção para que não se desnature a função típica que cada um deles exerce, mas que respeite a liberdade das partes -, que bem compreenda os limites dos poderes do juiz, e que tenha sempre em mente e leve em consideração a natureza do direito material em discussão, sem que isso possa, de algum modo, desfigurar a autonomia conquistada ao longo dos anos pelo direito processual.²⁵

Como se abordará ao longo da dissertação, as noções de participação, de liberdade das partes e de diálogo²⁶ não geram – nem devem gerar - alterações drásticas das funções que estão reservadas ao juiz e às partes, e muito menos devem servir de oposição à natureza pública que caracteriza o processo, muito embora caiba repensar a atuação do juiz, que, ao menos desde o Código de Processo Civil de 1939, vem experimentando um aumento expressivo de poderes,^{27 28} fenômeno que se intensificou a partir da década de 90 do século XX,²⁹ e que por vezes acaba por levar a um publicismo-autoritário, no sentido de ele se julgar, diante dos poderes que lhe são atribuídos, capaz de conduzir o processo

²⁴ O processo é instrumento público de solução de conflitos, mas isso não significa que não deva existir respeito à liberdade das partes e às suas vontades.

²⁵ ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 121-130.

²⁶ Sobre a necessidade de diálogo entre partes e juiz, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Organizadores Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

²⁷ Ao comentar o então Projeto de Código de Processo Civil de 1939, que era então exaltado por valorizar a oralidade, assim consignou Pedro Batista Martins: “[c]omo a oralidade não consiste em excluir a palavra escrita, a base do processo continua a ser a mesma: a petição inicial e a defesa serão escritas, como nos códigos processuais vigentes. A prova e o tratamento da causa é que se concentram numa só audiência ou em audiências sucessivas e imediatas, sob a inspeção direta do juiz, a quem a lei assegura ampla liberdade na direção do processo e na investigação da verdade. Entre outros poderes, será lícito ao juiz ordenar a exibição de documentos e objetos móveis que se achem em poder das partes ou de terceiros, desde que interessem à solução da lide; requisitar esclarecimentos às repartições públicas ou particulares, ordenar a cumulação de ações conexas, mesmo entre partes diversas, bem como o desmembramento de causas cumuladas; conceder restituição de prazos; determinar, em certos casos, a suspensão da lide; prover no sentido de ordenar o processo, sanando nulidades. Em síntese, o Projeto consagra o princípio da atividade do juiz, que é requisito da oralidade”. (Sobre o Projeto de Codificação do Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 74, maio/1938, p 168-169).

²⁸ Ver interessante parecer do IASP sobre o Anteprojeto de Código de Processo Civil de 1939 ao abordar o aumento dos poderes do juiz, da lavra de AZEVÊDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo sobre o Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 78, maio/1939. Ver, ainda, REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o Anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 78, maio/1939, pp. 200-208.

²⁹ Para uma compreensão geral do assunto, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

solitariamente.³⁰ Por isso, ainda que as funções dos sujeitos processuais não devam ser corrompidas, ajustes merecem ser realizados e evoluções devem ser observadas.

A construção de toda e qualquer ideia que será desenvolvida na dissertação levará em consideração que o juiz é o sujeito imparcial ao qual cabe a condução do processo e a decisão sobre o conflito, mas também dará atenção ao fato de as partes terem direito ao devido processo legal.³¹

Deve-se ter a maturidade de aceitar o fato de que o escopo das partes é o de se sagrarem vitoriosas, de modo que não parece haver espaço para uma quase que ingênua e pura *colaboração* entre elas, mas sim uma rígida observância ao contraditório³² e à noção de lealdade.³³ As partes não se *auxiliarão* mutuamente, mas devem ser leais e éticas entre si e terem assegurado o contraditório.³⁴ Sob a perspectiva do juiz, esse relacionamento deve sempre ter em voga a necessidade de informação e de esclarecimento, a concessão da oportunidade às partes de manifestarem e a consideração dos argumentos por elas apresentados.³⁵

³⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já havia notado, há tempos, a impossibilidade de o juiz conduzir solitariamente o processo: “Não se esqueça, contudo, que mesmo o juiz mais competente não está inteiramente habilitado, sem a ajuda do advogado, a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Ele não terá tempo e, ainda com a melhor boa vontade, o mesmo interesse dos representantes das partes, para classificar o material por elas trazido, processá-lo e formá-lo com independência”. (O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 323, pp. 55-59, julho-agosto-setembro/1993, p. 56).

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4.

³² Como assinala Cândido Rangel Dinamarco, “[a] garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV) -, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 343-344).

³³ Helena Najjar Abdo traz a noção a ser conferida à lealdade processual: “(...), embora sem contornos precisos, o dever de lealdade processual costuma ser identificado com o conjunto de regras entrosadas, mediante as quais se traçam limites socialmente aceitáveis de comportamento, que as partes devem observar ou com os ‘freios’ limitativos que a moral e os costumes impõem aos litigantes e a seus defensores (estes últimos também sujeitos às regras de ética profissional), na condução do processo”. (*Abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 132).

³⁴ “Com a evolução de sua compreensão, o escopo principal do contraditório deixa de ser a defesa, no sentido negativo (isto é, oposição ou resistência à atuação alheia), para passar a ser a influência, no sentido positivo, consubstanciando o direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo. E é nessa toada que o juiz, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo-á de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”. (OLIVEIRA, Lucas Soares. Contraditório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 17-38, abril/2020).

³⁵ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 181-186.

Na dissertação, primeiro serão tratadas perspectivas atuais do processo civil e registradas as características que mais parecem se adequar à realidade dos dias de hoje, com abordagens sobre suas crises, sobre o dualismo *privatismo* e *publicismo*, sobre seus protagonistas, sobre a ideia de gerenciamento processual, sobre o formalismo processual, sobre o princípio³⁶ dispositivo e sobre os métodos adequados de solução de conflitos, tudo isso de algum modo relacionado ao saneamento e à organização do processo.

Na sequência, serão abordados os atributos essenciais do saneamento e da organização do processo e seus modelos, ocasião em que serão estudados seus conteúdos, as matérias a serem por eles versadas e as importâncias das deliberações neles previstas.

Em prosseguimento, serão analisadas as providências tidas pelo legislador como preliminares, que podem levar à falsa impressão de antecederem o exercício de saneamento e organização do processo, embora, na verdade, tanto o saneamento como a organização do processo estejam presentes, com suas particulares cadências, desde o início do processo.³⁷

A partir de então, a dissertação se desenvolverá com a análise do saneamento e da organização do processo voltada para o que dispõe o artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, mas não com uma abordagem introvertida desse dispositivo legal, e sim a partir de uma concepção ampliada de todo o sistema processual atual e suas principais características e particularidades.

Merecerá uma especial atenção, não só pela importância do tema, mas pela negligência que a ele se costuma dispensar, a matéria relativa à delimitação das questões fáticas, à atividade probatória e à distribuição do ônus da prova. Não se tratará especificamente dos meios de prova em si admitidos, mas sim do momento que antecede a atividade probatória supletiva, em que se define o que deve ser objeto dessa atividade e a quem cabe o ônus da prova do quê, avaliando-se o comportamento do juiz e das partes.

Serão apresentadas para reflexão, com sugestões de solução, diversas questões que digam respeito, de alguma forma, às noções de saneamento e de organização do processo, quando se procurará problematizar o tema, sempre que possível com uma

³⁶ “A palavra *princípio*, na generalidade dos casos em que é mencionada em escritos jurídicos, significa a existência de um conceito fundamental a partir do qual todos os demais institutos do objeto de estudo serão desenvolvidos. Traçando-se um paralelo com a construção civil, poder-se-ia dizer que os princípios têm para uma ciência a mesma importância que as fundações têm para uma construção, ou seja, os princípios caracterizam-se como o suporte material de toda a estrutura da ciência”. (PUOLI, José Carlos Baptista Puoli. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 60-61).

³⁷ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 294-304.

abordagem pragmática, pois o trabalho científico pouca utilidade teria se dele não se pudesse extrair uma funcionalidade prática.

Por fim, procurar-se-á sintetizar as principais ideias que balizaram a dissertação e que formam a espinha dorsal dela, de modo a se tentar passar uma mensagem de como podem ser bem e adequadamente aplicados o saneamento e a organização no processo civil atual.

2. PERSPECTIVAS ATUAIS DO PROCESSO CIVIL, DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

2.1. As crises do processo civil contemporâneo

O processo passou – e ainda passa - por crises das mais diversas naturezas.³⁸ Ainda que relacionadas, muitas dessas crises não são próprias e exclusivas do processo, mas também do Poder Judiciário, que se vê assoberbado de casos e não consegue decidir tempestiva e adequadamente as disputas que lhe chegam.³⁹

Nem sempre o Poder Judiciário presta tutela jurisdicional efetiva.^{40 41} Não se trata apenas de obter uma decisão que assegure o bem da vida a quem tenha direito a ele, mas também de proporcionar sua satisfação, em tempo razoável e pelos meios apropriados.⁴²

Ao lado disso tudo há uma crise relacionada à postura do juiz, de quem se espera uma atuação mais participativa e viabilizadora da participação das partes para que se chegue

³⁸ Ver, para aspectos gerais e impactos do tempo no processo, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal*. São Paulo: RT, 1997; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 46-48; LEONEL, Ricardo de Barros. *Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/b9yc1y.pdf>. Acesso em 1º.9.2018. As crises pelas quais passa o processo estão longe de ficar restritas ao Brasil, como dá conta breve reflexão de Vincenzo Vigoriti sobre a crise pela qual passam/passavam os italianos, conforme considerações que o autor faz em Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 212/2012, pp. 353-359, outubro/2012. Antes dele, Enrico Allorio já tratava da crise italiana de meados do século passado, conforme Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale. In: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*. 30 settembre – 3 ottobre 1950. Padova: CEDAM, 1953, pp. 127-129.

³⁹ Em interessante artigo que trata, entre outras coisas, da tempestividade da tutela jurisdicional, Heitor Vitor Mendonça Sica retrata bem algumas mazelas do processo e do Poder Judiciário, fazendo uma metáfora com o caótico trânsito paulistano. (Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016).

⁴⁰ “Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do Direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir do seu resultado e em função dele”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 29-30).

⁴¹ Para Flávio Luiz Yarshell, “[n]ão parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado”. (*Tutela jurisdicional*. 2. edição, revista e atualizada. São Paulo: DPJ, 2006, p. 27). Ainda, para o autor, em certa perspectiva, o Estado não presta tutela jurisdicional apenas ao vencedor, mas também ao vencido, quer pelos meios a ele oferecidos para defesa dos seus interesses, quer pelo próprio resultado, particularmente sob o aspecto social de pacificação.

⁴² “Quando se fala de efetividade do processo, não basta pensar em ter a solução do caso concreto num tempo razoável e que a decisão tenha sido proferida segundo critérios de justiça. De nada valerá a mais perfeita e rápida das decisões se ela não tiver a capacidade de transpor os limites formais do processo para atingir a realidade do mundo fático, seja para nele produzir efeitos novos, seja para resguardar as posições jurídicas que tenham sido apontadas como destinatárias da tutela jurisdicional”. (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 105).

a uma tutela jurisdicional adequada, proporcionando-lhes condições de influir no seu convencimento e respeitando as liberdades que lhes são asseguradas.⁴³

Por vezes os problemas se entrelaçam, de modo que a quantidade de processos acaba por levar a uma postura individualista do juiz, que, blindado pelo enganoso argumento da celeridade processual e amparado por um distorcido publicismo,⁴⁴ acaba imprimindo um curso *sumarizado*⁴⁵ aos casos.

Não bastasse a quantidade de processos que assola o Poder Judiciário, os provimentos jurisdicionais não carregam a autoridade (*rectius*, coerção) que lhes assegura a lei. A cultura de cumprimento espontâneo das decisões judiciais, no Brasil, ainda é muito rarefeita,⁴⁶ tanto que apenas eventualmente uma tutela condenatória deixa de vir acompanhada de um cumprimento de sentença.⁴⁷ Para impulsionar o cumprimento das ordens judiciais, o legislador do Código de Processo Civil de 2015, no artigo 139, IV, chegou ao ponto de autorizar o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, assumindo o risco do cometimento de arbitrariedades.^{48 49}

⁴³ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 70-83.

⁴⁴ O publicismo distorcido é o publicismo-autoritário. Para tanto, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 123-130.

⁴⁵ A ideia de *sumarização*, nesse contexto, não tem relação alguma com o extinto rito sumário ou técnicas de sumarização em geral. A *sumarização* a que se alude agora está relacionada a opções particulares do juiz, muitas ilegais, de eliminar atos e fases do processo. É o que se dá quando ele, em vez de delimitar as questões de fato, especificar as provas, distribuir o ônus a elas relativos, opta por, burocraticamente, determinar às partes que *especifiquem as provas, sob pena de preclusão* e não volta a retomar o assunto; quando deixa para avaliar a existência de vícios e irregularidade apenas ao final do processo. Todas essas posturas do juiz, além de inadequadas, contribuem para que, ao final, se tenha uma sentença de qualidade aquém da esperada.

⁴⁶ Ver WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: RT, 2019, pp. 74-78.

⁴⁷ Em alguns casos, o mero início do cumprimento da sentença leva a parte condenada a cumprir a obrigação, talvez para não se sujeitar à multa e aos honorários advocatícios. Nesses casos, um contato mais próximo, ao menos entre os advogados, talvez evitasse um novo movimento do Poder Judiciário.

⁴⁸ José Carlos Baptista Puoli questiona a constitucionalidade do dispositivo no que toca às prestações pecuniária, conforme seu Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, pp. 361-377. Em sentido diverso, ver WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: RT, 2019, pp. 650-661.

⁴⁹ De certo modo, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil é reflexo desse incumprimento das decisões judiciais, particularmente daquelas que vinculam obrigação pecuniária. Se as decisões judiciais fossem espontaneamente cumpridas, possivelmente o legislador não se ocuparia em ampliar os poderes do juiz a ponto de lhe autorizar a adoção de medidas coercitivas para *estimular* o cumprimento de obrigações de pagar.

Para além disso tudo, percebe-se um *déficit* de qualidade⁵⁰ das decisões judiciais. Não se trata de uma crítica à capacidade intelectual do juiz. A qualidade das decisões judiciais fica prejudicada, muitas vezes, por uma condução afobada do processo, sem que o juiz estimule o diálogo e sem que observe as fases e as providências processuais impostas pelo legislador e que são signos do devido processo legal, o que traz consequências danosas aos resultados esperados.

Mitigar a participação das partes no processo ultraja o contraditório e é uma falsa solução para o problema do acúmulo de serviço e da tempestividade da prestação da tutela jurisdicional.⁵¹ É um equívoco pensar que adotar uma *sumarização* velada do processo eliminaria fases e atos desnecessários e burocráticos e permitiria a prolação de uma sentença correta e célere.

Nessa linha de compreensão das coisas, um zeloso saneamento viabiliza a correção de vícios que poderiam levar à extinção prematura do processo ou, então, permite que máculas insanáveis sejam logo detectadas e seja extirpado um processo inviável. Do mesmo modo, a organização correta do processo melhor identifica o conflito, permite que os sujeitos processuais exerçam bem suas funções e evita falhas na atividade probatória, de modo que as partes exerçam suas liberdades processuais e seja, ao final, proferida uma sentença de qualidade que solucione o conflito.

Sob essa concepção, a ideia de participação das partes, particularmente no saneamento e na organização do processo, não deve ser sonorizada como um entrave na busca da tutela jurisdicional efetiva, mas sim como mais um mecanismo adequado e útil de solução das crises que abalam o processo.

⁵⁰ A ausência de *qualidade* está relacionada a decisões mal fundamentadas, decisões em descompasso com o que está em discussão, decisões que não observam o contraditório. Conforme Gustavo Gonçalves Gomes, “[q]ualificar como desatenta a leitura das peças processuais pelos juízes pode parecer desrespeitoso, até em razão de muitos advogados prolixos exagerarem, sem necessidade, na redação das petições. Todavia, as peças sucintas, por vezes de uma única página, não raro recebem o mesmo tratamento: não são analisadas adequadamente. Por esse motivo, decisões são proferidas em descompasso com o suscitado pelas partes, com fundamentação insuficiente ou até inexistente. (...). Outro problema é a ampla utilização de modelos de decisões concisas e padronizadas, sem fundamentação e sem vínculo com o que é discutido especificamente na lide – a decisão de saneamento do processo, por exemplo, nunca é tratada com a devida importância pelos juízes. Muitas decisões ‘pré-fabricadas’ prestigiam o formalismo em detrimento do direito material, fortalecendo, assim, a nefasta jurisprudência defensiva”. (*O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 71-72).

⁵¹ Nesse sentido, ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, pp. 28-30.

2.2. O modelo cooperativo de processo e críticas a ele relacionadas

O processo, como método de trabalho e instrumento de garantia,⁵² pode ser compreendido sob diversos aspectos, e um dos mais atuais diz respeito ao modo como se relacionam os sujeitos processuais e o papel que cada um deles exerce.

Como esclarecem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o processo apresenta em sua configuração básica e simplificada três sujeitos: demandante, demandado e juiz. Os dois primeiros em polos antagônicos e parciais, e o terceiro (juiz), como sujeito imparcial.⁵³

Ao avançar um pouco mais nessa perspectiva, tem-se, de um lado, um modelo processual que proporciona uma expressiva liberdade das partes na condução dos atos processuais, tido como *adversarial*, no qual elas são as protagonistas; de outro, há um modelo processual, dito *inquisitorial*, no qual o protagonismo é eminentemente do juiz e é ele quem, além de decidir, dita as regras relativas à condução do processo.⁵⁴

Para Daniel Mitidiero há, de um lado, o processo isonômico, no qual inexistem uma clara distinção entre partes e Estado, e o juiz se encontra no mesmo nível das partes, cabendo-lhe basicamente proferir a decisão, e, de outro, o processo assimétrico, no qual estão

⁵² Ver CALAMANDREI, Piero. *Il processo. Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. IV, pp. 165-170; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 441-442; nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “[p]ara solucionar as controvérsias decorrentes da não-observância das normas de direito material, desenvolveu-se um método de trabalho, segundo técnicas que a experiência revelou adequadas. Esse mecanismo é dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente. Dele também participam, em absoluta igualdade de condições, os integrantes da relação substancial litigiosa e cuja esfera jurídica será atingida pela solução apresentada pelo julgador. São as *partes*. Procura-se assegurar o desenvolvimento ordenado desse instrumento de que se vale a jurisdição para exercer sua atividade e cumprir seu dever, dotando-o de meios aptos à defesa dos interesses das partes, às quais deve ser assegurada a possibilidade de participar e de influir no resultado. Confere-se ao juiz o poder de conduzir os trabalhos, segundo regras previamente estabelecidas. A esse fenômeno denomina-se ‘processo jurisdicional’, instrumento concebido pelo Estado, que dele se vale para, juntamente com as partes, obter o resultado prático desejado pelo legislador”. (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 34-35).

⁵³ “Sendo um instrumento para a resolução imparcial dos conflitos que se verificam na vida social, o processo apresenta, necessariamente, pelo menos três sujeitos: o autor e o réu, nos polos contrastantes da relação processual, como sujeitos parciais; e, como sujeito imparcial, o juiz, representando o interesse coletivo orientado para a justa resolução do litígio. Daí a conhecida definição do processo, já referida, como *actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”. (*Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 314).

⁵⁴ Para Fredie Didier Jr., “[e]m suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo”. (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 198/2011, pp. 213-226, agosto/2011).

bem separadas as figuras do indivíduo e do Estado, com nítida predominância da figura estatal na disseminação impositiva do poder e pouca participação das partes.⁵⁵

Swarai Cervone de Oliveira, ao tratar da importância do contraditório no processo e da evolução histórica dele, relata a transição do processo isonômico para o assimétrico como resultado da degeneração da dialética - até então aplicada - em retórica e da formação dos Estados Modernos, com a consequente concentração dos poderes na figura do juiz.⁵⁶

Há alguma divergência sobre a existência de relação das principais características desses modelos processuais aos regimes políticos e às culturas das épocas em que foram implementados,⁵⁷ embora fique difícil negar que, ao longo da história, regimes totalitários tenham proporcionado a confecção de normas restritivas à disponibilidade processual das partes e ao exercício de suas liberdades.⁵⁸

⁵⁵ “O processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade ente o indivíduo e o poder político. (...). O processo assimétrico conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo)”. (*Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. edição. São Paulo: RT, 2011, p. 114).

⁵⁶ *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 27-44. Ver, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa de Processo*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf). Acesso em 3.11.2018.

⁵⁷ Para Leonardo Greco: “[n]ão me parece possível estabelecer uma correlação direta e homogênea entre regimes políticos e leis processuais, para daí extrair que regimes ou governos autoritários editam leis processuais autoritárias e de que as leis processuais são sempre reflexo dos regimes políticos dominantes nos períodos em que elas são editadas”. (Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164/2008, São Paulo: RT, outubro/2008, pp. 29-56); ver, também, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 34-38. No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara: “[o] que é inegável é que não se pode fazer uma relação automática entre democracia (ou autoritarismo) e a adoção de um ou outro desses modelos [adversarial e inquisitorial]. A ninguém será dado negar o caráter democrático do Estado suíço, em que são atribuídos amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz. Do mesmo modo, ninguém em sã consciência pode negar o caráter democrático do sistema norte-americano, onde vigora o modelo oposto. Também entre os ordenamentos autoritários todos os modelos podem ser encontrados. Assim, por exemplo, no ordenamento processual soviético atribuíam-se ao juiz amplíssimos poderes instrutórios, e de outro lado não houve ampliação dos poderes instrutórios na Alemanha nazista ou na Itália fascista”. (Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, vol. 153/2007, São Paulo: RT, novembro/ 2007, pp. 33-46); ver CHIZZINI, Augusto. Effettività del contraddittorio nel processo civile. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 165-171. Em sentido contrário, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 67-120; ver, também, KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 251/2016, pp. 75-111, janeiro/2016.

⁵⁸ Para uma avaliação marcante e profunda sobre o tema, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 67-120.

Seja como for, as características mais acentuadas desses modelos podem ser identificadas em diversos atributos processuais, e dificilmente será possível encontrar um modelo puro aplicado inteiramente a um determinado sistema processual, muito embora as inclinações a esse ou aquele modelo sejam nitidamente perceptíveis, ainda que não seja incomum que as características se mesquem a todo momento.⁵⁹

Com o intuito de proporcionar um processo mais equilibrado e participativo, surge a proposta de um modelo no qual haveria uma espécie de *comunidade de trabalho* entre os sujeitos processuais para que se extraia todo o potencial possível do processo, dito cooperativo ou colaborativo.⁶⁰ ⁶¹ Na concepção de Daniel Mitidiero, esse modelo estruturase sob três pressupostos culturais, concebidos pelos aspectos social, lógico e ético.⁶²

Pelo aspecto social, os indivíduos e o Estado agem em comunhão para alcançar um resultado comum, pelo que o Estado passa a ser “marcado pelo seu dever de dar tutela aos direitos, com o que deve promover os fins ligados à pessoa humana e não antepor barreiras para o seu adequado desenvolvimento”.⁶³ Com isso, na condução do processo, o juiz passa a ser um dos sujeitos do contraditório e deve contribuir com as partes para o atingimento dos escopos processuais.

Pela vertente lógica, o processo restabelece seu feitio lógico-argumentativo, isto é, o Direito deixa de ter uma aplicação mecânica e engessada e passa a ser “o resultado de

⁵⁹ Como pondera Fredie Didier, “[d]ifícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitorialidade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*”. (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 198/2011, pp. 213-226, agosto/2011); ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 29-30.

⁶⁰ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”. (*Poderes do juiz e visão cooperativa de Processo*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 3.11.2018).

⁶¹ Para Daniel Mitidiero, esse modelo “visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus componentes”. (A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2/2015, São Paulo: RT, pp. 83-97, julho-dezembro/2015).

⁶² ver *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, pp. 69-115;

⁶³ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2/2015, São Paulo: RT, pp. 83-97, julho-dezembro/2015.

uma colaboração entre o legislador e o juiz a partir de elementos textuais e não textuais da ordem jurídica”.⁶⁴

Por fim, quanto ao pressuposto ético, o processo colaborativo está fortemente fincado na boa-fé, que deve permear a conduta e a postura dos sujeitos processuais, imbuídos do propósito de alcançar, o quanto possível, a verdade.⁶⁵ Enfim, os sujeitos processuais devem ser leais e agir com correção.⁶⁶

Quanto aos poderes do juiz, particularmente os instrutórios, o modelo cooperativo prega a possibilidade de o juiz agir de ofício, mas sempre contando com a participação prévia das partes e de modo detalhadamente motivado.⁶⁷

É preciso dizer, como bem observa Rodrigo Ramina de Lucca, que a cooperação não é uma desconhecida e, em tempos passados, foi utilizada - em sentido um tanto quanto oposto ao atual - “como instrumento de submissão das partes ao Poder Judiciário, impondo-lhes – às partes, e apenas às partes – cooperar com a correta administração da justiça”,⁶⁸ com forte conotação de prevalência dos interesses *públicos* sobre os privados.⁶⁹

Por isso, deve-se ter cautela ao abraçar incondicionalmente a ideia irrestrita de adoção dos pressupostos cooperativos, pois eles podem dar margem a distorções que levam a um efeito oposto àquele hoje pretendido, que é equilibrar o desbalanceado relacionamento entre as partes e o juiz, atualmente muito mais inclinado para o Estado.⁷⁰

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2/2015, São Paulo: RT, pp. 83-97, julho-dezembro/2015.

⁶⁵ “Antes de tudo, é útil especificar que no processo se pode discutir somente verdades relativas, porque há tempos as verdades absolutas permaneceram patrimônio exclusivo de alguma metafísica ou de alguma religião fundamentalista” (tradução livre). (TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione. Revista de Processo*, vol. 151/2007, São Paulo: RT, pp. 229-240, setembro/2007).

⁶⁶ Para Daniel Mitidiero, “[n]o modelo do processo cooperativo, que é necessariamente um ‘*debido proceso lea*’, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo”. (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, pp. 105-106).

⁶⁷ “Ao adjudicar-se iniciativa oficial ao magistrado no terreno probatório, além de superar-se uma visão individualista e privatista de processo, própria da cultura jurídica francesa do século XIX, prestigia-se ao máximo a igualdade efetiva entre as partes. (...) Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo, de postremeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado”. (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, pp. 110-111).

⁶⁸ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 141.

⁶⁹ Para uma análise mais profunda sobre a origem do princípio da cooperação, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 114-117 e 140-143.

⁷⁰ Rodrigo Ramina de Lucca cita como exemplo de distorção da ideia de cooperação a possível compreensão de que haveria o *dever probatório* das partes, como a subversão do sistema de ônus da prova. (*Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 142-143).

É necessária, ainda, prudência ao pregar um processo social e de feição lógico-argumentativo, pois não cabe a esse método de trabalho e ao juiz o fomento primário de políticas públicas ou a prática de funções que competem a outros Poderes; assim como a ideia de um processo ético, tal como colocada, não pode levar a um autoritarismo oculto que constranja as partes. Portanto, é preciso um tanto de cuidado ao dizer que o processo civil atual se aliou ou concebeu um modelo cooperativo de processo que parta dessas premissas, pois dessa afirmação advêm algumas consequências que merecem reflexão bem mais profunda.⁷¹

O Código de Processo Civil de 2015, que não abandonou a natureza pública do processo e as suas características essenciais, gestado em ambiente político democrático, realçou a ideia de participação voluntária das partes no processo, concedeu-lhes liberdades, reafirmou o poder que elas têm de influírem na formação da convicção do juiz e até mesmo na condução do processo, e para tanto não parece existir a necessidade de se estabelecer uma comunidade única de trabalho, que ao fim e ao cabo contém uma alta dose de artificialidade.

Por terem interesses antagônicos, não é crível que as partes *cooperem* para que o conflito seja solucionado adequadamente.⁷² O que elas pretendem mesmo é vencer a disputa;⁷³ então, muito mais factível, aí sim, é conceber o relacionamento entre elas sob o

⁷¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, precursor da concepção cooperativa de processo, advertia sobre a necessidade de se ter cuidado com o autoritarismo e um excesso de poderes do juiz, tanto que colocava a colaboração do um instrumento de contenção disso, conforme *Poderes do juiz e visão cooperativa de Processo*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf). Acesso em 3.11.2018.

⁷² “E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil. (...). Isso obviamente não dispensa as partes de agirem com boa-fé no processo. No entanto, daí para a exigência de colaboração entre as partes existe uma significativa distância”. (MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2/2015. São Paulo: RT, pp. 83-97, julho-dezembro/2015).

⁷³ “É verdade que as leis processuais são ditadas no interesse público da justiça: o escopo supremo que o Estado idealmente coloca como uma meta para todo litigante e, em geral para todas as pessoas que de um modo ou de outro participam do processo ou com ele colaboram, é a observância do direito, o triunfo da verdade, a vitória da razão. Mas em concreto, se se pode esperar que na maioria dos casos esse escopo seja efetivamente alcançado, isso acontece não porque todos os personagens que participam do processo queiram alcançá-lo do mesmo modo: na realidade, se se excluir o juiz, no qual deve concretamente personificar este superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e mais egoístas, às vezes em contraste (se não confessado) com aquele escopo superior. Depende da soma algébrica desses esforços contrastantes (das ações e omissões, das astúcias ou dos descuidos, dos movimentos perspicazes e daqueles errados) se no final o processo, em síntese, consegue chegar a um resultado que verdadeiramente corresponda à justiça; mas para as duas partes em conflito (tese e antítese) muitas vezes acontece que o que importa não é tanto a justiça como a vitória: então, para elas, o processo se torna nada mais do que um *jogo para vencer*” (tradução livre). (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. V – parte I, 1950, p. 26); ver, ainda, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual*:

aspecto da lealdade processual e sob a perspectiva da boa-fé e da ética que devem reger as relações humanas em geral,⁷⁴ melhor se encaixando na concepção da necessidade de elas se portarem com probidade.^{75 76}

Em última análise, até mesmo o relacionamento entre o juiz e as partes ficaria mais bem acomodado à ideia de lealdade, de amplo contraditório, de boa-fé e, no caso do juiz, de cumprimento ao seu “*dever institucional* de bem julgar”.⁷⁷ A noção de cooperação tem de estar afinada à rígida observância da garantia do contraditório,⁷⁸ com a concessão da real oportunidade de as partes influírem no convencimento do juiz⁷⁹ e de seus argumentos serem levados em consideração,⁸⁰ e ao respeito às suas liberdades.⁸¹

Isso não significa, por outro lado, que o Código de Processo Civil de 2015 tenha atrofiado os poderes do juiz. Eles foram preservados e, em algumas situações, até mesmo

garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 32.

⁷⁴ Ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199.

⁷⁵ Há 35 anos, assim já ponderava Carlos Aurélio Mota de Souza ao tratar dos preceitos éticos e deveres das partes: “[c]onclui-se, destas observações, que predomina no processo moderno o princípio da probidade, que determina sejam as partes verazes, comportando-se com *lealdade e boa-fé*, impondo-se limitações às atividades nocivas, a fim de que não extravasem da conduta moral que, diretamente ou por via reflexa, se contém na disciplina processual. Por isso, a violação ao dever de probidade no processo equipara-se a *ilícito processual*, passível de sanções, quer incidindo na relação de direito material, caracterizada pelas figuras típicas da *lide temerária* e da *defesa maliciosa*.” [Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso do processo). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 296, outubro-novembro-dezembro/1986, p. 162].

⁷⁶ “Não é necessário que todo processo se desenvolva (ou melhor: seja estruturado de modo que possa se desenvolver) em contraditório. É suficiente que o contraditório seja garantido à parte (...)”. (tradução livre) (CHIARLONI, Sergio. Giusto processo (diritto processuale civile). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 219/2013, pp. 119-152, maio/2013).

⁷⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 142.

⁷⁸ “A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV) -, significa em primeiro lugar que *a lei* deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e *o juiz* deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 343-344).

⁷⁹ Na concepção de Fredie Didier, caracteriza-se a cooperação “[p]elo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como mero espectador do *duelo* das partes”. (Os três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198/2011, pp. 213-226, agosto/2011).

⁸⁰ “Evidentemente, quando se impõe ao juiz que escute as partes e não decida antes de fazê-lo, a única forma de avaliar se esse dever foi concreta e não apenas formalmente cumprido decorre da análise da fundamentação, momento em que os argumentos acerca da matéria debatida serão examinados e, eventualmente, aceitos ou refutados, um a um, até que se chegue ao julgamento”. (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 260).

⁸¹ A liberdade pode ser concebida tanto sob o aspecto positivo como negativo. Sob o aspecto positivo, o juiz providenciaria ou atenderia o que pretendem as partes; sob o aspecto negativo, o juiz não deveria fazer o que as partes entendem não ser o adequado a ser feito.

acrescidos, mas ele deve exercê-los quando a situação justificar e permitir, sempre proporcionando às partes o direito de participarem do processo e de influírem em sua decisão, respeitando a legalidade⁸² e as liberdades que são garantidas a elas.

É possível dizer que a cooperação seria algo como o princípio do contraditório em movimento, considerada a sua concretude fática mediante a participação efetiva de todos os sujeitos processuais. Em outros termos, seria tanto conferir às partes a oportunidade de influírem na convicção do juiz como a própria movimentação delas nesse sentido, com a participação do juiz no *iter* procedimental de modo a considerar as influências que em relação a ele são exercidas.⁸³

A partir dessa noção de cooperação e participação, devem ser identificados alguns preceitos a serem observados e que permeiam sobretudo a atuação do juiz.⁸⁴

O juiz tem o dever de esclarecimento, isto é, tem de elucidar às partes sobre imprecisões que possam existir ao longo do processo, e o de deixar claro, também, o que ele pretende quando realiza alguma determinação.⁸⁵ Exemplo muito comum, que caracteriza afronta ao dever de esclarecimento, é a determinação do juiz para que a parte emende a petição inicial sem explicar o porquê ele entende que ela deva ser emendada (artigo 321 do Código de Processo Civil).⁸⁶

⁸² Daí porque, segundo José Rogério Cruz e Tucci, “[o]portuno é observar que esta lição se amolda perfeitamente à moderna dogmática processual, no sentido de que a ‘ampliação dos poderes do juiz’, ou seja, a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo (‘autoridade da lei’), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar, por força de decisão judicial, incluindo-se, aí, por óbvio, toda a atividade relacionada à produção da prova (consulte-se, à guisa de exemplo, o art. 6º do CPC, com a seguinte redação: ‘Todos os sujeitos processuais do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’)”. (*Comentários ao Código de Processo Civil, (arts. 318 a 368)*; coordenação de José Roberto Ferreira, Luiz Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, V. VII, p. 302).

⁸³ Aparentemente, essa é a linha adotada por Swarai Cervone de Oliveria, conforme *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 68-71.

⁸⁴ Como destaca Miguel Teixeira de Sousa, ao comentar aspectos do então novo processo civil português: “[e]xiste um dever de cooperação das partes com o tribunal, mas também há um idêntico dever de colaboração deste órgão com aquelas. Este dever (trata-se, na realidade, de um poder-dever ou dever funcional) desdobra-se, para esse órgão, em quatro deveres essenciais: - um é o dever de esclarecimento (...); - um outro é o dever de prevenção (...); - o tribunal tem também o dever de consultar as partes (...); - finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes (...). (Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997).

⁸⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997.

⁸⁶ Sobre a aplicação prática do dever de esclarecimento, ver Apelação Cível 1002004-32.2017.8.26.0152, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Outro dever é o de consulta,⁸⁷ que está estampado nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz não deve apenas não decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, mas o de proporcionar efetiva e real possibilidade de influenciarem em seu convencimento sobre tema que será objeto da decisão.^{88 89} Evita-se, com isso, a decisão de *terza via*.⁹⁰

Tem-se também na prevenção um dever, já que o juiz, por exemplo, não deve extinguir o processo, não conhecer um recurso ou decretar a nulidade de algum ato processual sem que antes seja aberta a oportunidade para a parte, o quanto possível, repará-lo, depois de serem apontadas as deficiências que o inquinam.⁹¹ Nessa linha vai o parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil, que confere à parte-recorrente o prazo de 5 dias para sanar vícios ou complementar a documentação exigível em qualquer recurso.

É possível, ainda, identificar um dever de auxílio,⁹² comum no processo executivo, mas também presente no de conhecimento. Exemplo de auxílio é identificado, em alguma medida, no artigo 139, VI, do Código de Processo Civil, que autoriza a dilatação de prazos processuais. Nota-se, também, a presença desse auxílio quando a parte encontra alguma dificuldade para obter informações em órgãos públicos ou privados e o juiz intervém para viabilizar ou facilitar a sua obtenção. No entanto, deve-se ter muita atenção para que o juiz, ao dar azo a esse auxílio, não se exceda e fique caracterizado, de algum modo, seu interesse no resultado favorável a uma das partes, deixando de ser imparcial.

Hoje, deve-se deixar de lado as características nocivas de um processo autoritário e guinar-se para adoção de um modelo de processo no qual seja conferido às partes poder mais expressivo de influir no convencimento do juiz e de exercerem suas liberdades. O Código de Processo Civil de 2015 poderia ter ido além;⁹³ tanto que, para

⁸⁷ Sobre a aplicação prática do dever de consulta, ver Recurso Especial n. 1.676.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997.

⁸⁹ É o que acontece quando se suspeita que a pretensão esteja extinta pela prescrição e a matéria não foi sequer cogitada pelas partes. O juiz deve ser expresso ao consignar que espera delas manifestação sobre prescrição, oportunidade em que pode vir à tona, por exemplo, um ato interruptivo.

⁹⁰ Ver CHIZZINI, Augusto. Effettività del contraddittorio nel processo civile. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 171-189; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 262-266.

⁹¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997.

⁹² TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997.

⁹³ Como destaca Marcelo José Magalhães Bonizzi, “[u]ma mudança desse porte talvez exigisse uma posição mais explícita do legislador a respeito, inclusive sob a ótica do chamado garantismo processual, para que as

alguns, como Marcelo José Magalhães Bonizzi, ele não instituiu um novo modelo processual,⁹⁴ posicionamento compartilhado nessa dissertação.

E nem tudo é elogio mesmo. A concepção de um modelo colaborativo de processo, sobretudo quando a colaboração é alçada ao *status* de princípio, recebe severas e contundentes críticas, como as de Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta, para quem a ideia de cooperação tem uma conotação um tanto quanto performática (“um argumento retórico” ou “um enunciado performativo”, nas palavras deles).⁹⁵

Seja como for, sem se apegar às expressões, como a própria *cooperar* do artigo 6º do Código de Processo Civil, e para além dos cuidados próprios que se deve ter em relação à noção de colaboração, é possível afirmar que o legislador procurou sim dizer algo, de modo que a evolução do processo continua seu curso.

Há de se reconhecer que, no mínimo, essa concepção de participação e de contraditório, que já existia antes,⁹⁶ ganhou ainda mais expressão e veio acompanhada do alerta da necessidade de serem respeitadas as vontades das partes.⁹⁷ Talvez a expressão *cooperar* seja hiperbólica, mas há um refinamento e uma evolução do processo civil, que

partes não sejam surpreendidas ao longo do processo, especialmente porque o novo CPC não é suficientemente claro a respeito da exata dimensão do chamado ‘modelo cooperativo’ de processo”. (*Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82).

⁹⁴ “É possível afirmar, portanto, que a colaboração no processo, tal como vem sendo adotada no novo CPC, é um novo modo de enxergar o contraditório, mas que não tem força suficiente para inaugurar um novo modelo ideológico de processo, nem, muito menos, para permitir a afirmação de que estamos diante de um novo princípio processual (princípio da colaboração)”. (*Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82). Antes disso, o autor já havia tratado, em artigo, da colaboração pouco depois de apresentado o Projeto que resultou no Código de Processo Civil, é foi bastante cauteloso em suas conclusões, ressaltado o cuidado de se preservar a liberdade das partes, conforme Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 210-230, dezembro/2010.

⁹⁵ “Definitivamente: a cooperação, na formulação proposta por Daniel Mitidiero, *não é um princípio jurídico, já que não possui caráter deontológico*. E, sendo assim, é difícil distingui-la de um alibi teórico ou de um enunciado performativo. Tenha-se presente, também, que esta conclusão não é alterada pela reivindicação de que a colaboração processual ‘determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do processo justo’, o que, na ótica do processualista gaúcho, guindaria a cooperação à categoria de princípio jurídico *mesmo na acepção apresentada em Verdade e consenso*”. (Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, vol. 213/2012, São Paulo: RT, pp. 13-34, novembro/2012).

⁹⁶ Ao tratar do contraditório em execução, Giuseppe Tarzia já o contempla como a necessidade de diálogo: “Assim, é necessário que nos perguntemos se aquilo que foi individuado como ‘conteúdo mínimo’ do contraditório seja, ex positivo jure, assegurado também naquele processo de que nos estamos ocupando. Esta preocupação liga-se à garantia do conhecimento da causa, mais amplamente, da pretensão deduzida no processo, bem como ao andamento do próprio processo, à ‘possibilidade de diálogo’, entre as partes e o juiz, anteriormente à tomada de qualquer providências, ao direito à prova, ao emprego de instrumentos idôneos para assegurar às partes não só o conhecimento dos incidentes anômalos ou ‘crises’ do processo, mas também das providências, especialmente das que dizem respeito aos fins do uso de alguns dos remédios processuais, e, finalmente, à garantia da motivação”. (O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, vol. 28/1982, São Paulo: RT, pp. 55-95, outubro-dezembro/1982).

⁹⁷ A possibilidade de serem entabulados negócios processuais atípicos (artigo 190 do Código de Processo Civil) traduz muito bem isso.

parece começar a deixar de lado o apego a um publicismo exacerbado para vocalizar noções de maior liberdade e disponibilidade das partes.

Ainda que as ideias de participação, de poder de influenciar no convencimento do juiz e de compartilhamento já circulassem nas veias do processo, as palavras ganharam um colorido diferente no Código de Processo Civil de 2015 e isso tem a sua relevância. Hoje, um processo mais participativo e progressista começa a ganhar consistência e um corpo mais cheio de formas; esse influxo não pode ser contido, e sim compreendido e aperfeiçoado.

Por isso que mais importante do que retratar um novo modelo de processo é observar a evolução do modelo atual e dele extrair o que de melhor existe e está à disposição para que se confira às partes alta capacidade de participação e de poder de influência na formação do convencimento do juiz, para que se possa chegar a um resultado adequado ao final do processo, respeitadas as características e os interesses de cada um dos sujeitos processuais.⁹⁸

E toda essa percepção de como as coisas devem ser tem imediata aplicabilidade no saneamento e na organização do processo, pois o processo não será adequadamente saneado e muito menos organizado sem que haja irrestrita participação de todos os sujeitos do processo, com a ampla possibilidade de as partes influírem no convencimento do juiz, que por sua vez deve considerar os argumentos que lhe foram apresentados, respeitando as liberdades que elas podem exercer.

2.3. Entre o publicismo e o privatismo processual

A ideia de que o processo é negócio exclusivo das partes está superada e não há como negar o viés publicista que atualmente lhe dá forma, resultado da institucionalização do poder decorrente da formação do Estado Moderno.⁹⁹ Isso, porém, não significa que os

⁹⁸ O interesse do juiz é o de aplicar o direito e o de trazer pacificação social, mas o das partes é ganhar, sagrarem-se vencedoras; o autor procura a procedência dos seus pedidos, e o réu a improcedência dos pedidos do autor; conceber algo diferente disso é desconsiderar a realidade, é enxergar o mundo através de uma lente opaca. Realistas as palavras de Michele Taruffo: “Todavia, há ao menos uma perspectiva na qual se pode dizer que no processo a prova desempenha uma função persuasiva: é a perspectiva do advogado, o qual se vale da prova para persuadir o juiz a adotar a solução favorável a seu cliente, e não é minimamente interessado em que a decisão favorável de fundo sobre a verdade dos fatos. Ao contrário: o advogado está interessado em que a verdade não seja apurada, quando ela poderia levar à sua derrota. Na realidade, o escopo que o advogado persegue é vencer, não é a descoberta da verdade: portanto, não é estranho - e mesmo é fisiológico - que o advogado utilize as provas para persuadir o juiz a lhe dar razão”. (tradução livre). (Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, vol. 151/2007, São Paulo: RT, pp. 229-240, setembro/2007).

⁹⁹ Ver ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 43-44; ver CAPONI, Remo. Regidità e flessibilità del processo civile. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon,

poderes e as faculdades das partes devam ser limitados e que o juiz tenha permissão para praticar excessos.¹⁰⁰

Por isso, a ampliação de poderes do juiz – fenômeno que já estava conformado no Brasil com o Código de Processo Civil de 1939, se manteve no Código de Processo Civil de 1973 e ganhou intensidade a partir das reformas da década de 90 do século passado¹⁰¹ – não pode levar a um autoritarismo judicial, de modo que é importante ter cautela ao pregar discricionariedades e poderes muito dilatados ao juiz,¹⁰² que deve ficar vinculado ao princípio dispositivo,¹⁰³ deve, sempre que possível, respeitar as opções escolhidas pelas partes e deve adequadamente fundamentar suas decisões.¹⁰⁴

O processo é público, mas o publicismo que o contorna não pode ter características autoritárias. Como dito, o processo deixou de ser coisa das partes, mas não deve, com isso, passar a ser coisa exclusiva do Estado, pois ao fim e ao cabo serve para solucionar o conflito existente entre pessoas.^{105 106}

Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 823-826.

¹⁰⁰ Ver CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 41-51.

¹⁰¹ José Carlos Baptista Puoli retrata muito bem a ampliação dos poderes do juiz por essas reformas ao Código de Processo Civil de 1973, conforme *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁰² “A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutela direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respetivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contra o Processo Autoritário*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 242/2015, pp. 49-67).

¹⁰³ Ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009, pp. 87-97; ver ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 63-66.

¹⁰⁴ “O princípio [da motivação das decisões judiciais] compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individuação das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui, o problema não deve ser visualizado através de prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitável pelos jurisdicionados *in genere*, tal controle constitui inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de direito”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106).

¹⁰⁵ “(...) se é certo que o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas que delimitam o âmbito em que a função jurisdicional será exercida, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, pretende alcançar os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela dos interesses da sociedade agasalhados pelo ordenamento jurídico, da própria ordem jurídica e da paz social”. (GRECO, Leonardo. *A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais*. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx. Acesso em 15.2.2020).

¹⁰⁶ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 121-140.

Por isso é possível dizer que a dicotomia publicismo *versus* privatismo não está bem colocada, pois não são obrigatoriamente faces antagônicas da mesma moeda e devem conviver com equilíbrio.¹⁰⁷ Nessa linha de compreensão das coisas, deve-se conceber, de um lado, a liberdade das partes em relação aos interesses que lhes tocam mais de perto, e de outro as características públicas ínsitas ao processo atual, que devem fomentar a participação positiva do juiz, mas não resvalar para um autoritarismo processual. Assim, mesmo que a direção do processo pelo juiz seja característica ínsita à noção de publicismo, isso não significa que ela deva ser realizada sem que se leve em consideração e respeite a expressão da vontade das partes.

Com isso, se por um lado não há como negar a ampliação dos poderes do juiz, por outro também não se pode ignorar que o Código de Processo Civil de 2015 passou a temperá-la tanto com o aumento de poderes e liberdades das partes como com a prescrição de comandos ao juiz para que proporcione a elas participação que viabilize influírem no curso e no resultado do processo.

É o que acontece – ou deve acontecer – com a sedimentação do negócio processual (artigo 190 do Código de Processo Civil). Se essa figura não era uma desconhecida antes do Código de Processo Civil de 2015, não se pode ignorar que ganhou expressão a partir dele. Ainda que os negócios processuais venham a ser entabulados em circunstâncias especiais,¹⁰⁸ inclusive levando em consideração a natureza do direito material em disputa, a mera possibilidade de eles serem pactuados implica reconhecer a influência que as partes podem exercer na condução do processo.

A ampliação da participação das partes no processo e o respeito às suas liberdades não levam a um retorno ao *privatismo*,¹⁰⁹ até porque, como registrado há pouco,

¹⁰⁷ Ver COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. edição (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, pp. 145-147, que à época já tratava das funções públicas e privadas do processo.

¹⁰⁸ José Carlos Baptista Puoli, em texto ainda inédito e gentilmente cedido, faz considerações sobre a utilização parcimoniosa dos negócios processuais, que seriam mais aceitáveis no ambiente de negócios processuais típicos e, se no âmbito dos negócios atípicos, “apenas a casos em que se esteja a limitar, unicamente, prerrogativas das partes, sem risco para o devido processo legal e sem que se interfira com o que se faça necessário para o bom exercício da função jurisdicional”. (*Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020).

¹⁰⁹ A noção de privatismo está associada ao processo ser instrumento de interesse exclusivo das partes para solução de suas controvérsias, com significativa mitigação dos poderes do juiz, de modo que a condução do processo cabe às partes e seus advogados. É comum a utilização da expressão *garantismo* para também explicar esse fenômeno. Para uma compreensão mais aprofundada, ver GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 164/2008, pp. 29-56, outubro/2008; PICÓ Y JUNOY, Joan. Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: um dibattito mal impostato. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 197/2011, pp. 193-208, julho/2011.

tudo isso deve ser compreendido à luz das características públicas do processo, como bem coloca Lia Carolina Batista Cintra ao abordar esse duelo de forças.¹¹⁰

A ideia do processo com características públicas está relacionada à postura ativa do juiz para a solução da disputa, à restrição da liberdade das partes, como se público fosse o processo cujas funções exercidas por elas tivessem sido transferidas ao juiz e suas liberdades, eliminadas. É plenamente possível ter-se um processo público e ao mesmo tempo as partes poderem exercer suas vontades, ainda que com limitações. O juiz tinha e continua tendo em suas mãos o poder da decisão e prioritariamente é quem conduz o processo, evitando abusos, ilicitudes e posturas protelatórias, mas não pode ficar agarrado a dogmas, ignorando a liberdade das partes e as suas manifestações de vontade, como se isso, de algum modo, o enfraquecesse ou o impedisse de exercer as funções que lhe cabem.¹¹¹

É nesse espaço que se encaixa a compreensão que se pode ter de um processo mais inclusivo, impondo-se ao juiz a observância da efetiva participação das partes para que contribuíssem na condução do processo e influam no seu convencimento, sem se descuidar dos deveres e dos limites que todos – juiz e partes - devem respeitar. Se ao publicismo ainda ficar atrelada a ideia de condução do processo exclusivamente pelo juiz, tem-se que não passará de um publicismo-autoritário, e não são esses os valores pregados pela concepção atual do processo civil.

E será por ocasião do saneamento e – principalmente - da organização do processo que essas características processuais emergirão, pois mais do que os sujeitos processuais participarem das providências necessárias que caracterizam essa fase do processo, deve o juiz deixar-se influenciar pelo que lhes apresentam as partes e respeitar –

¹¹⁰ “(...) Em um momento em que os direitos das partes vêm sendo fortalecidos a partir da edição de um novo Código de Processo Civil, que tem no negócio jurídico processual uma das novidades mais celebradas, o tema deste trabalho [intervenção *iussu iudicis*], em um primeiro momento, parece ir na contramão da ‘evolução’ do processo. Mas isso não é verdade. Além do fato de o mesmo Código ter dado outros passos em direção ao publicismo, o que se pretende demonstrar na sequência é que mesmo o negócio jurídico processual não implica um retorno ao privatismo. O publicismo, portanto, ainda é o referencial teórico adequado para o processo civil. (*Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 41).

¹¹¹ Ao tratar de negócios processuais, Trícia Navarro Xavier Cabral destaca a importância de o juiz respeitar a liberdade das partes, e assim ressalta: “[n]o que concerne especificamente ao juiz, mostra-se importante que ele assimile o instituto para entender seus benefícios, ficando receptivo para aceitar esse autorregramento procedimental pelas partes, desapegando da ideia autoritária de processo, que faz com que os julgadores se preocupem muito pouco com a vontade das partes e se comportem como se fossem os únicos a poderem deliberar sobre o modo de desenvolvimento da relação processual. Assim, caberá ao magistrado aprender a respeitar os espaços de liberdade das partes, sem criar embaraços desnecessários que possam desestimular a utilização do negócio processual. Isso demandará uma mudança de cultura e de atitude do juiz, o que só ocorrerá caso ele se conscientize de que o Código objetiva alcançar o equilíbrio das posições processuais”. (Negócios processuais sob a perspectiva do juiz. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 985).

observados os limites que as normas impõem – as opções por elas adotadas, não para que exclusivamente elas ditem o curso do processo, mas para que tanto o curso como o resultado do processo provenham de uma construção que não seja exclusiva do juiz.

2.4. OS PODERES DO JUIZ E DAS PARTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Do Código de Processo Civil de 1939¹¹² até as reformas ao Código de Processo Civil de 1973,¹¹³ é perceptível o acréscimo de poder do juiz na condução do processo, como se pode notar, por exemplo, na possibilidade genérica¹¹⁴ de antecipação dos efeitos da tutela autorizada pelo artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973¹¹⁵ e na autorização conferida ao relator, em muitas oportunidades, de julgar monocraticamente um recurso.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a linha de expansão dos poderes do juiz, como se pode constatar ao se deparar com os incisos IV e VI do artigo 139, que lhe autorizam a adotar “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” e a “dilatam os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.¹¹⁶

¹¹² O “despacho saneador” é exemplo da ampliação dos poderes do juiz.

¹¹³ Como mencionou José Carlos Baptista Puoli ao avaliar as reformas ao Código de Processo Civil de 1973 até o início dos anos 2000, “examinado o atual momento metodológico do estudo do processo civil, analisadas as posições tradicionais a respeito do poder e da postura do juiz, verificados os fenômenos genéricos do aumento de seus poderes, cuja incidência é clara e incontornável no ideário jurídico e no cotidiano forense de nosso país, e pesquisadas recentes alterações de nossa legislação processual civil (que se caracterizam como inequívoca e concreta decorrência da bagagem formada no contexto descrito e estudado nas três partes iniciais deste texto), resulta inquestionável a conclusão sobre terem os poderes do juiz crescido muito em nosso ordenamento, numa tropia que, por certo, não pode ser tida, ainda, como estabelecida”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 213).

¹¹⁴ Vale da expressão genérica por empréstimo de José Carlos Baptista Puoli: “Diz-se incorporação genérica porque, como é sabido, mesmo antes da reforma de 1994 o instituto da antecipação da tutela não era, de todo, estranho ao nosso ordenamento processual que já o albergava em alguns pontos específicos do ordenamento como, por exemplo, nas ações possessórias ou no mandado de segurança”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 149, nota de rodapé).

¹¹⁵ Antes da Lei 8.952, de 13.12.1994, o ordenamento processual convivia com tutela antecipada genérica valendo-se para tanto do extinto processo cautelar. Ainda que o artigo 273 do Código de Processo Civil 1973 tenha aperfeiçoado o sistema de então, é possível defender que a figura da tutela antecipada genérica já existia, de alguma forma, no artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973. Trata-se das cautelares antecipatórias, que já eram reconhecidas por José Ignacio Botelho de Mesquita (Medidas Cautelares no direito de família, in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, v. 3, pp. 191-192) e Galeno Lacerda (*Comentários ao código de processo civil; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 11-13).

¹¹⁶ O Projeto de Lei 166/2010 chegou a conferir poderes ainda mais expressivos ao juiz, como o de adequar o procedimento às peculiares do caso concreto, mas abandonou a ideia ainda quando o projeto tramitava no Senado. E fez bem de não ir além.

Esse aumento de poderes do juiz não fica adstrito a mecanismos processuais. A noção de constitucionalização do Direito,¹¹⁷ e conseqüentemente do processo,¹¹⁸ assim como a utilização pródiga pelo legislador de conceitos indeterminados¹¹⁹ e cláusulas abertas, vêm estimulando uma ampliação na liberdade do juiz de interpretar a lei para formar a norma que será aplicada ao caso concreto.¹²⁰ Isso acaba por alterar a compreensão do juiz visto como um mero aplicador da literalidade da lei para transformá-lo em um intérprete dela e um formador da norma jurídica.¹²¹

Como já consignado acima, deve-se ter muita prudência com a disseminação descomedida da ideia de o juiz ter deixado de ser um mero aplicador da lei e ter passado a ser um intérprete dela e formador de norma jurídica. Não se nega que todo texto, seja ele de que natureza for e por mais simples que seja, esteja sujeito à interpretação.¹²² Mas o argumento de que cabe ao juiz interpretar a lei não pode ser utilizado como escape para que ele venha a distorcê-la e, por vezes, contrariá-la, em afronta ao Poder Legislativo.¹²³

¹¹⁷ “A constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance”. (BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, vol. 58/2007, pp. 129-173, janeiro-março/2007).

¹¹⁸ Ver PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 57-60.

¹¹⁹ Ver PUOLI, José Carlos Baptista Puoli. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 71-74.

¹²⁰ Trata-se de uma das concepções do ativismo judicial, como assinalado no item 2.5.

¹²¹ “O constitucionalismo, ao submeter a lei aos direitos fundamentais, e o emprego cada vez maior da técnica das cláusulas abertas, conferiram ao juiz um poder distante daquele que lhe era atribuído na tradição da *civil Law*, em que deveria aplicar literalmente a lei, como se ela não comportasse interpretação, e mais tarde simplesmente investigar o texto para declarar a norma nele contida.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 73).

¹²² Como consigna Antonio Augusto Tiburcio, “(...) a interpretação não serve apenas para declarar o sentido de um texto deficiente. Se a prévia interpretação é um pressuposto para a aplicação de normas jurídicas, não são apenas os textos obscuros ou contraditórios que exigem interpretação. É impossível negar alguma atividade interpretativa na aplicação de toda e qualquer norma jurídica, mesmo nos casos fáceis. Afinal, a constatação de que determinado texto seria claro, e não obscuro, somente poderia decorrer de uma interpretação preliminar, que levará em conta não apenas a sua literalidade, mas o próprio contexto do enunciado normativo.” (*Interpretação das decisões judiciais: particularidades, critérios e instrumentos*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 33-34).

¹²³ “(...) o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário. Independente disso, há, ainda, argumentos em favor da função legislativa que não podem ser considerados. Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação ao modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum

Não é incomum a perigosa postura de ultraje à lei sob o argumento de que a sua literalidade afrontaria princípios constitucionais, mesmo que se saiba que a Constituição Federal seja composta muito mais de regras do que de princípios¹²⁴ e que a carga normativa desses princípios é muito reduzida e admite diversas conformações.¹²⁵ Por isso, para evitar arbítrios, o juiz deve ser muito zeloso e prudente na interpretação das leis e na aplicação dos conceitos indeterminados.¹²⁶

Esse acréscimo de poderes do juiz, esteja ele relacionado a mecanismos específicos na condução do processo ou à interpretação da lei e aplicação de conceitos indeterminados, impõe-lhe deveres para que sua atuação se legitime. Por isso mesmo que hoje, mais que nunca, as partes devem ser consultadas antes¹²⁷ que seja proferida alguma

órgão, ser tomadas por pôr fim ao infundável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los. Pois bem, o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* essa pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização, é o Poder Legislativo. Por meio dele é que, pelos mecanismos públicos de discussão e votação, se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários caminhos para a sua promoção”. (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>).

¹²⁴ “(...) a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desde modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares. No entanto, seguindo o modelo aqui criticado, caso se insista em escolher um rótulo que melhor represente a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, ele deverá ser ‘Constituição regulatória’ e, não, como costumeiramente se tem afirmado, ‘Constituição principiológica’. (...). Se for verdadeira a afirmação no sentido de que a Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, é (mais) regulatória, em vez de principiológica, dois problemas surgem, um de natureza científica, outro de natureza metodológica. O obstáculo científico reside no fato de que a afirmação, no nível da meta-linguagem, de que a Constituição Brasileira de 1988 é composta mais de princípios do que de regras, é falsa, na medida em que não encontra corroboração na linguagem-objeto que procura descrever. Tal afirmação até pode ser verdadeira noutros sistemas, mas não no brasileiro”. (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>)

¹²⁵ Sobre o assunto, ver: PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In: *Direito Processual Constitucional*. Coordenadores José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonicio e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 115-126.

¹²⁶ Nas palavras de José Carlos Baptista Puoli: “[r]elevante registrar que a função integrativa não poderá ser confundida com uma atividade plenamente livre do julgador. E isso porque não é admitido que o juiz faça o preenchimento desses espaços em branco com valores pessoais que não encontrem ressonância no contexto sócio-cultural em que está o magistrado inserido. E mais. Também não se deverá confundir esta maior ‘margem de liberdade’ do julgador (a que alude Barbosa Moreira) com uma atividade discricionária, pois não se trata de fazer uma opção entre duas alternativas igualmente válidas segundo o ordenamento jurídico, mas sim, de integrar o sentido da norma por intermédio da complementação de seu conteúdo com aquilo que é a única opção válida em conformidade com os valores éticos e sociais que devem ser canalizados pelo juiz para dentro do processo. De toda forma, é inegável, nesta hipótese, o aumento do poder do julgador, de maneira que, por mais esta ordem de considerações, está confirmada a conclusão que vem sendo delineada ao longo do presente trabalho”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 74).

¹²⁷ A consulta prévia das partes antes da prolação da decisão é um padrão a ser observado pelo juiz, mas que admite exceções, cuja mais prestigiada, sem dúvida, é a tutela de urgência com o contraditório diferido.

decisão que influa negativamente na sua esfera de interesses (artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil), o juiz deve ser o mais informativo possível (isso acontece ao ter de, por exemplo, especificar as provas que em sua concepção são admitidas) e fica compelido a fundamentar adequadamente a sua decisão (artigos 93, IX, da Constituição Federal e 489, §1º, do Código de Processo Civil).¹²⁸

Nem sempre, porém, o incremento dos poderes do juiz leva à redução ou à limitação da liberdade ou do poder das partes.¹²⁹ Ao analisar o sistema processual civil, particularmente a partir do Código de Processo Civil de 2015, não é possível dizer que a liberdade e o poder das partes tenham sido tolhidos em detrimento do aumento dos poderes do juiz, como se o aumento dos poderes de um levasse à restrição dos poderes e liberdades do outro.

A possibilidade de se realizar negócio processual (artigo 190 do Código de Processo Civil), a viabilidade de instituição de calendário processual (artigo 191 do Código de Processo Civil),¹³⁰ a escolha consensual do perito (artigo 471 do Código de Processo Civil), a possibilidade de correção de vícios recursais (artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil) entre outros exemplos confirmam que a liberdade e o poder das partes vêm ganhando expressão.

Aliás, algumas situações já assinaladas como exemplos de incremento dos poderes do juiz estão relacionadas a uma maior concessão de influência das partes na condução do processo ou de preservação de seus interesses. A própria possibilidade genérica de concessão de tutela provisória é exemplo disso, sobretudo ao se considerar que ela só pode ser concedida se requerida pela parte. Para além de esse expediente representar um aumento dos poderes do juiz, caracteriza uma maior liberdade - ou acréscimo de poder - para que a parte possa atuar ao longo do processo e fazer valer, tempestivamente, seus interesses.

Contraditório diferido não significa contraditório inexistente. Ele será realizado *a posteriori* e permitirá que o juiz, inclusive, altere a decisão que havia antes proferido.

¹²⁸ Para uma abordagem objetiva e didática do artigo 489, ver PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: Uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹²⁹ Ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 14-15.

¹³⁰ Quanto à utilidade do calendário processual na perspectiva de planejamento do processo, ver SALLES, Carlos Alberto. Calendário processual: perspectivas para um processo tempo-orientado. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 120-125.

O que pode causar alguma perplexidade nisso tudo é que, por vezes, o acréscimo de um poder à parte pode provocar uma situação de potencial prejuízo à outra, mas isso se deve à dialeticidade do processo e ao fato de elas ocuparem polos antagônicos.

Tudo isso para dizer que, se por um lado os poderes do juiz foram ampliados ao longo dos últimos anos, por outro, as liberdades das partes também o foram em alguma medida, o que configura um acréscimo de responsabilidade das partes e do juiz e reafirma a necessidade de participação deles para que o processo possa alcançar os seus propósitos.

Isso não significa, de modo algum, que o juiz perderá sua autoridade ou deixará de dirigir o processo, mas sim que não lhe cabe mais o exercício isolado dessa direção e que a tomada de decisões deve, além de respeitar os ditames da lei, ser precedida, o quanto possível, da concessão de oportunidade para que as partes possam influir no convencimento judicial e vejam respeitadas as liberdades que lhes são asseguradas.

E essa conformação do processo é significativamente perceptível nas oportunidades em que o juiz saneia e organiza o processo, pois terá de tomar essas providências não isoladamente, mas em comunhão com as partes.

2.5. Os protagonistas¹³¹ processuais

Ao se fazer alusão a protagonismo ou a protagonista, logo vem à mente a figura do personagem principal em volta do qual se desenvolve determinada história.¹³² Ao se transportar essa ideia ao conflito de interesses que emerge das relações sociais, deve-se chegar à conclusão de que os protagonistas são as pessoas diretamente envolvidas na disputa, aquelas que de alguma forma contribuíram para aquele estado de coisas. Isso significa que, sob a percepção do direito material, o protagonismo da história é exercido por aqueles que controvertem e pretendem para si determinado bem da vida.

¹³¹ A expressão vem inspirada em José Rogério Cruz e Tucci. Ver Protagonismo do juiz e das partes no saneamento e na organização do processo. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, pp. 389-415.

¹³² “*Pro.ta.go.nis.ta* (tà) *s.cdd. (o/a)* 1. Personagem principal ou mais importante de uma obra literária, teatral, cinematográfica ou de televisão: (...). 2. *P.ext* Pessoa que, num acontecimento qualquer, exerce papel relevante ou fundamental: (...). Do grego *protagonistes* = que combate na linha de frente: *proto-* = primeiro + *agonistes* = ator, competidor (de *agonizesthai* = competir, de *agonia* = competição). Protagonizar (...) 2. Desempenhar o papel principal em (qualquer acontecimento). (SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 1685).

Desse espeque de raciocínio defluiu a influência que tem o direito material sobre o processo^{133 134} e a necessidade de se “definir os *objetivos* com vista aos quais se exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes”,¹³⁵ atentas às características do direito material.

Ao levar a controvérsia para ser solucionada pelo Poder Judiciário e concebido o processo como mecanismo apto à solução desse conflito, é possível assegurar que, agora, essa trama ganha um novo personagem relevante, que é o juiz.

Essa simbologia teatral permite a reflexão sobre a flutuação da atuação do juiz ao longo da história (*rectius*, processo), admitindo que dela ele participe e esteja atento ao que está acontecendo. A função do juiz que parece melhor caracterizar a sua atuação é a de direção dos atos e dos rumos dos acontecimentos, observando o movimento tido pelas partes, para que ao final possa decidir. Cabe ao juiz participar e cuidar do processo para que vícios sejam sanados, organizá-lo para que se possa compreender a disputa, impedir que as partes tenham condutas abusivas e, por fim, defini-la adequadamente.

Nos modelos inquisitoriais, é muito mais perceptível a atuação do juiz na direção e condução do processo, cabendo-lhe bem mais do que apenas decidir. Seus poderes, especialmente os instrutórios, são mais amplos e ele se envolve mais diretamente no rumo que a trama toma. Nos modelos adversariais, ainda que o juiz esteja atento ao que se passa ao longo do processo, as partes acabam por tomar as providências relacionadas à direção do processo.¹³⁶

¹³³ “[A] instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47).

¹³⁴ Ao tratar da necessidade de mudança de metodologia no estudo do processo e de seus institutos fundamentais, assim consignou José Roberto dos Santos Bedaque: “[e]ssa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas. Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre o direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes” (*Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 14-15).

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 390.

¹³⁶ “O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se ‘*inquisitorial*’, ao outro tipo

Pelas circunstâncias mais diversas, como as relacionadas à duração excessiva do processo e a seu elevado custo, sistemas que tradicionalmente adotam o modelo adversarial de processo, como o inglês, começam a conceber uma postura mais ativa do juiz.¹³⁷ E os que já eram tradicionalmente inquisitoriais, passam a conferir poderes ainda mais expressivos a ele,¹³⁸ admitindo que atue mais ativamente no processo, a par das críticas - algumas fundadas - daqueles que concebem nisso a perda da imparcialidade judicial e a sedimentação de um processo civil autoritário.¹³⁹

Esse fenômeno que caracteriza o ativismo judicial,¹⁴⁰ hoje, vai além de uma participação mais interessada e presencial do juiz na condução do processo e passa a

'adversarial'. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual 'quimicamente puro': todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos. Apesar do generalizado reconhecimento desse fato, porém, subsistem na literatura a noção da diversidade e o uso das expressões tradicionalmente empregadas para indicá-la". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 41-42).

¹³⁷ Como esclarece Fábio Peixinho Gomes Corrêa, "Em 1990, a duração média de um processo, da peça inicial à extinção do processo - com ou sem o *trial* -, era de 145,3 semanas ou 2,78 anos. Diante desse cenário, as partes viam-se compelidas a buscar encerrar o processo com maior brevidade, seja por meio de transação, seja por um dos 'meios alternativos de resolução de controvérsias' (*Alternative Dispute Resolution - ADR*). Além das demora excessiva, o elevado custo do processo importava na falta de acesso à Justiça. É interessante ressaltar que a constatação dos custos proibitivos a que estava submetida a população britânica motivou a elaboração de estudos profundos, dentre os quais se destacaram o *Interim Report* e o *Final Report* preparado por Lord Woolf a pedido do *Lord Chancellor*. (...). Após a elaboração de três relatórios, houve a promulgação das *Civil Procedure Rules*, em 1999, iniciando nova cultura jurídica na Inglaterra. (...). A pedra angular da estratégia de Lord Woolf é uma '*fundamental shift in the responsibility for the management of civil litigation from litigants and their advisors to the courts*'. (...). Nos demais aspectos, a amplitude dos poderes de direção conferidos ao Juiz, apesar de não exigir a ciência de toda a documentação produzida pelas partes antes do *trial*, torna indispensável o prévio conhecimento dos fatos para que o Juiz possa participar da fase preparatória e, posteriormente, exercer influência na instrução probatória". (*Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 116-118).

¹³⁸ Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, José Carlos Baptista Puoli registrava que era "inquestionável a conclusão sobre terem os poderes do juiz crescido muito em nosso ordenamento, numa tropia que, por certo, não pode ser tida, ainda, como estabilizadas". (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 213).

¹³⁹ Nesse enfoque, vem à tona calorosa discussão sobre o acréscimo de poderes - sobretudo instrutórios - do juiz e um debate bastante efusivo a respeito de ativismo e garantismo. Para uma ampla perspectiva do assunto, ver PICÓ Y JUNOY, Joan. Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: un dibattito mal impostato. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 197/2011, pp. 193-208, julho/2011. Para uma crítica contundente do poder instrutório do juiz, ver RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 315-337, dezembro/2010.

¹⁴⁰ A expressão *ativismo judicial* pode levar à compreensão de um juiz mais *ativo no processo*, especialmente na sua fase instrutória, e de um juiz mais *criativo na interpretação* do texto legal. Por conta dessa equivocidade da expressão, procurar-se-á evitar a sua utilização. Porém, quando utilizada sem qualificação, o será no sentido de juiz *ativo no processo*. A esse segundo ativismo, já fazia menção Roberto Goldschmidt em meados do século XX, ao assim destacar: "[n]os países de direito continental, as funções do juiz em matéria civil e comercial se expandiram consideravelmente. Isto vale, em primeiro lugar, a respeito da aplicação do direito substancial: de fato, ainda que o juiz esteja sujeito à lei, fica bastante superada a ideia de Montesquieu de que o juiz seja apenas a voz que pronuncia a palavra da lei. Ela, em vez disso, concede ao juiz a faculdade de estabelecer novos princípios, propondo-os como regras de julgamento, nas assim chamados *conceitos indeterminados* (mais numerosos em alguns códigos do que em outros), a boa-fé, o bom costume, a ordem pública etc". (tradução livre). A expressão "disposizioni generali" foi traduzida por "conceitos indeterminados". Le funzioni del

contemplar um papel mais criativo na interpretação e aplicação do direito,¹⁴¹ bem como uma ingerência mais acentuada no controle jurisdicional de atos administrativos¹⁴² e em políticas públicas.

Não se nega a possibilidade de o juiz interpretar a lei,¹⁴³ ainda mais diante da prodigalidade do legislador na utilização de conceitos indeterminados e cláusulas abertas. Porém, admitir essa elevada criatividade da atuação do juiz para permitir-lhe conformar o direito material – e até mesmo o processual – às peculiaridades do caso concreto acaba, em última hipótese, por admitir que ele exerça funções para as quais não foi designado e não lhe cabem, dando margem à insegurança jurídica.

De todo modo, para além de esse ativismo judicial ter ultrapassado as linhas de atuação no processo e ter chegado à arriscada e questionável possibilidade de se admitir um juiz mais criativo na interpretação e aplicação da lei, não se pode negar que a sua performance ganhou em relevância. É preciso enfrentar esse fenômeno, com todas as responsabilidades e consequências que daí decorrem, para melhor compreendê-lo e aplicá-lo, e não o negar e se acastelar no entendimento de que essa postura ativa do juiz é sempre nociva, sistematicamente refutando-a.¹⁴⁴

giudice nel processo civile nel momento storico attuale. *Rivista di Scienze Giuridiche*. Milano: Litteraria Riservata, Anno VII, Fasc. II, giugno/1956, p. 202.

¹⁴¹ Ver, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 27. Em monografia sobre o assunto, José Wellington Bezerra da Costa Neto, partidário e defensor dos *dois* ativismos judiciais, aborda a questão nesses termos: “Nas linhas precedentes foram fixados os principais marcos teóricos para a teoria da função jurisdicional que se quer forjar, dita, ‘protagonista’. Assim que se defendeu o papel criativo do direito atribuído ao juiz, identificando-se os espaços onde esta criatividade logra sucesso. Procurou-se também definir o ativismo judicial, em especial a partir de suas raízes no sistema de ‘common law’, restando evidenciado que no âmbito dos sistemas romano-germânicos, o salto ativista é muito mais elaborado, reclamando concessões bem maiores ao poder judicial. A ideia principal da tese, porém, é demonstrar que a noção de ativismo, em especial atrelada à atuação do juiz *no processo*, vai cedendo espaço para o exercício do poder jurisdicional de modo ainda mais intensificado e qualificado, no âmbito não apenas do processo, mas em especial nos campos de direito material, não apenas suprimindo lacunas da lei, mas conformando-a às peculiaridades do caso concreto, com suas particulares exigências de justiça. Alguns, como melhor explicitado adiante, enxergam aí prejuízo à segurança jurídica neste movimento decisionista, outros afirmam-no inevitável se se quer preservar o valor justiça. (*Protagonismo judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional*. São Paulo: Leud, 2017, pp. 133-134).

¹⁴² Sobre o assunto, ver PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 125-147.

¹⁴³ Ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do Manuale di Diritto Processuale Civile. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 21.

¹⁴⁴ “Emerge aqui um último dado para o qual desejaria, por fim, pedir-vos a atenção, e ao qual se dirigiram os meus interesses de estudioso do processo desde a aula inaugural de Macerata de 1962: ou seja, o fato de que, de maneira visível ou oculta, na base do processo sempre se movem fatores ideológicos. Mas, se assim é a realidade, então precisamos escolher entre um sistema que esconde tais fatores sob o véu falso e despistante da neutralidade/passividade do juiz, e um sistema que, ao contrário, reconhece tais fatores, e portanto não hesita em ver no juiz um policy-marker, com todas as responsabilidades e os deveres de prestação de contas que daí

A despeito disso, assim como o processo deixou de ser coisa exclusiva das partes, ele não pode ser visto como coisa apenas do Estado, tendo o juiz como único protagonista. Concordar que a trama processual tenha apenas o juiz como protagonista é compreender o fenômeno processual pela metade, é discernir apenas parte dele. Não há como se produzir algo completo sem a participação e a influência das partes, sem o respeito às suas liberdades, sem compreender o relevante papel delas na história e sem levar em consideração as características da disputa.¹⁴⁵

É nessa linha de raciocínio que se encaixa a noção mais adequada do processo atual. Ainda que tenha o juiz a direção fina dele e caiba a ele a decisão, não é possível que faça nem uma coisa nem outra se dele não participarem as partes como outras protagonistas¹⁴⁶ dessa trama.

E isso deve ser implementado com muito vigor ao se sanear e organizar o processo, atos que serão muito mais bem realizados se contarem com a atuação de todos os sujeitos processuais e a participação atenta e compromissada de cada um deles.

2.6. O formalismo processual

Difunde-se o ideário de que os formalismos processuais deveriam dar lugar a um processo civil de resultados, um processo civil efetivo, como se esses fenômenos retratassem realidades antagônicas. Como é possível absorver das lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,¹⁴⁷ as expressões formalismo e formalidade ganharam, até certo ponto, uma conotação contraproducente, como se a observância da forma pelo juiz e até mesmo pelas partes fosse responsável por males provocados ao processo e por impedi-lo de alcançar os objetivos que persegue.¹⁴⁸

decorrem” (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 318, abril-maio-junho/1992, p. 127).

¹⁴⁵ De algum modo, Rodrigo Ramina de Lucca vai nessa direção ao considerar como um dos mitos do publicismo-autoritário o da atribuição de poderes ao juiz para a busca da verdade material, conforme *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 133-137.

¹⁴⁶ “Também ADOLFO GELSI BIDART reafirma este sentido de humanização dos sujeitos processuais: fazer intervir direta e pessoalmente no processo os homens nele ocultos, suprimindo tudo o que não os permitem atuar por si, mas por meio de terceiros. Apreciando ensinamento de CAPPELLETTI, o processualista uruguaio enfatiza o caráter humanizante de convocação das partes pelo juiz porque só estas foram protagonistas dos fatos a que se refere o processo”. [SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso do processo). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 296, outubro-novembro-dezembro/1986, p. 161].

¹⁴⁷ O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006.

¹⁴⁸ Como ressalta José Roberto dos Santos Bedaque, “[o] respeito à forma é fundamental, mas deve ser orientada por uma visão teleológica”. (Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno

A forma não impede que o processo atinja seus objetivos e muito menos que seja efetivo, antes os viabiliza. O que se repudia é o formalismo desnecessário, desproporcional, excessivo.¹⁴⁹ Graças à formalidade processual, assim entendida não a forma individual do ato, mas o aspecto formal da integralidade do processo,¹⁵⁰ é possível estabelecer limites às atuações do juiz e das partes, de modo a conceber-se um processo civil organizado que progrida e alcance a sentença de mérito com qualidade e com alta dose de previsibilidade.¹⁵¹ A formalidade processual¹⁵² contribui para que o processo possa ser efetivo no seu propósito de entregar àquele que tenha direito o bem da vida que persegue e proporcionar pacificação social com aplicação da lei por um juiz imparcial, respeitando-se o devido processo legal.¹⁵³

A forma, ainda, é baluarte de segurança para as partes no sentido de que suas liberdades sejam preservadas e sua participação seja assegurada, para o juiz na medida em

processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5).

¹⁴⁹ “(...) verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006); ver, também, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 142-146.

¹⁵⁰ Ao se fazer alusão a formalismo processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explica que ele não pode ser confundido com a forma do ato processual propriamente dita, pois se refere mesmo à “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 137/2006, pp. 7-31).

¹⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006.

¹⁵² Nesse sentido, Piero Calamandrei: “Por isso o Estado sentiu a necessidade de fixar com um sistema de regras obrigatórias (cujo *corpus* é o direito processual) as fases e os estratagemas da técnica judicial. Ele não podia permitir que o modo de fazer justiça, que promete as autoridades do Estado, fosse deixada ao improviso e à multiforme fantasia individual, e quis assegurar com esta tradução do regulamento em normas legais uniformes que o método pelo qual se realiza a mais augusta das missões do Estado, que é a da justiça, corresponda em todo o caso à razão: uma razão de Estado, reduzida a operações obrigatórias e iguais para todos”. (tradução livre). (Processo e democracia. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePres, 2019, v. I, p. 627).

¹⁵³ “A atividade no processo tanto do Juiz, das partes, como dos demais sujeitos que dele participam, é regulada de acordo com as formas (lugar, tempo, modo de atuação, ordem de prioridade, preclusão etc.) preestabelecidas na Constituição e na lei. Distas formas não foram estabelecidas ao acaso, mas são o resultado de uma decantação cuidadosa de séculos de história e têm uma missão transcendente de garantia a cumprir, tanto no que diz respeito aos direitos das partes como à necessária imparcialidade do órgão jurisdicional, que em última instância permite alcançar, no caso concreto, a justiça prometida em abstrato pela Constituição”. (tradução livre). (Constitución, proceso e ideología. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 83).

que possa conter excessos das partes e manter a organização do processo para que solucione o conflito e, por fim, para a sociedade como expressão política do Estado de Direito.¹⁵⁴

Como indica Swarai Cervone de Oliveira, a própria noção de processo está relacionada à de ordem que, a seu turno, “é constituída por determinado método, que, aplicado ao processo, acaba por caracterizá-lo”.¹⁵⁵

Essa concepção de processo que atende a determinado método já vigorava antes e se manteve no Código de Processo Civil de 2015, conservando-se a atenção à forma necessária para que os poderes e as liberdades das partes sejam preservados com uma adequada condução do processo pelo juiz participativo e que tenha meios de impor a ordem.

Nesse contexto, a impossibilidade de o juiz poder adequar de modo unilateral o procedimento, segundo suas próprias e exclusivas concepções e convicções, mesmo que motivadas, não pode ser vista como a vitória do formalismo excessivo frente a efetividade do processo, mas sim da garantia frente a insegurança.

A adequação procedimental, desde que definida com a participação e a concordância das partes, é plenamente possível e até estimulada. Mas a mutação do procedimento por obra exclusiva do juiz, nem tanto.¹⁵⁶ E taxar de retrógrada e excessivamente formalista a opção do legislador de não conceder poderes mais expressivos ao juiz para adequar o procedimento não parece a melhor conclusão, pois antes de implicar retrocesso, garante um processo civil seguro, previsível e efetivo, para que todos possam participar sem receios de serem surpreendidos, como se detalhará no item 2.7.

Portanto, o respeito pelo juiz ao procedimento e às etapas concebidas para o saneamento e a organização do processo é a postura que dele se espera na condução do processo, para que seja possível alcançar a efetividade com segurança.

¹⁵⁴ Assim compreende Swarai Cervone de Oliveira: “[a] ideia de formalismo liga-se à de ordem, organização. Em relação ao juiz, o formalismo garante às partes a proteção contra o arbítrio, já que seus poderes estarão regulados, e a previsão de medidas típicas, embora não tenha caráter absoluta, dá a elas meios de controle da atuação jurisdicional”. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 61-62).

¹⁵⁵ *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 63.

¹⁵⁶ Fernando da Fonseca Gajardoni é entusiasta da ideia de adaptação do procedimento, conforme *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

2.7. O gerenciamento do processo e a adaptabilidade procedimental

Ao tratar de temas relativos à direção do processo, tornou-se comum a menção a expressões como *gerenciamento*¹⁵⁷ e *adaptabilidade procedimental*. A ideia por trás disso está, de algum modo, relacionada à opção do legislador por estabelecer ou admitir procedimentos diversos do eleito como padrão, à ampliação dos poderes conferidos ao juiz na condução do processo e à concessão de liberdade às partes para que possam ajustar o procedimento às especificidades do caso concreto, sob o argumento de que assim se viabilizaria com mais eficiência e presteza a tutela jurisdicional.

A noção de adaptação ou adequação procedimental leva substancialmente em consideração quatro planos, que são o da opção legislativa por procedimentos diferenciados pré-estabelecidos, o da ampliação dos poderes do juiz para que ele faça essa adaptação, a concessão de liberdade às partes para que elas ajustem o procedimento e, por fim, a união de esforços das partes e do juiz (calendário processual).^{158 159}

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1973 adotou um sistema restrito de adaptabilidade procedimental a critério do juiz, deixando de lhe conferir poderes expressos para alterar as formas que haviam sido concebidas pelo legislador,¹⁶⁰ muito embora algumas poucas adaptações fossem toleradas pela jurisprudência, desde que resguardadas as garantias

¹⁵⁷ “O gerenciamento ou gestão de processo ou *case management*, de modo geral, apresenta diversas características e escopos convergente. Assim, nos EUA (Regra 16 das FRCP), na Inglaterra (CPR), no Japão e na Alemanha (ZPO), o gerenciamento do processo, implementado sob diferentes matizes, teve idêntica essência. Busca, através de adequado planejamento do processo pelo juiz, combater o longo tempo, os altos custos e outorgar efetiva tutela após fixação adequada das questões relevantes do caso”. (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 49). A expressão pode ser concebida sob o aspecto de organização do processo em sentido amplo e da possibilidade de adequações casuais que poderiam vir a lhe conferir maior efetividade. A noção que o trabalho procura passar é a de que o gerenciamento do processo, na perspectiva da sua organização e da sua efetividade, pode ser bem realizado mesmo que ausentes ajustes casuais e específicos do procedimento.

¹⁵⁸ Ver CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, vol. 64/2015, pp. 219-259, outubro-dezembro/2015.

¹⁵⁹ Antônio Pereira Gaio Júnior, Júlio César dos Santos Gomes e Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks são expressos quanto a esse formato, que é o da adaptação realizada pelas partes e pelo juiz (calendário processual), conforme Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 267/2017, pp. 43-73, maio/2017. Ver, ainda, CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Negócios processuais sob a perspectiva do juiz. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 973-974.

¹⁶⁰ Como revela Fernando da Fonseca Gajardoni, “[o] CPC/1973 havia se filiado, preponderantemente, ao regime de *flexibilização legal alternativa*, com ampla incidência de tramitações procedimentais alternativas (variantes rituais previamente previstas pelo legislador) em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização (vide arts. 330, 331, §3º, 527, §1º-A, todos do CPC/1973. Praticamente nada havia no CPC/1973 que autorizasse, do ponto de vista legal, o juiz ou as partes a, genericamente, calibrar o rito conforme as particularidades da causa (*flexibilização legal genérica*) ou interesse pessoal (*flexibilização legal alternativa*)”. (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, art. 139, p. 259).

do devido processo legal e do contraditório.¹⁶¹ Às partes também eram permitidos ajustes singelos, como a eleição de foro e a suspensão do processo. No entanto, o legislador desse Código de Processo Civil previu uma série de procedimentos especiais que se propunham a ajustar o procedimento às especificidades da relação jurídica de direito material.

O Projeto de Lei 166/2010, gênese do Código de Processo Civil de 2015, para além de manter alguns procedimentos especiais, admitia a possibilidade de o juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (artigo 107, V, do Projeto de Lei). No entanto, a ampliação dos poderes do juiz nesse tanto e a expressa possibilidade de adequação das fases e dos atos processuais foram logo abandonadas após o relatório-geral do senador Valter Pereira, restringindo-as à possibilidade de o juiz “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito” (artigo 118, V, do Projeto de Lei),¹⁶² redação que persistiu e é, com alguns poucos ajustes, a vigente (artigo 139, VI, do Código de Processo Civil de 2015).¹⁶³

Portanto, não é possível dizer que exista, no Brasil, o poder geral de o juiz, sem a concordância das partes, ajustar as fases e os atos processuais.¹⁶⁴ Mas isso não o impede, de modo algum, de conduzir o processo com efetividade e de bem gerenciá-lo.

¹⁶¹ Ver Agravo de Instrumento 2048519-84.2014.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, como exemplo de possibilidade de adaptabilidade procedimental, que admitiu a alteração da ordem de produção das provas na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Em sentido contrário, ver Agravo de Instrumento 2183623-48.2014.8.26.0000, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, como exemplo de manutenção do procedimento na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao impedir a alteração da ordem de produção das provas.

¹⁶² Na opinião de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, o receio de decisões arbitrárias impediu que fossem conferidos aos juízes o poder de adaptação procedimental e que se avançasse nesse ponto: “[n]ão houve, pois, os avanços esperados pela Comissão de Juristas ao propor a flexibilização procedimental como um dos pontos inovadores para a formulação de um novo Código de Processo Civil. O que pesou para a redução do alcance do princípio da adaptação do procedimento à causa foi o receio de que a concessão de poderes gerenciais aos magistrados (*case management*) poderia conduzir a decisões arbitrárias”. (Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, pp. 219-259, outubro-dezembro/2015).

¹⁶³ Como lembra Beatriz Valente Felitte, “(...), a Exposição de Motivos do Anteprojeto de CPC apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado em 2010 já adiantava a introdução de dispositivo hábil a atribuir ao juiz o ‘poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa’, tendo sido apresentada expressamente como inspiração de tal proposta a regra de ‘case management powers’ do processo civil inglês”. Todavia, continua Beatriz, “[a] proposta, (...), foi alterada no próprio Senado Federal, na versão após o relatório-geral do Sem. Valter Pereira, limitando-se o poder de adaptação procedimental originalmente previsto para a simples possibilidade de o magistrado ‘dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito’ (art. 118, V)” (A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 124-125).

¹⁶⁴ Sobre essa passagem histórica de evolução do Projeto de Lei 166/2010 e comentários sobre o tema, ver FELITTE, Beatriz Valente. A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial

Se ao juiz não foram concedidos amplos poderes de adaptação do procedimento, o mesmo não pode ser dito quando se analisa o fenômeno sob a perspectiva das partes, já que o artigo 190 do Código de Processo Civil lhes permite, quando o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, ajustar o procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres.

No entanto, interessa a esse item analisar um pouco mais detalhadamente a adequação ou adaptabilidade procedimental por obra do juiz e a relação disso com a sua capacidade de bem gerenciar o processo. Mas antes de tratar da ideia de gerenciamento e de adaptabilidade do procedimento por obra do juiz no Brasil, vale uma muito breve incursão pelos modelos processuais alemão, português, inglês e norte-americano, observadas as peculiaridades de cada um deles.

Até o final da última década do século XIX, a Alemanha tinha um modelo liberal de processo civil. Ao que esclarece Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, esse modelo teve de ser reformulado por conta do longo tempo de duração dos processos e do desinteresse das partes em se comporem.¹⁶⁵ Influenciado pelo Código de Processo Civil austríaco de 1898, projetado por Franz Klein, que foi um entusiasta da obra de Anton Merger,¹⁶⁶ houve, a partir de então, um acréscimo significativo da atuação do juiz, que passou a ter poderes mais amplos na condução do processo - que antes ficava mais a cargo das partes.¹⁶⁷

Passou-se, então, a ser adotado um processo civil mais assertivo, objetivo e, pelo que consta, célere.¹⁶⁸ ¹⁶⁹ Abandonou-se o processo liberal e passou-se a contar com uma atuação mais próxima do juiz nas coisas que interessassem ao processo, impondo às partes

projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁶⁵ *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, pp. 58-62.

¹⁶⁶ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 101-103.

¹⁶⁷ Ver CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 92-97.

¹⁶⁸ Para uma objetiva análise da evolução dos poderes do juiz no processo civil em ordenamentos jurídicos europeus até meados do século XX, em especial na Alemanha, ver FASCHING, Walter Hans. *Liberalización y socialización del proceso civil*. Tradução Raúl Necedal M. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 13-14. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/891/1151>. Acesso em 3.10.2020.

¹⁶⁹ Ver CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 93.

que com ele colaborassem,¹⁷⁰ permitindo-lhe até mesmo o conhecimento de fatos por elas não inseridos no processo.¹⁷¹

Segundo consta, superadas as duas Guerras Mundiais,¹⁷² o aquecimento da economia global provocou uma explosão de demandas e levou com que voltasse a ser repensada a configuração do processo civil alemão, de tal sorte que Rolf Bender, juiz em Stuttgart, passou a pensar em mecanismos para solucionar o crônico problema do abarrotamento de causas nos tribunais e, entre outros instrumentos, concebeu a ideia de delimitação das questões do caso mediante uma audiência com as partes e seus advogados, para que se obtivesse um curso do processo mais focado, solução essa incorporada à ZPO na década de 70 do século XX.¹⁷³

O propósito dessa audiência era tanto o de conciliar as partes como o de, mediante participação delas e do juiz, proceder ao debate e delimitação das questões para um profícuo e célere julgamento do processo, valorizando a ideia de imediatidade e oralidade tão em voga à época, o que contribuiria, ao final, com a aceitabilidade pelas partes do resultado do processo, eliminando a crise que havia sido instalada.¹⁷⁴ Esse julgamento em audiência deveria ser precedido de uma preparação, que poderia se dar por uma audiência preliminar ou por escrito.¹⁷⁵

Depois da reunificação da Alemanha e de um novo crescente número de processos, ao longo dos anos foram realizadas reformas processuais que teriam tornado o processo mais eficaz e alinhado à ideia de cooperação entre o juiz e as partes.¹⁷⁶

¹⁷⁰ “(...) a codificação austríaca optou pela colaboração entre as partes e o Juiz, sob a direção deste, em um regime de maior informalidade”. (CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 94).

¹⁷¹ Sobre uma evolução do processo civil na Alemanha e os papéis do juiz e das partes, ver KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 251/2016, pp. 75-111, janeiro/2016.

¹⁷² “Após o final da Segunda Guerra Mundial, houve diversas reformas na ZPO, entre as quais se destaca, com relação ao tema do presente ensaio, a Vereinfachungsnovelle de 1976, que foi justificada, principalmente, com os argumentos de sobrecarga dos tribunais, desnaturalização do princípio da oralidade e do próprio procedimento, o que haveria conduzido a uma indesejável elevação na quantidade e na duração dos processos”. (KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 251/2016, pp. 75-111, janeiro/2016).

¹⁷³ Ver ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 58.

¹⁷⁴ Ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 120-124.

¹⁷⁵ Ver CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 123-124.

¹⁷⁶ “[O]s objetivos da reforma eram estimular a conciliação, acelerar a marcha processual e desenvolver um processo civil que fosse mais eficiente, transparente e *consumer-friendly*. Para atingir tais desideratos, o legislador alemão compreendeu que os litigantes, ao longo do processo, precisavam formar com clareza sua ideia a respeito do possível deslinde do feito, o que implicava saber com antecedência as questões jurídicas e fáticas consideradas relevantes para o julgador, para poderem contribuir para sua elucidação. Assim, foram realizadas modificações para que os métodos de condução do processo baseados na cooperação entre o Juiz e

Nota-se que, hoje, o sistema alemão está bem identificado com a figura propositiva do juiz na condução do processo, sem a prática de atos tidos por desnecessários, mas, a rigor, atento à participação das partes.

Em Portugal, até a década de 20 do século XX, o processo civil era marcadamente liberal, com o controle da condução do processo nas mãos das partes. A partir do Decreto n. 12.353, de 1926, que conferiu poderes ao juiz para conduzir o processo, as coisas começam a mudar,¹⁷⁷ mas é com o Código de Processo Civil português de 1939 que ocorre uma ruptura expressiva com o sistema anterior, inclusive com a consolidação e sistematização do despacho saneador, que autorizava o juiz a reconhecer, de ofício, uma série de questões, essencialmente processuais, e até mesmo julgar diretamente o pedido, quando estivessem presentes todos os elementos necessários para que a decisão pudesse ser proferida ou a questão fosse unicamente de direito, o que não era possível até então.¹⁷⁸

Em 1961, adveio um novo Código de Processo Civil em Portugal, que com as reformas de 1995 e 1996 (Decretos-lei 329-A e 180, respectivamente) potencializou os poderes de direção do juiz, com a previsão expressa da possibilidade de adaptação do procedimento (artigo 265-A),¹⁷⁹ e cuidou de consignar o espírito *colaborativo* que deveria nortear a conduta dos sujeitos processuais (artigo 266).

Paula Costa e Silva, adepta da concessão de poderes de gestão do processo ao juiz, dá conta que a adaptação processual foi muito pouco utilizada, a ponto de “afirmar que,

as partes se tornassem uma obrigação geral para todas as cortes”. (CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 127-128).

¹⁷⁷ “Assim, em 22 de setembro de 1926, meio século depois, ainda sob a inspiração de Alberto dos Reis, surgiu a reforma do Processo Ordinário através do Decreto nº 12.353, para cujas alterações houve uma eficaz colaboração da jurisprudência, que há anos já supria as omissões e atualizava o que se fazia necessário para uma pronta entrega da prestação jurisdicional. O juiz já procurava se libertar da passividade a que fora levado por influência da velha concepção francesa e da qual as Ordenações não souberam se afastar apesar da evolução científica do direito processual que grassava em outros países da Europa continental, inclusive na própria França. O juiz já passava a tomar iniciativas no sentido de preparar o andamento do processo para a sentença de mérito”. (SILVA, Flávio Pâncaro da. Prólogo da 2ª edição. In: Lacerda, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, XIII e XIV).

¹⁷⁸ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 160-169.

¹⁷⁹ “Em 1996 viria a acontecer, no plano legislativo, uma alteração de paradigma no sistema adjetivo português. Com efeito, entreva em vigor uma regra que não só não tinha qualquer paralelo nos sistemas adjetivos do espaço de *civil law*, como para a qual não se encontra explicação aprofundada no preâmbulo dos diplomas que a consagram. Referimo-nos ao art. 265-A CPCpr”. (COSTA E SILVA, Paula. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242924/000929312.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, Acesso em 2.3.2020, p. 138).

com a consagração do princípio da adequação processual, se operou uma revolução no papel: a prática judiciária nunca absorveu esse princípio”.¹⁸⁰

Dez anos depois, em 2006, Portugal aprova, pelo Decreto-Lei 108, de 2006, o Regime Processual Experimental,¹⁸¹ que reforçava o poder de gerenciamento do processo pelo juiz em determinados procedimentos,¹⁸² depois revogado pelo atual Código de Processo Civil português.

Com a Lei 41, de 2013, os portugueses editaram um novo Código de Processo Civil, que voltou a registrar o agora dever de gestão do processo pelo juiz, expressamente previsto em seu artigo 6º, e novamente assinalou, no artigo seguinte (7º), o princípio da colaboração, direcionado a todos os sujeitos processuais.

O sistema português, pioneiro na concepção do despacho saneador, foi além e conferiu ao juiz poderes muito mais expressivos do que os que tinha até o Código de Processo Civil de 1939, e desde meados da década de 90 do século XX o juiz pode adaptar o processo às necessidades específicas do caso, cabendo a ele, sempre que pretender utilizar esses poderes, o fazer em cooperação com as partes.

Até o final do século passado, no sistema inglês, aderido ao adversarial, o processo era basicamente conduzido pelas partes e o juiz tinha uma postura passiva. Ao longo do tempo, constatou-se que o processo passou a ficar moroso, custoso e pouco eficiente, males lançados na conta dessa característica liberal do processo,¹⁸³ o que levou o

¹⁸⁰ *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242924/000929312.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, Acesso em 2.3.2020, p. 139.

¹⁸¹ Para críticas a respeito, ver MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 170/2009, pp. 215-250, julho/2006.

¹⁸² Artigo 1.º Objecto. O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

Artigo 2.º Dever de gestão processual. O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente: a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório; c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

¹⁸³ “Esta liberdade, todavia, acabou por fazer com que o sistema inglês fosse impregnado por uma lentidão patológica, atribuída em boa parte à exagerada subordinação do processo à vontade dos litigantes. Para tentar solucionar este grave problema, desde 26.4.1995 a Inglaterra tem um código de processo civil (*Civil Procedure Rules*)”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113). No mesmo sentido: “[e]m 1990, a duração média de um processo, da peça inicial à extinção do processo – com ou sem o *trial* -, era de 145,3 semanas ou 2,78 anos. Diante desse cenário, as partes viam-se compelidas a buscar encerrar o processo com maior brevidade, seja por meio de transação, seja por um dos ‘meios alternativos de resolução de controvérsias’ (*Alternative Dispute Resolution – ADR*)”. (CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 116-117).

Estado inglês a realizar estudos para encontrar soluções para mitigar ou solucionar esses incômodos.

Desses estudos advieram relatórios elaborados por Lord Woolf, a pedido do Lord Chancellor, os quais indicaram que havia uma demora excessiva no curso do processo e um custo elevado que dificultava o acesso à Justiça.¹⁸⁴ Por isso, foram por ele sugeridas duas frentes de atuação para compreensão e solução dos problemas, mais tarde acolhidas pela *Civil Procedure Rules*: (a) como deve se dar a condução do litígio pelo juiz, pelas partes e seus advogados e (b) o gerenciamento do processo ou o *case management*,¹⁸⁵ isto é, novamente elegeram-se como resolução para os problemas o incremento dos poderes gerenciais do juiz, ainda que *auxiliado* pelas partes.¹⁸⁶

Tudo isso levou, em 1998, à promulgação da *Civil Procedure Rules*, cujos objetivos principais foram manter a igualdade entre as partes, resolver as disputas com celeridade e custos razoáveis, conferir ao caso a importância que lhe cabe, solucionar os litígios com justiça e conferir um papel ativo ao juiz, que passaria a atuar em comunhão com as partes.¹⁸⁷

Percebe-se claramente a ampliação dos poderes do juiz na condução do caso, que passou a ter, a teor da regra 3.1 das *Civil Procedure Rules*, poderes de reduzir ou prorrogar o tempo de cumprimento de regras e ordens, determinar o comparecimento das partes para prestarem depoimentos, receber provas por telefone ou outro meio de comunicação, suspender o processo, organizar audiências, definir a ordem de julgamento das questões que lhe foram apresentadas e dirigir o processo, e, a teor da regra 1.4 das *Civil Procedure Rules*, poder de gerenciar o processo de modo a lhe tornar mais efetivo, como

¹⁸⁴ “Além da demora excessiva, o elevado custo do processo importava na falta de acesso à Justiça. É interessante ressaltar que a constatação dos custos proibitivos a que estava submetida a população britânica motivou a elaboração de estudos profundos, dentre os quais se destacaram o *Interim Report* e o *Final Report* preparados por Lord Woolf a pedido do *Lord Chancellor*”. (CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 117).

¹⁸⁵ Ver <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>

¹⁸⁶ Ver ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, pp. 72-73.

¹⁸⁷ “De acordo com o código processual de 1998, as Regras do Processo Civil [CPR (1998)], também conhecidas por “Reformas Woolf”, aos juízes foram concedidos abrangentes poderes, de forma a administrar o desenvolvimento do procedimento das ações civis, especialmente as grandes. Esta foi uma mudança fundamental pois, antes de 1998, o Código Processual normalmente evitava que o juiz administrasse o processo na fase anterior às audiências (*pre-trial*) (embora, como explicado abaixo, o gerenciamento de casos surgira, mesmo antes das reformas Woolf, como uma técnica conveniente e necessária, principalmente junto à *Commercial Court*, que era parte da *High Court*). O Código de 1998 objetivou mudar a cultura dos litígios perante tribunais da Inglaterra. O código processual inglês saiu de um estilo antagônico para um *ethos* mais cooperativo”. (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução do autor; orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012, p. 53).

instituir calendários, estimular a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, fazer uso da tecnologia, sempre com a participação das partes.¹⁸⁸

Além dessas regras gerais, com o intuito de imprimir celeridade e viabilizar adequação procedimental, foram estabelecidos três tipos de procedimento, o *small claims track*, o *fast track* e o *multi-track*, observados os valores envolvidos e a complexidade das matérias em disputa. À medida que a complexidade da causa aumenta, maiores são os poderes de gerenciamento do juiz, partindo-se da premissa de que uma disputa mais intrincada justifica maior versatilidade procedimental, o que já não acontece se a causa não tem valor expressivo envolvido ou não houver maior complexidade.¹⁸⁹

Portanto, a partir da promulgação das *Civil Procedure Rules*, o sistema processual inglês, caracterizado como adversarial e inclinado, historicamente, à condução do processo pelas partes, passa a ter na figura do juiz um elemento expressivo, com uma postura mais participativa na condução do processo, podendo acomodar o procedimento levando em consideração as características da disputa.

Quanto ao sistema processual norte-americano, deve-se observar, logo de início, que as características federativas daquele Estado conferem expressiva autonomia aos estados-membros para disciplinarem o direito processual civil e, por conseguinte, a despeito da natural similitude entre eles, há características próprias que impedem, nesse trabalho, que sejam avaliados. Por isso, opta-se por realizar uma análise bastante concisa do processo realizado no âmbito federal, que observam a *Federal Rules of Civil Procedure*.¹⁹⁰

Até a década de 70 do século XX, o sistema processual norte-americano, assim como o inglês, conferia às partes praticamente toda condução do processo, inclusive a produção da prova e a preparação para a audiência, o que para muitos levava à ineficiência da prestação jurisdicional. A partir de então, passaram a ser admitidas técnicas diversas de

¹⁸⁸ Ver <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part03>.

¹⁸⁹ Ver ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, pp. 76-77.

¹⁹⁰ “Ao investigar o sistema norte-americano, a primeira nota que necessariamente deve ser feita é a de que os Estados têm a mais absoluta autonomia no tocante à disciplina do direito processual civil de seus Tribunais, o que, conforme já anotamos anteriormente, é fruto da formação por agregação do Estado Federado naquele país. Podem, assim, as Cortes estaduais disciplinar regionalmente o seu processo (conforme suas particularidades locais), ou simplesmente seguir o modelo traçado para a Justiça Federal, de modo que para uma análise global do sistema seria necessária a investigação do regime adotado em cada um dos Estados, o que extravasa por completo os limites deste estudo. Por aqui, analisaremos apenas e no que nos interessa de perto o procedimento nas Cortes federais norte-americanas (*Federal District Courts*), que adotam como fonte normatizante as *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, editadas pela Suprema Corte dos EUA por força do título 2.072 do *United States Code*”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 118-119).

condução individualizada do processo, projeto que foi denominado por *judicial case management*.¹⁹¹

Inúmeras foram as soluções desenvolvidas, substancialmente fundadas na ideia de se obter a solução do litígio por meios alternativos de resolução de controvérsias ou de estimular o exercício dos poderes pelo juiz na condução do processo, inclusive com a utilização de mecanismos de adaptação procedimental.¹⁹²

Buscou-se também, com essa nova concepção para o sistema processual norte-americano, impedir que as partes e seus advogados procrastinassem o curso do processo e se valessem de eventuais vantagens econômicas para influenciarem a sua condução, evitando-se práticas abusivas.

Apesar dos resultados aparentemente positivos, essa ampliação dos poderes do juiz recebe críticas da sociedade norte-americana, o que é absolutamente compreensível, dados os atributos históricos de sua formação, fincada que é à ojeriza da intromissão de órgãos do Estado em assuntos particulares, sem que se possa fazer um juízo negativo dessa agudeza de espírito.

Como já assinalado, no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 não conferiu ao juiz poder geral e amplo de adaptar o procedimento às especificidades do caso concreto. Atualmente, as possibilidades de adaptação judicial ficam restritas a hipóteses como dilatação de prazos processuais, alteração da ordem de produção das provas, convocação da parte para ser inquerida e distribuição diversa do ônus da prova. A despeito das críticas desferidas ao legislador,¹⁹³ não se pode perder de vista que a conformação em lei de fases processuais não tão flexíveis é signo de segurança, e por mais que se aceite a afirmação de que o juiz tenha adequada compreensão do melhor caminho a ser adotado, há norma editada

¹⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 119.

¹⁹² “Mesmo durante o processamento da demanda, é possível que as partes e o Juiz enviem o caso para um dos mecanismos de solução de conflitos, dentre os quais destacam-se a arbitragem, a conciliação, a mediação e a avaliação por terceiro neutro. Adotando uma análise caso a caso, o Juiz pode fazer diferentes combinações entre, de um lado, mecanismos alternativos de solução de disputas e, de outro, métodos judiciais de condução do processo”. (CORRÊA, Fábio Peixinho. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 112).

¹⁹³ José Roberto dos Santos Bedaque compartilha o entendimento de que a adaptação procedimental daria azo à efetividade do processo, conforme Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6; ver FELITTE, Beatriz Valente. A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

e a ser observada, e isso não pode ser interpretado como apego excessivo ao formalismo desnecessário e inútil.¹⁹⁴

A ideia de que a adequação ou a adaptação procedimental encontrariam guarida na Constituição Federal ignora o fato de que as origens constitucionais estão relacionadas às liberdades individuais e às garantias das pessoas, trazendo valores de proteção contra estatais e de proteção do indivíduo aos avanços e abusos do Estado.¹⁹⁵ Muitos princípios constitucionais são içados para justificar a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento, mas se esquece de que os princípios da legalidade (juridicidade) e da segurança talvez sejam os mais importantes deles todos, e eles asseguram ao indivíduo que as regras pré-estabelecidas pelo legislador sejam observadas.¹⁹⁶

Não suficiente isso, por mais nobres que possam ser as intenções de se conceder poderes ao juiz para que adapte o procedimento, não se pode perder de vista que, em última hipótese, abrir-se-ia a possibilidade de tratamento diverso a casos semelhantes, um dos problemas que aflige o Poder Judiciário na atualidade. Para confirmar isso, bastaria que um determinado juiz optasse, para a solução de uma determinada espécie de conflito, por um procedimento diverso do comum, e seu colega, sentado a poucos metros de distância, optasse por outro. Dizer que esse tratamento diverso não trará impacto algum é negar a própria justificativa daqueles que defendem a possibilidade de adaptação procedimental, e

¹⁹⁴ Há mais de 80 anos, ao comentar a reforma processual que adviria com o Código de Processo Civil de 1939, Luis Machado Guimarães, apesar de já àquela época defender abertamente o protagonismo judicial, a extensão dos poderes do juiz e o publicismo do processo, não poupava de críticas à possibilidade de adaptação processual, equiparando o processo civil daí advindo às já superadas práticas praxistas: “E já agora se pretende, segundo leio em uma recente revista, nada menos do que a abolição do processo civil, ou em outros termos, a sua substituição pelo processo de jurisdição graciosa, com amplos poderes ao juiz até para adaptar o rito às exigências de cada caso concreto. Em poucas palavras: o processo ‘sem forma nem figura de juízo’, a que se referiam os nossos praxistas”. (A reforma processual e a missão do advogado. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 80, outubro /1939, p. 31).

¹⁹⁵ Ángel Landoni Sosa, mesmo declaradamente entusiasta da ampliação dos poderes do juiz, reconhece a importância da lei e os limites existentes: “No entanto, parece necessário alertar que essas faculdades mais amplas devem necessariamente emergir da lei e não da livre vontade do magistrado, pois só ela – em nossa opinião - poderia ampliá-las, na medida em que a Constituição e a realidade social e política assim aconselhem, o campo no qual o Tribunal poderia ser o criador das normas jurídicas. Devemos ressaltar que o princípio da liberdade consagrado no texto expresso de nossa Constituição (...) e que a norma jurídica, em vigor antes do início do processo, não são apenas garantias para os demandados, mas, em última instância, buscam a defesa do Estado democrático, no que diz respeito aos totalitarismos de qualquer natureza” (tradução livre). (Constitución, proceso e ideología. In: *Proceso em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 81).

¹⁹⁶ “(...), O profícuo debate teórico – ainda hoje atual – acerca da amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinado, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior ou menor atuação oficiosa do juiz, em matéria probatória, desde que norteada nos quadrantes das garantias do devido processo legal”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o Processo Autoritário. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 242/2015, pp. 49-67).

independentemente de essa adaptação melhorar ou piorar o processo na prática, fato é que ela implicará tratamento diverso a situações semelhantes.

Para além disso tudo, é preciso registrar que, mesmo sem poder adaptar o procedimento, o juiz pode realizar um adequado gerenciamento do processo, até porque a ideia de gestão processual não deve – e nem pode – ficar restrita a isso, sobretudo quando se pensa na adaptação realizada unilateralmente pelo juiz. Limitar o gerenciamento processual à possibilidade de adaptação ou adequação do procedimento pelo juiz é mal compreender o fenômeno.

É plenamente possível que o gerenciamento processual se dê sem que haja adaptação procedimental alguma, assim entendida a necessidade de se alterar o que foi previamente estabelecido pelo legislador.

Como se confirmará ao longo desse trabalho, esse gerenciamento do processo pode muito bem ser compreendido sob a perspectiva de bem saneá-lo e organizá-lo nas etapas e do modo que o legislador o pré-concebeu. E essa boa gestão se vê com um juiz participativo desde o primeiro contato com o processo, ao despachar a petição inicial, e deve ser mantida ao longo de todo o seu curso, particularmente ao serem aplicadas as providências do artigo 357 do Código de Processo Civil, permitindo às partes que influam na formação do seu convencimento e preservando as garantias e as liberdades a que elas têm direito.

Alguns podem até lamentar que esse sistema menos *adaptativo* impeça ajustes que seriam bem-vindos para solução de conflitos que fujam muito do comum, mas para a esmagadora massa de casos, mesmo que complexos, desde que observado e cumprido com zelo o procedimento organizacional concebido previamente pelo legislador, é possível ao juiz realizar uma ótima gestão do processo. O problema não está em o juiz não ter poderes para adaptar o procedimento às suas predileções, e sim em ele não gerir adequadamente o processo com os instrumentos dos quais dispõe.

2.8. O princípio dispositivo e a atividade probatória dos sujeitos do processo

Uma das linhas mestras que percorre o processo e que influencia suas conformações passa por tensões relacionadas ao princípio dispositivo e tudo o que ele representa tanto sob os aspectos da atuação das partes como da postura do juiz.

A adequada compreensão das características e do alcance do princípio dispositivo e de figuras a ele correlatas é capaz, em boa medida, de selar a direção do

processo e de como ele funcionará como mecanismo de solução de conflitos. Compreender tudo isso não é tarefa das mais simples, seja por conta da equivocidade da própria expressão *princípio dispositivo*, seja por conta das divergências interpretativas a respeito tanto do significado como da extensão dela.

José Roberto dos Santos Bedaque, em seu *Poderes Instrutórios do Juiz*,¹⁹⁷ com a concisão e objetividade que lhe são peculiares, faz um apanhado geral da equivocidade que existe quanto ao alcance e à conformação do princípio dispositivo. Se a expressão não for contextualizada em um plano específico de ideias, a mera menção a ela [princípio dispositivo] pode provocar dúvidas e levar a conclusões inadequadas sobre determinados acontecimentos e até mesmo sobre o próprio fenômeno em si.

E isso porque o princípio dispositivo está diretamente relacionado à liberdade das partes e aos poderes do juiz, envolvendo questões atinentes à iniciativa da propositura da demanda, passando por temas relativos às alegações deduzidas, à produção da prova, chegando até mesmo à disposição da pretensão. Por isso, parece importante deixar bem claras as ideias que existem e que são desenvolvidas em torno desse princípio.

Para os fins dessa dissertação, optou-se por trazer quatro grandes espaços em relação aos quais poderia, de algum modo, se encaixar o princípio dispositivo. O primeiro deles diz respeito à possibilidade que a parte tem de provocar e movimentar o Poder Judiciário para pleitear determinado bem da vida e à limitação do Estado-juiz de sair da inércia sem ser provocado, considerados os interesses e as necessidades humanas no mundo atual.¹⁹⁸ O segundo, até certo ponto relacionado ao primeiro, diz respeito à liberdade das partes de deduzirem suas alegações e trazerem fundamentos que julgam relevantes ao conhecimento do juiz e à aplicação do Direito ao caso concreto.¹⁹⁹ O terceiro, a seu turno, está relacionado à condição que a parte teria de dispor do bem da vida pretendido depois de já ter colocado o Poder Judiciário em movimento, seja sob a perspectiva de desistir, de renunciar à pretensão, de realizar uma transação, de reconhecer a procedência do pedido,

¹⁹⁷ *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009, pp. 87-97. Especificamente, à página 88: “A primeira grande dificuldade com que se defronta no estudo do problema reside no exato significado da expressão ‘princípio dispositivo’. Trata-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressas coisas diversas”.

¹⁹⁸ Sobre a relação entre interesse, necessidade e princípio dispositivo, ver PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 23-24.

¹⁹⁹ Sobre a princípio dispositivo pela perspectiva do *iura novit curia*, ver OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 152-178. Sobre a disponibilidade fática e a indisponibilidade jurídica, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 271-330.

enfim, de dele dispor de alguma forma.²⁰⁰ O quarto, por fim, tem pertinência com os poderes do juiz na condução do processo, particularmente sobre a questão relativa à produção da prova e as eventuais limitações que recairiam sobre eles, isto é, se existe e qual é o limite das iniciativas do juiz no bojo do processo em matéria probatória.²⁰¹

Pela compreensão de José Roberto dos Santos Bedaque,²⁰² tanto a impossibilidade de o Poder Judiciário sair da inércia sem ser provocado como o poder de determinar a condução do processo não estão relacionados à natureza do direito material, relação essa que existe quando a parte resolve dispor do bem da vida depois de já iniciado o processo.

Seja disponível ou indisponível²⁰³ o direito material perseguido pela parte, só cabe a ela a decisão por movimentar ou não o Poder Judiciário e por delinear os contornos da disputa (causa de pedir e pedido). Usualmente, a esse fenômeno se denomina princípio da inércia da jurisdição,²⁰⁴ ²⁰⁵ princípio da disponibilidade, princípio da demanda ou

²⁰⁰ “Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação ‘princípio dispositivo’ seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, e não à processual”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009, p. 91).

²⁰¹ “O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70).

²⁰² *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009, p. 92.

²⁰³ Ao tratar do princípio dispositivo sob a perspectiva do interessa, assim registra José Carlos Baptista Puoli: “[m]as para que se possa ligar a questão do interesse ao princípio dispositivo é fundamental observar que a ideia de necessidade comporta inúmeras graduações que irão variar na medida em que um bem, especificamente considerado, seja mais ou menos essencial para a vida do Homem. É dizer, a necessidade e o interesse irão crescer em intensidade de forma diretamente proporcional à essencialidade que o bem da vida objetivamente considerado apresentar para a vida do Homem. Evidentemente que determinados bens serão mais indispensáveis ou essenciais que outros. Tal diferença de intensidade é assimilada pelo Direito, que acaba procurando tutelar de forma mais eficiente interesses que estejam ligados a necessidades básicas da pessoa humana (como por exemplo, saúde, alimentação, habitação etc.) ou que seja titulados pelo Estado, enquanto macro instituição política destinada a organizar a sociedade e buscar o bem comum de seus componentes. Esta tendência protetiva chega a ponto de impedir que os titulares de determinados interesses possam, por intermédio de atos de sua livre e espontânea vontade, dispor, ou seja, abrir mão dos bens a eles ligados. Daí o conceito de interesse indisponível. Em contraposição a estes interesses indispensáveis ou, em termo técnico, indisponíveis, existem todos os outros tipos de interesses em que o grau de essencialidade é tido pelo Direito como menos, a ponto do ordenamento permitir que os interessados possam livremente sobre eles ter poder ‘de vida ou de morte’. Daí o conceito de direito disponível, como sendo aquele sobre o qual o interessado pode, nas palavras de Rui Portanova, ‘por sua única e exclusiva vontade usar e de tal direito ou não’”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 23-24).

²⁰⁴ ver PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 29-31.

²⁰⁵ Nas fortes palavras de Sergio Bermudes: “A jurisdição é dominada pelo princípio da inércia. Para conter o Estado, impedindo que ele se imiscua na vida dos seus súditos, o direito o impede, ressaltadas poucas

princípio da iniciativa da parte (*nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio*). Essa limitação do Poder Judiciário está relacionada à sua imparcialidade, pois não se concebe que ele, mesmo sem ser provocado, possa se movimentar e mesmo assim preservar todos os atributos necessários para um julgamento isento. É por isso que, dada a relevância de determinados direitos e interesses, o legislador concebeu uma série de possíveis legitimados para defendê-los, em especial o Ministério Público.²⁰⁶

Proposta a demanda, a depender da natureza dos interesses em discussão, a parte tem reduzida a disponibilidade sobre eles. Quando indisponíveis esses interesses, embora ela pudesse optar por propor ou não a demanda, deles não pode mais dispor com absoluta liberdade se já a propôs.²⁰⁷ Mas, se disponíveis, pode regulá-los da forma que melhor lhe aprouver, mesmo depois de proposta a demanda. Trata-se de forte expressão do princípio da autonomia da vontade.²⁰⁸

Atualmente, prevalece o entendimento no sentido de que, ainda que a pretensão deduzida esteja relacionada a direitos disponíveis, não seria adequado limitar a atuação do juiz na condução do processo, particularmente no campo probatório,²⁰⁹ o que seria explicado pela perspectiva publicista do processo civil, de modo que o interesse na solução adequada do conflito deixa de ser exclusivo das partes e passa a ser, também, do Estado, o que justifica

expressões, de atuar a jurisdição espontaneamente. Pudessem ele proceder assim, sua presença, já temível pela manifestação omnívota, tornar-se-ia insuportável, pela conversão dele no Estado policial, anunciado por George Orwell, no seu famoso livro *1984*, sem se abrirem às pessoas, as grandes construtoras da paz no grupo, a oportunidade de cuidarem, por si mesmas, do equilíbrio social, pelos meios de acomodação ao alcance delas, inclusive a autocomposição, como ficou explicado”. (*Introdução ao processo civil*. 5. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31).

²⁰⁶ Ver artigo 129 da Constituição Federal e artigos 176 a 184 do Código de Processo Civil.

²⁰⁷ Rodrigo Ramina de Lucca sugere três cenários para viabilizar a situações nas quais a parte não pretende mais participar do processo e estiver em disputa direito indisponível, lembrando que, segundo defende, a renúncia se dirige à pretensão processual, e não ao direito, de modo que haveria apenas efeitos indiretos a ele: “(i) a renúncia não atinge indiretamente o direito indisponível e, por isso, deve ser aceita; (ii) a renúncia é aceita, mas o julgamento de improcedência não pode ser imunizado pela coisa julgada material; (iii) a renúncia é aceita e a parte é substituída no polo ativo do processo pelo Ministério Público”. (*Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 251).

²⁰⁸ “A possibilidade de o juiz intervir na relação jurídico-substancial varia segundo a natureza desta. Assim, se os interesses em jogo forem privados, não poderá o magistrado interferir em qualquer ato praticado pela parte, no sentido de dispor de seu direito, pois o ordenamento jurídico confere a ela, com exclusividade, esse poder. Nesse caso, o magistrado deve limitar-se a analisar a validade do ato, verificando apenas a efetiva disponibilidade do direito. Não pode, porém, interferir no conteúdo do ato, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade das partes. É evidente que a natureza pública da função jurisdicional não pode repercutir sobre a esfera de disposição que estas têm sobre a relação material”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009, p. 131).

²⁰⁹ Nesse sentido, ver CHIARLONI, Sergio. Giusto processo (diritto processuale civile). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 219/2013, pp. 119-152, maio/2013; ver, também, na década de 1970, SATTI, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Luiz Autuori da 7. edição italiana. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. I., pp. 212-213. No Brasil, ver clássico de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

uma atuação mais ativa do juiz ao longo do processo e, sobretudo, na produção da prova, que pode ser realizada de ofício.

Em palavras simples, a parte pode optar por propor ou não a demanda, por provocar ou não o Poder Judiciário, e pode, se o direito em discussão for disponível, também dispor da pretensão, mas depois que o Estado-juiz deixou a inércia, seja o interesse disponível ou indisponível, não haveria sentido limitar os poderes instrutórios do juiz.²¹⁰

Essa configuração do problema merece reflexão, especialmente sob os aspectos atuais relativos à concepção de um processo com maior participação dos sujeitos processuais e respeito às liberdades das partes.²¹¹

A ampliação dos poderes do juiz, especialmente os de determinação da produção, de ofício, da prova, não é e nunca foi assunto dos mais simples. Processualistas tradicionais,^{212 213} embora admitissem a produção, de ofício, da prova, impunham algumas restrições à atuação do juiz.^{214 215} Nos dias de hoje, autores intitulados como *garantistas* são

²¹⁰ Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 78-80.

²¹¹ Ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 39-47, que apresenta uma formatação diversa quanto à atuação do juiz na determinação da produção da prova.

²¹² Moacyr Amaral Junior, em 1977, quando sua obra era por ele próprio atualizada, embora reconheça os poderes instrutórios do juiz de modo complementar, assim consigna: “(...) [a] iniciativa do juiz, de fazer completar a prova, em boa doutrina somente se admite como atividade excepcional, em casos muito especiais, quando se encontre perplexo antes a prova produzida e dos autos resulte a possibilidade de sair dessa perplexidade com a realização de outras provas. Jamais deverá o juiz usar do poder de iniciativa para suprir iniciativa das partes, porquanto sua posição lhe impõe estar equidistante destas. Entretanto, dilata-se o poder de iniciativa judicial em matéria de prova quando esta diga respeito a relações de ordem pública (conflitos concernentes ao casamento, ao pátrio poder etc.), ou quando se trate de prova do direito estadual, municipal, singular, costumeiro ou estrangeiro (Cód. Proc. Civil, art. 337)”. (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 1977, volume 2, pp. 327-328). Quando sua obra já passou a ser atualizada por outros autores, assim está afirmado: “Aliás, segundo entendemos, no que nos encontramos em divergências com não poucos dos mais ilustres processualistas brasileiros contemporâneos, ao juiz somente será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes interessas. O alargamento desmedido dos poderes do juiz, no campo da colheita da prova, ofende o princípio da igualdade das partes e poderá mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as funções jurisdicionais”. (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. edição atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2010, volume 2, p. 107).

²¹³ Pontes de Miranda, antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao comentar o artigo 130, consignava que conferir poderes instrutórios amplos ao juiz quebraria “toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal”. (*Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo II (artigos 46 a 153), p. 374).

²¹⁴ Ao tratar do assunto, logo depois da vigência do Código de Processo Civil de 1973, José Frederico Marques admite poderes instrutórios mais amplos, mas ele é expresso ao estabelecer que ele deva agir com moderação e equilíbrio: “[v]inculado à prova dos autos na formação de seu livre convencimento, faculdade, no entanto, possui o juiz de, com moderação e equilíbrio, trazer elementos instrutórios e de convicção do procedimento, atuando *ex officio* (arts. 130, 343, 418, 437 e 440), bem como lhe cabe indeferir ‘diligências inúteis ou meramente protelatórias’ relativas à produção de provas (art. 130)”. (*Manual de Direito Processual Civil* 5. Edição. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. I, p. 377).

²¹⁵ Admitindo poderes mais amplos do juiz no campo da prova na década de 70 do século XX, ver MICHELE, Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 3/1976, pp. 161-168, julho-setembro/1976.

muito relutantes em conferir poderes instrutórios ao juiz, convencidos de que essa opção colocaria em risco a imparcialidade dele,²¹⁶ revelando um juiz, de certo modo, interessado no resultado do processo, e não apenas em solucionar o conflito.²¹⁷

Cabe uma pequena pausa aqui. Os poderes do juiz na condução do processo e a sua atuação mais ativa não podem ser reduzidos aos relativos à admissão e à determinação, de ofício, da prova. A imprescindibilidade da participação do juiz na conformação do processo é atributo da natureza pública que o caracteriza, pois de fato ele não é mais coisa exclusiva das partes, e há participações ainda mais relevantes para essa conotação publicista do que o poder que o juiz poderia vir a ter – ou tem - de produzir, de ofício, a prova. É de suma importância que o juiz seja participativo mantendo um processo hígido e organizado, deixando claro às partes os contornos da disputa e o modo como ela, em sua concepção, seria bem solucionada, e isso não obrigatoriamente está relacionado ao poder que ele tem ou não de determinação a produção, de ofício, da prova que julga relevante.

É muito provável que, quanto mais participativo for o juiz e melhor conduzir o processo, menos relevante será a questão de ele poder ou não determinar a produção, de ofício, da prova. Seja como for, não há como negar que questões relativas à produção, de ofício, da prova ainda sejam marcantes e, a despeito da redação do artigo 370 do Código de Processo Civil²¹⁸ e de parte significativa da doutrina adotar quase que sem restrições a ideia de amplos poderes instrutórios do juiz, não se trata de tema absolutamente pacífico e que desmereça alguma ponderação.

E parece mesmo existir uma fissura entreaberta que leva a depósito de resíduos que impedem que o assunto cicatrize, especialmente sob um determinado aspecto: os poderes de determinação da produção, de ofício, da prova nos casos em que os interesses em jogo são disponíveis. Até que ponto o juiz pode ir? O juiz tem mesmo amplos poderes, já que eles independem da natureza dos interesses em disputa? Não deveria o juiz ter poder algum, já que a parte tem plena disposição sobre o bem da vida? Já se consignou que há processualistas

²¹⁶ Em defesa da instrumentalidade do processo e uma crítica aos posicionamentos mais incisivos de alguns autores tidos por *garantistas*, inclusive com explicações sobre o instrumentalismo processual não excluir as garantias processuais, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, em especial pp. 19-25.

²¹⁷ Para crítica contundente sobre o poder de o juiz produzir prova de ofício, ver RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 315-337, dezembro/2010.

²¹⁸ Além do artigo 370, o Código de Processo Civil traz outras tantas disposições que cuidam e lhe autorizariam a produção da prova de ofício, conforme os artigos 385, *caput*, 421, 461, 464, §2º, 480, 481. Isso, no entanto, não impede que se interprete restritivamente cada uma delas.

que são abertamente favoráveis a que o juiz tenha amplos poderes para produção, de ofício, da prova, o que significa que pouco lhes importa se os interesses são disponíveis ou indisponíveis.²¹⁹ Por outro lado, há também aqueles contrários ao juiz poder, de ofício, avançar na atividade probatória.²²⁰

Por mais que se almeje neutralizar a influência da natureza do direito material sobre os poderes do juiz de determinação da produção, de ofício, da prova, o modelo atual de processo civil, que prega uma postura mais participativa dos sujeitos processuais e respeito à liberdade das partes, impede que haja uma interpretação absolutamente estanque dos fenômenos, como se o direito material em nada influenciasse ou pudesse influenciar os rumos do processo. O direito material influencia o processo, isso em nada coloca em risco a sua autonomia ou fere os escopos por ele perseguidos, e muito menos tem o condão de fazê-lo retroceder às eras exclusivamente privatistas.²²¹

Sem negar que há tempos ampliam-se os poderes do juiz na condução do processo, com reflexos no campo instrutório, como bem registra José Carlos Baptista Puoli, essa amplitude variará levando-se em consideração a natureza jurídica do direito em discussão e a realidade do dia a dia no Poder Judiciário.²²²

²¹⁹ São muitos os trabalhos e estudos de José Carlos Barbosa Moreira sobre as funções do juiz, e sempre há, em suas lições, a forte convicção de que o melhor caminho é o da ampliação dos poderes do juiz, como nessa, de 1976: “Cuidou o legislador de aparelhar melhor o órgão judicial no campo instrutório, conferindo-lhe, por exemplo, o poder de ordenar *ex officio* o comparecimento pessoal das partes, em qualquer estado do processo, ‘a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa’ (art. 342), e disciplinando expressamente a ‘inspeção judicial’ de pessoas ou coisas, modalidade probatória a cujo respeito era omissa o Código anterior, embora já a admitissem a doutrina e jurisprudência. (...) A tendência a dar maior realce ao papel do juiz corresponde, como bem se compreende, a uma acentuação mais forte do caráter *publicístico* do processo civil. O interesse do Estado na atuação *correta* do ordenamento, atrás do aparelho judiciário, sobrepõe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver atendidas e satisfeitas as suas próprias pretensões. É a antiga visão do ‘duelo’ entre as partes, ao qual assistia o juiz como espectador distante e impassível, que cede o passo a uma concepção do processo como atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça”. (As bases do direito processual civil. *Temas de direitos processual civil: primeira série*. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 11). Ver, também, BENAVENTE, Omar Sumaria. Posibilidad y utilidade de la practica de la prueba de oficio. *Revista Ibero-americana de Derecho Procesal*. São Paulo: RT, vol. 9/2019, pp. 285-298, janeiro-junho/2019.

²²⁰ Ver AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordenador Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Ver, também, RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 315-337, dezembro/2010.

²²¹ Sobre a influência do direito material sobre o processo, ver. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006. A despeito de o autor inclinar-se pelo amplo poder de o juiz determinar a produção da prova de ofício, reconhece a influência do direito material sobre o processo, como o próprio nome da obra sugere.

²²² “[I]mprescindível ressaltar que o grau de intensidade dessa atuação irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse. Esta ressalva atende à própria realidade do cotidiano forense, de forma que, não sendo possível fechar os olhos à situação fática, não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isto seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 27).

Ao ressaltar o empenho em publicizar o processo, Cândido Rangel Dinamarco reconhece que ele deve sofrer limitações, inclusive no âmbito da instrução,²²³ de modo que seja possível, na quadra atual das coisas, conceber a necessidade de se levar em consideração, em alguma medida, a natureza do direito material em disputa.²²⁴

Leonardo Greco, a despeito de indicar exceções em relação às quais admite-se a intervenção judicial na produção, de ofício, da prova quando em disputa interesses disponíveis, concebe que “[n]as causas que versam sobre *direitos disponíveis*, deve ser respeitada a autonomia probatória das partes. Logo, se o direito material for disponível, a prova dos fatos que vão demonstrá-lo também será disponível”.²²⁵

Não há perigo de desconformidade ao se limitar os poderes do juiz na produção, de ofício, da prova quando a discussão disser respeito a interesses disponíveis e não estejam envolvidas questões de ordem pública ou que possam ser conhecidas de ofício.²²⁶ Ao menos nesses casos, não deve o juiz imiscuir-se na opção tomada pela parte na produção da prova,²²⁷ mas apenas municiá-la com informações claras sobre as provas admitidas e que ele julga relevantes, o que deve ser feito em todos os casos, estejam em discussão direitos disponíveis ou indisponíveis.²²⁸

²²³ “[L]imitado pelo círculo finito da conveniência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas. Num extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade no curso do procedimento, o que viria a contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo. (...). Os casos de processo instaurado de-ofício são excepcionalíssimos e a iniciativa instrutória do juiz, levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme o direito objetivo material, fazendo justiça”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 62-63).

²²⁴ “O dever de iniciativa probatória é maior quando a relação jurídico-material litigiosa é marcada pela indisponibilidade. (...) É menos intenso esse poder-dever nos litígios sobre direitos disponíveis entre capazes, mas mesmo nessas hipóteses ele não se aniquila por completo, (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, T. I, p. 527).

²²⁵ *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 456.

²²⁶ Não devem ser confundidas questões de ordem pública e que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, conforme APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 110-115. No entanto, para os fins dessa dissertação, como toda questão de ordem pública pode ser conhecida de ofício (ainda que nem toda questão que possa ser conhecida de ofício seja de ordem pública), a referência será feita apenas a questões que possam ser conhecidas de ofício, e nelas deverão ser compreendidas as questões de ordem pública.

²²⁷ Em sentido oposto, entendendo pelos amplos poderes do juiz, inclusive quando em disputa direitos disponíveis, ver MEJIAS, Lucas Britto. *Relação entre busca pela verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição do ônus probatório*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 459-465.

²²⁸ Até mesmo Fábio Peixinho Gomes Corrêa, partidário de uma atuação mais ativa do juiz, assim se posiciona: “Tendo sido promovido o ajuizamento do processo de conhecimento, o controle da atividade probatória inicia-

O sistema processual convive com diferenças de tratamento se comparadas as disputas quando em discussão direitos disponíveis e direitos indisponíveis.²²⁹ É o que se vê, por exemplo, na contenção do efeito material da revelia quando em disputa direitos indisponíveis (artigo 345, II, do Código de Processo Civil) e na atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses individuais indisponíveis (artigo 176 do Código de Processo Civil).²³⁰

A proposta de que essa postura do juiz, quando em disputa direitos disponíveis, deveria ser limitada e aceita a produção, de ofício, da prova em determinadas circunstâncias específicas, como naquela em que constatada falta de zelo do advogado ou quando houvesse significativa diferença econômica e desigualdades entre as partes,²³¹ ²³² carrega algum subjetivismo e revelaria uma inclinação expressiva do juiz em relação a uma das partes, o que colocaria em xeque a sua imparcialidade, de modo que não parece correto admiti-la.

Nesses casos, quando em disputa direitos disponíveis, delimitadas as questões fáticas, especificadas as provas admitidas e definida a distribuição do ônus de produzi-las,²³³ providências que revelam a importância da participação do juiz, deve-se deixar que as partes exerçam suas liberdades, restringindo a atuação judicial de modo mais expressivo apenas às

se com os documentos que instruem as postulações das partes. Caso haja um início de prova que permita o Juiz aferir se a demanda tem condições de ser apreciada em seu mérito, a complementação da prova deverá ser discutida na audiência preparatória, ocasião em que as partes deverão ser alertadas para as consequências de não se desincumbirem de seu ônus probatório”. (*Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 264).

²²⁹ Marcelo José Magalhães Bonizzi chega a restringir os poderes do juiz na determinação da produção da prova de ofício, sobretudo quando em disputa direitos disponíveis, mas ainda assim não nega, quando mantida a dúvida, que ela possa agir de ofício. (*Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 39-47).

²³⁰ O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 82, que cuidava das causas nas quais o Ministério Público interviria, não fazia menção – ao menos não expressamente – a direitos indisponíveis, mas a “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei 8.625/93, a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, ambas em seus artigos 1º, e o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal fazem menção à defesa dos interesses individuais indisponíveis como uma das incumbências do Ministério Público. A expansão da atuação do Ministério Público foi detectada por Enrico Tullio Liebman, ao retratar o processo civil italiano, conforme *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, pp. 181-184.

²³¹ Sobre a necessidade de eliminar as barreiras para o exercício do contraditório e para defesa dos interesses em juízo, inclusive de ordem econômica e social, ver CAPONI, Remo. In *contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile: brevi osservazioni*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

²³² José Roberto dos Santos Bedaque admite a atuação do juiz nessas circunstâncias, conforme Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 29.

²³³ Quanto à definição do ônus da prova, como se verá em item específico, acredita-se que o enfrentamento do assunto pelo juiz não deve ocorrer apenas quando há distribuição diversa daquela que havia sido previamente definida pela lei, mas também quando não há alteração alguma.

hipóteses, objetivamente consideradas, em que houver alguma questão que deve ser conhecida de ofício e desde que os fatos a respeito dela tenham sido trazidos ao processo.

Em termos práticos, deve-se observar que, se as partes, cientes dos contornos do caso, expressamente se opuserem ou silenciarem em relação à produção de uma determinada prova, por mais que isso possa levar o juiz a ter de se valer da regra do ônus da prova ao sentenciar, ele não deve imiscuir-se na vontade delas.²³⁴

É importante dizer, disso tudo, que a limitação dos poderes do juiz na produção, de ofício, da prova, em casos que cuidem de direito disponíveis, não deve ter relação com discricionariedade.²³⁵ Ou seja, o juiz não deve, entre os casos cuja discussão gira em torno de interesses disponíveis, optar por atuar ou não no campo da prova quando lhe interessar. Ele não deve atuar. Ele deve esclarecer e até indicar às partes as provas que julga relevantes para aplacar suas dúvidas, mas não as produzir de ofício.

Por outro lado, quando em disputa direitos indisponíveis, o juiz não precisa – e nem deve – se restringir à atuação das partes, pois deverá exercer seus poderes, sob a

²³⁴ Em repúdio a essa ideia, para José Carlos Barbosa Moreira, o aumento dos poderes instrutórios do juiz contribuiria para uma decisão mais justa, assim como, para ele, a decisão pela regra do ônus da prova não é o caminho mais indicado: “[f]alta enfrentar essa questão: *quid iuris*, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *ônus probandi*. (...). É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procura fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa – e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?” (O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95). Essa parece ser a posição de Marcelo José Magalhães Bonizzi, conforme *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 43.

²³⁵ Como bem consigna Cândido Rangel Dinamarco, “[é] ao menos exagerado falar em *discricionariedade judicial* (Teresa Arruda Alvim Wambier). Discricionariedade é o poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas (Maria Sílvia Zanella Di Pietro) – como é a que exerce o administrador ao decidir por construir um hospital e não uma escola, ou o legislador quando tipifica crimes e dosa a pena a cominar abstratamente a cada um deles. Ao decidir uma causa ou deferir requerimentos no processo o juiz tem pela frente a norma jurídica e os fatos provados ou não, que deve confrontar com a lei posta. Ordinariamente só *uma* decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes. O poder de *livre convencimento* na apreciação das provas (CPC, art. 371) não é sinal de discricionariedade mas um imperativo do inevitável subjetivismo racional indispensável para o bom julgamento; não faculta ao juiz a tomada de posições ou presunções pessoais e suas conclusões são sempre suscetíveis de reexame pelos órgãos superiores, em grau de recurso”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 239). Em sentido diverso, Swarai Cervone de Oliveira admite a possibilidade de duas ou mais escolhas e, por conseguinte, a discricionariedade: “A interpretação, não há dúvida, limita-se pela legalidade. No entanto, há certas hipóteses em que, mesmo esgotada a interpretação, o juiz vê-se diante de mais de um caminho, ou seja, mais de uma solução que se afigure igualmente ‘ótima’. Vale dizer, o juiz tem diante de si indiferentes jurídicos: a produção da norma de decisão, segundo uma ou outra via, é igualmente possível, sem que se afaste da legalidade”. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 89-94).

consequência de incidir em *error in procedendo*. Isso não significa que o juiz deva se transformar em um “produtor ilimitado de provas”, mas não deve se restringir à postura das partes na produção da prova e não pode se conformar tão serenamente assim com o julgamento com base na regra do ônus de prova.²³⁶

Em verdade, o que se deve conceber é um perfil de atuação do juiz, um modo como ele deve se portar nos casos em que haja uma variação do grau de disponibilidade do direito, de modo que, quando ele for disponível, a produção da prova fica a cargo das partes e, quando for indisponível, o juiz tem um campo de atuação mais dilatado e deve, se necessário, produzir, de ofício, a prova.

O que não parece adequado é admitir que o juiz opte em produzir, de ofício, provas quando bem lhe aprouver, sejam os direitos disponíveis ou indisponíveis. Não parece apropriado dizer que o juiz tem a *faculdade* de produzir, de ofício, a prova²³⁷ e, ao deixar de produzi-la, nenhuma repercussão existirá. Adotar essa linha de compreensão das coisas leva à conclusão de que o juiz pode atuar de maneira diferente em casos idênticos.²³⁸

Por isso a proposta por se repensar o modo de aplicação do artigo 370 do Código de Processo Civil,²³⁹ para a noção de que “[c]aberá ao juiz, de ofício (...), determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” seja sopesada levando-se em consideração a natureza dos interesses em discussão.²⁴⁰ Sempre *caberá* ao juiz determinar a prova, seja ela produzida de ofício ou a requerimento das partes, mas a produção de ofício fica restrita aos casos que tratem de direito indisponível ou quando houver questão que deva ser conhecida de ofício.

Essa compreensão das coisas não implica um retorno à fase imanentista ou à concepção privatista e individualista do processo, já que além de ele manter características

²³⁶ Mesmo nesses casos, deve o juiz ter cautela na produção da prova de ofício e na preservação de sua imparcialidade, atentando-se à atuação do Ministério Público, a teor do artigo 176 do Código de Processo Civil. Sobre isso, ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 44-47.

²³⁷ Em sentido contrário, pela inexistência de imposição da lei pela produção da prova de ofício, ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 39-40.

²³⁸ “[É] conhecida a jurisprudência do STJ de que os poderes instrutórios seriam meras faculdades a serem exercidas arbitrariamente pelos juízes quando sentirem vontade de fazê-lo. Atribuem-se poderes instrutórios para ‘melhor formação da convicção do Magistrado’, mas para serem exercidos apenas quando esse magistrado *quiser* melhor formar a sua convicção. Esse tipo de raciocínio é incompatível com o publicismo processual e com o exercício do poder estatal no Estado Moderno e, mais especificamente, no Estado de Direito. Ou o juiz recebe ‘poderes’ para *sempre* buscar *melhor julgar*, ou então ele simplesmente não pode receber tais poderes”. (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 62-63).

²³⁹ Com reflexos nos artigos 385, *caput*, 421, 461, 464, §2º, 480, 481 do Código de Processo Civil.

²⁴⁰ Ver REsp 140.665/MG, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que restringe o poder instrutório do juiz, embora o admita em circunstâncias que vão bem além de a discussão ser de direito indisponível e em temas de ordem pública.

e princípios próprios, o que também caracteriza a sua publicidade é a institucionalização do poder pelo Estado e a preservação das garantias para a prática do devido processo legal,²⁴¹ que são revelados no modo participativo como o juiz conforma o processo.

Em palavras simples, o juiz tem de participar do processo, mas não pode lhe ser conferida a discricionariedade de produzir, de ofício, a prova quando bem lhe aprouver, de modo que parece ser equilibrada e adequada à realidade a ideia de esse seu poder-dever ficar restrito aos casos em que os interesses sejam indisponíveis, e ainda assim de forma supletiva, ou, se disponíveis, existirem questões de ofício a serem solucionadas.

E essa concepção das coisas deve ser levada a sério, a ponto de ser tida como viciada (*error in procedendo*) a sentença que julga com base na regra do ônus da prova quando em disputa direitos indisponíveis e o juiz não produziu, de ofício, prova que nitidamente poderia ter produzido para esclarecer dúvida que o molestava.

A importância disso poderá vir à tona por ocasião, principalmente, da organização do processo, pois será o momento no qual o juiz, depois de considerar as provas requeridas na petição inicial e na contestação/resposta,²⁴² especificará as provas que admite e, na sequência, terá de avaliar se produzirá ou não, de ofício, provas que entende relevantes para eliminar suas dúvidas.

No entanto, como já realçado, essa questão poderá se tornar, na grande maioria dos casos, secundária, pois desde que bem delimitadas as questões fáticas, especificadas as provas e distribuído o ônus em relação à produção delas, as partes tendem a assumi-los para requerer as provas para comprovar suas alegações, de modo que a atuação de ofício do juiz acabará por perder importância.

2.9. Os métodos alternativos – adequados – de solução de conflitos

Há não muito tempo, o Poder Judiciário parecia ser o caminho quase que único para solução dos conflitos que emergiam da sociedade,²⁴³ cada dia mais complexa e com

²⁴¹ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 121-123.

²⁴² Marcelo José Magalhães Bonizzi entende que as partes devem especificar o quanto mais possível as provas que pretendem produzir na petição inicial e na contestação/resposta, e não apenas fazerem um requerimento genérico, conforme *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 33-34.

²⁴³ Apesar de a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 161, não autorizar o início de processo sem que antes se tentasse conciliação, e a Constituição Federal de 1937, em seu artigo 18, *d*, conferir aos Estados a competência de legislar sobre organizações públicas com o objetivo de se obter conciliações extrajudiciais, fato é que o Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, sequer faz menção à expressão *conciliação* e, quando muito, utiliza o termo *transação* para à então denominada *cessação de instância*. Já o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, previu a conciliação no início da audiência de instrução e na

relações mais sofisticadas. Essa complexidade e sofisticação toda impulsionou o Poder Judiciário a se adaptar a essas novas características,²⁴⁴ mas também levou à concepção e ao fortalecimento de métodos diversos de solução de conflitos.²⁴⁵

Muito contribuiu para que métodos diversos de solução de conflitos ganhassem corpo o fato de a jurisdição estatal ter de lidar com sucessivas crises, no mais das vezes relacionadas à dificuldade de julgar tempestivamente as disputas que lhe eram apresentadas e à pouca confiabilidade quanto à estabilidade de seus posicionamentos, que com alguma frequência se alteravam.²⁴⁶

Atualmente, são densos os estudos sobre esses métodos alternativos²⁴⁷ – ou adequados²⁴⁸ – de solução de conflitos.²⁴⁹ Entre eles, há aqueles em que a solução da disputa se obtém mediante consenso, sem que haja a imposição da resolução por um terceiro, como a mediação e a conciliação, e há outros nos quais a solução se obtém de modo adjudicado, como a arbitragem.

Não é incomum a caracterização desses métodos diversos de solução de conflitos - consensuais ou adjudicados - como uma opção para se evitar o caminho do processo judicial, seja porque, com a utilização deles, se obteria uma resolução do conflito de forma

audiência inicial do então procedimento sumaríssimo, e a partir das reformas da década de 1990 o tema ganhou mais importância, sobretudo com a previsão da audiência preliminar. Em paralelo, a Lei 7.244, de 1984, do Juizado Especial de Pequenas Causas, e depois a Lei 9.099, de 1995, dos Juizados Especiais Cíveis, foram norteadas pela ideia de conciliação. A arbitragem, por sua vez, embora prevista até mesmo no Código Civil de 1916, só veio ganhar expressão depois da edição da Lei 9.307, de 1996, quando deixou a existir a ingerência estatal sobre ela.

²⁴⁴ A criação de Varas e Câmaras empresariais especializadas, em diversos tribunais estaduais, é resultado dessa adaptação.

²⁴⁵ Para o assunto, ver obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que trata do acesso à Justiça e traz as tão mencionadas ondas; especificamente para os métodos alternativos, ver *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 67-73 e 81-90. Mauro Cappelletti, ainda, faz rápida e objetiva alusão a experiências em métodos alternativos de solução de conflitos na Europa e na América do Norte no início da década de 90 do século XX, conforme Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 74/1994, pp. 82-97, abril-junho/1994.

²⁴⁶ Os mecanismos de solução de demandas seriais, como os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivos inserem-se, de algum modo, nesse ambiente que tem como objetivo resolver ao menos parte desses males.

²⁴⁷ *Alternativos* sob a concepção de que seria uma opção diversa à do processo judicial para se solucionar um conflito.

²⁴⁸ *Adequados* porque a natureza ou as características da disputa poderiam revelar que existem caminhos mais pertinentes, que não o processo judicial, para solução da disputa.

²⁴⁹ “Muito se tem estudado sobre mecanismos alternativos (adequados) de solução dos conflitos (ADRs), atualmente institucionalizados em vários sistemas legais pelo mundo. Como uma resposta às crises do tradicional processual judicial ou como uma busca pelo ‘acesso a uma ordem jurídica justa’, revive-se, hoje, a ideia de tornar os próprios interessados protagonistas da solução de suas controvérsias”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação nos processos civis brasileiro e italiano. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 287/2019, pp. 509-530, janeiro/2019).

mais célere, seja porque essa resolução seria mais personalizada, seja porque a pacificação das partes seria socialmente melhor.²⁵⁰

Sejam os métodos adjudicados, sejam os consensuais, é possível conceber em todos eles uma tentativa de quem por eles opta de organizar melhor o instrumento de trabalho que é colocado à disposição das partes para solução de suas controvérsias. A própria opção – e não coerção²⁵¹ – por esse ou aquele método é possível ser tida como uma forma de organizar as coisas para melhor solucionar determinada disputa.

Não é incoerente agregar à expressão *organização* uma noção de poder ser ela *extraprocessual* e até mesmo anterior ao próprio litígio,²⁵² pois a eleição pelas partes, de modo voluntário, de um método consensual prévio para solução de seus conflitos em vez de um método adjudicado já representa um modo de organizar os trabalhos, impactando o caminho a ser perseguido para resolução de suas disputas. Isso também pode ser dito quando as partes optam pela arbitragem em substituição ao Poder Judiciário, pois o conteúdo de um processo arbitral difere do de um processo judicial e isso tem impactos na organização de cada um deles.

Como método adjudicado de solução de conflitos diverso do processo judicial, a arbitragem, no Brasil, foi revigorada com a Lei 9.307, de 1996, que autorizou a sua utilização para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.²⁵³ Antes

²⁵⁰ “Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31-32).

²⁵¹ A parte não deve ser *forçadamente estimulada* a participar de sessões de conciliação ou mediação, como induz a letra do artigo 334 do Código de Processo Civil (audiência inicial). Chega-se a imputar à parte que não comparece à audiência a prática de ato atentatório à dignidade da justiça, mesmo tendo expressamente consignado que não pretende conciliar ou mediar, se a outra parte não fizer o mesmo. Trata-se de uma clara agressão à individualidade e à liberdade das partes. Tem-se criado um nocivo ambiente de que a parte que reluta conciliar e opta por fazer valer seus direitos presta um desserviço para a sociedade, o que é significativamente preocupante num Estado de Direito. Viabilizar um método alternativo de solução de conflitos não é o mesmo que impor a sua adoção.

²⁵² Ver, no item 5.8.5, a relação da organização processual com a produção antecipada da prova.

²⁵³ No entanto, foi a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no final de 2001, do processo de homologação de sentença estrangeira SE 5.206, que declarou a constitucionalidade da Lei 9.307, que a arbitragem passou a ter uma maior adesão no Brasil. Fábio Peixinho Gomes Corrêa esclarece que, “[a] partir do referido julgamento [que culminou com a declaração de constitucionalidade da lei de arbitragem], a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF) só é considerada violada quando a convenção arbitral ‘afaste a apreciação judicial de um número indeterminado de casos e impeça qualquer forma de prestação judicial’. Não se coloca mais em dúvida, portanto, que a arbitragem é uma forma de exercício de jurisdição, ampliando-se o conceito de jurisdição para nele também incluir os mecanismos não estatais de solução de controvérsias”. (*Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 270).

disso existiam muitos entraves para sua adoção, como a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz,²⁵⁴ de modo que ela não era, na prática, utilizada.

Na arbitragem, além de as partes terem uma liberdade bem maior de organização geral do processo, inclusive quanto à possibilidade de produção da prova e até mesmo de julgamento por equidade, as principais Câmaras têm estruturas capazes de comportar a atuação em conflitos altamente complexos e dispõem de regras aptas a geri-los.

Ainda que a arbitragem tenha suas inquestionáveis qualidades, fato é que seu campo de atuação é mais restrito e seu custo significativamente superior ao do processo judicial, o que dificulta a sua utilização para solução da grande maioria dos conflitos.

Talvez se deva mesmo reconhecer que a arbitragem seja preferencialmente destinada à solução de conflitos específicos, de tal sorte que seria um erro pensar que ela pudesse ser a saída para os problemas que afligem o Poder Judiciário no que diz respeito à quantidade de processos em curso.

Já na mediação e na conciliação, a solução dos conflitos se dá de modo não adjudicado. É digna de nota a atenção que se passou a reservar a esses métodos de solução de conflitos, algumas vezes de modo exagerado e negativo, como a audiência inicial do artigo 334 do Código de Processo Civil,²⁵⁵ ao menos na configuração atual dela.

Além de diversas menções ao longo de todo o seu texto, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou toda uma seção,²⁵⁶ com 16 artigos (artigos 165 a 175), para tratar do assunto. Concebeu a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSC), indicou os princípios que regem a mediação e a conciliação,²⁵⁷ estabeleceu requisitos para a atuação de mediadores e conciliadores, deixou expressa a possibilidade de serem criadas câmaras privadas, além de ter estabelecido a necessidade de ser designada a audiência inicial quando as ambas as partes não a recusarem.

Esses mecanismos também são regulados pela Lei 13.140, de 2015 (Lei de Mediação), e pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que com o Código de

²⁵⁴ Artigo 1.045 do Código Civil de 1916.

²⁵⁵ ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 129.

²⁵⁶ Seção V do Capítulo III do Título IV do Livro III da Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015.

²⁵⁷ Os § 2º e 3º do artigo 165 do Código de Processo Civil recomendam que a conciliação seja adotada para casos em que inexistisse vínculo anterior entre as partes e a mediação para os que houvesse esse vínculo prévio.

Processo Civil de 2015 constituem o que se convencionou serem “os marcos regulatórios que regem a aplicação dos métodos consensuais no Brasil”.^{258 259}

São louváveis os estímulos à utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, mas essa opção tem de ser prioritariamente das partes, que devem exercer de modo absoluto todos os atributos concernentes às suas liberdades, sem que sofram represália por escolherem resolver seus conflitos de outra forma ou se sintam coagidas a transacionar.

Estabelecida essa premissa, o estímulo à conciliação ou à mediação deveria vir antes de a parte já ter investido seus recursos e de já ter provocado o Poder Judiciário e movimentado a máquina estatal, pois isso evitaria dispêndio de recursos significativos das partes e do Estado.²⁶⁰ Depois de o demandante ter contratado advogado, ter traçado a estratégia processual, ter sido elaborada a petição inicial, terem sido recolhidas as custas iniciais, não se pode afirmar que o entusiasmo para que sejam realizadas a conciliação ou a mediação continue o mesmo, isso se antes ele existia.

Para, de algum modo, prover a mediação e a conciliação de alguns incentivos, poder-se-ia conceber que o demandante interessado em conciliar ou mediar não precisasse apresentar, ao menos inicialmente, uma petição inicial, mas um resumo das alegações, que sequer o vincularia, e não recolher as custas iniciais ou as recolher em valor mais singelo. Se o demandado se interessasse, as sessões continuariam. Se o demandado não se interessasse ou se o resultado das sessões não fosse positivo, aí sim o demandante apresentaria todos os seus argumentos, de modo detalhado, e recolheria a diferença das custas, para que então fosse aberta a oportunidade de resposta ao demandado.

Ademais, a possibilidade de se valer de ferramentas de comunicação digital, tão poderosas e disseminadas atualmente, como admite o artigo 46 da Lei de Mediação (ODR), permite superar diversos obstáculos para que se possa colocar em prática a conciliação ou mediação, inclusive superando a deficiência de capilaridade que alguns órgãos têm em determinadas regiões do País.

Nos dias em que essa dissertação era desenvolvida, o mundo havia sido acometido pela pandemia de Sars-Cov-2. A comunicação digital foi determinante para que

²⁵⁸ GEVARTOSKY, Hannah. A realização de audiência de medição/conciliação *initio litis* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 260/2016, pp. 415-437, outubro/2016.

²⁵⁹ Para uma objetiva análise de eventuais conflitos entre essas leis, ver GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação nos processos civis brasileiro e italiano. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 287/2019, pp. 509-530, janeiro/2019.

²⁶⁰ Interessante, para a compreensão do assunto, uma avaliação da situação sob a perspectiva da análise econômica do processo. Para uma análise do assunto, ver WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: RT, 2019, pp. 82-93.

o colapso não se instalasse por completo e não houvesse a paralisação sistêmica do mercado e das relações sociais, tornando a situação ainda mais difícil do que foi, o que revela o quão potente é essa ferramenta e o quão profícua seria a sua utilização na solução dos conflitos.

De todo modo, concebida a ideia de saneamento e de organização do processo em sentido mais amplo, é possível antever nesses métodos alternativos – adequados – de solução de conflitos um caminho a ser adotado pelos interessados para gerenciar o modo como a disputa será solucionada.

3. ASPECTOS GERAIS DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

3.1. A importância do saneamento e da organização do processo

Ao aludir-se ao saneamento do processo, logo vem à mente a ideia de extirpar máculas que aflijam o processo,²⁶¹ que em algumas situações podem levar à sua resolução prematura e indesejada.

Mas a ideia de saneamento não pode ficar restrita às hipóteses em que haja a reparação de vício ou o preenchimento tardio de algum requisito então ausente. Deve-se compreender o saneamento como um fenômeno mais amplo, como a reflexão pela qual o juiz avalia se estão presentes os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, se há algum vício a ser sanado ou alguma questão processual a ser solucionada. Ou seja, o saneamento é o momento no qual o juiz pondera sobre a existência de questões processuais a serem solucionadas e a presença dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito.²⁶²

Dessa reflexão, o juiz pode chegar a três resultados: (a) os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito estão presentes e não há irregularidades ou questões processuais que impeçam a continuidade do processo, (b) falta algum desses requisitos, há algum vício ou questão processual que não admite reparo,²⁶³ (c) falta algum requisito, há algum vício ou questão processual a ser resolvida e eles permitem solução.²⁶⁴

²⁶¹ “A rigor, *saneamento* é a atividade destinada a sanear. Saneia-se o que não é são. Tomado o vocábulo assim em seu sentido semântico comum, o *saneamento do processo* consistiria nas providências preliminares com que o juiz providencia ou manda que as partes providenciem a regularização de atos ou da representação processual, exibição de documentos *etc.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 632-633).

²⁶² “Na doutrina do processo civil brasileiro, contudo, bem como no linguajar forense de todo dia, a locução *saneamento do processo* é ordinariamente empregada para designar o ato com que o juiz o *declara* regular e portanto em condições de prosseguir. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 633).

²⁶³ Ainda que o juiz possa entender, em seu íntimo e numa primeira perspectiva, que o vício seja insanável, não está dispensado de proporcionar o contraditório, até porque ele pode ser dissuadido de sua compreensão inicial, seja no sentido de inexistir vício algum seja no de ser ele sanável.

²⁶⁴ A essa conclusão já havia chegado Galeno Lacerda: “Decidindo sobre questões prévias no despacho saneador, o juiz poderá: 1º) por termo ao processo ou à ação; 2º) ordenar diligências para suprir nulidades ou irregularidades; 3º) declarar o processo isento de vícios. No primeiro caso evita-se o prosseguimento da instrução inútil, tendo em vista a solução, desfavorável ao autor, da questão prejudicial. (...). No segundo, procura-se sanar vício de forma, de modo a permitir-se a instrução e o julgamento do mérito. (...). No terceiro, declara-se o processo apto para a instrução e a sentença”. (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 8-9).

Em regra, quando a correção da irregularidade cabe ao demandante e ele não a sana, o processo acaba sendo julgado sem resolução do mérito;²⁶⁵ se a correção cabe ao demandado, o processo segue seu curso e as chances de os pedidos serem julgados procedentes tendem a aumentar.²⁶⁶

É preciso dizer que nem toda irregularidade não sanada leva ao julgamento sem resolução do mérito, e para identificar isso basta pensar no recolhimento insuficiente do preparo não complementado, que leva ao não conhecimento do recurso, mantidos a sentença ou o acórdão. A despeito disso, para os fins desse trabalho, a perspectiva que mais se aproveitará do saneamento será aquela que leva ao julgamento do processo sem solução do mérito ou que possa implicar um processo inviável.

A compreensão restrita do fenômeno relativo ao saneamento levaria à conclusão de que ele só existiria de fato na hipótese em que faltasse algum requisito de admissibilidade do julgamento do mérito que pudesse ser solucionado. Isso porque só haveria mesmo saneamento nessas hipóteses. Nas demais, não haveria propriamente saneamento, quer porque ele não seria necessário, já que nada haveria para ser saneado, quer porque ele não seria possível, já que o mal seria insuperável ou não foi superado por omissão da parte.

Essa não parece ser a melhor percepção do que venha a ser o saneamento, que acontece toda vez que o juiz passa a refletir sobre potenciais irregularidades ou questões processuais, ainda que nada detecte ou, se detectar, as solucionar. Assim, sem dúvida que a melhor avaliação para o que seja o saneamento foi dada por Galeno Lacerda, para quem “o qualificativo prende-se antes à atividade do juiz que a seus efeitos”.²⁶⁷

A noção de saneamento está conectada à de celeridade e economia processuais. O saneamento é imprescindível para que não se corra o risco de ter curso um processo

²⁶⁵ O abandono do processo, pelo demandante, só o leva à extinção sem resolução do mérito se assim o requerer o demandado, conforme artigo 485, §6º, do Código de Processo Civil.

²⁶⁶ Ver artigo 76, §1º, II, do Código de Processo Civil. A despeito de a redação do artigo 76, §1º, I, do Código de Processo Civil consignar que “o processo será extinto” na hipótese de irregularidade não sanada da representação do demandante, deve-se conceber que nem sempre essa será a solução adequada; basta, para tanto, pensar a situação na qual detecta-se uma irregularidade na representação do demandante que se originou no curso do processo; nesse caso, deve ser assegurado ao demandado o direito de obter sentença de mérito. Nesse sentido, embora admita apenas *de lege ferenda*, ver BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 157. Se a irregularidade surgir depois de já prolatada a sentença, nem há como se falar em extinção do processo.

²⁶⁷ *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 12. Em sentido contrário, Liebman: “Indo além, devemos dizer que despacho saneador, no rigor da palavra, é só aquele que, declarando saneado o processo, providencia seu regular prosseguimento. (...). Se o juiz, além de sanear o processo, julgar na mesma decisão sobre a procedência do pedido, haverá uma sentença definitiva; e se, ao contrário, houver decisão no sentido de não poder o processo ser saneado por motivo de uma nulidade insanável ou da falta dos requisitos estabelecidos pela lei, teremos uma decisão terminativa do processo sem resolução do mérito”. (O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753).

inadequado, o que justifica a reflexão sobre temas a ele relacionados desde o primeiro contato do juiz com o processo.²⁶⁸

Por isso que foi tão aclamada, à época, a previsão do despacho saneador no Código de Processo Civil de 1939,²⁶⁹ pois reservou-se um momento prévio e específico para que o juiz, de ofício e com significativa extensão, se dedicasse à percepção de temas relativos à admissibilidade do julgamento do mérito antes da designação da audiência de instrução e julgamento. Isso porque, se superado o juízo liminar da petição inicial, esses temas seriam avaliados apenas ao final, depois de percorrido todo o trâmite processual e já com muito tempo e energia consumidos. Trata-se de uma característica sadia do publicismo processual.

Todos os sujeitos processuais têm interesse na sanidade do processo. Ao propor a demanda e realizar o primeiro movimento para conformação do processo, não deve haver dúvidas que o demandante pretenda obter uma sentença de mérito sadia. Apesar de, na prática e em certa medida, não ser de todo desinteressante ao demandado que haja a extinção do processo sem a solução do mérito, não se pode negar que muito mais proveitoso lhe será o julgamento pela improcedência dos pedidos.²⁷⁰ Equidistante das partes e atento a um processo civil de resultados,²⁷¹ sem dúvida alguma também o juiz preza para que irregularidades sejam logo detectadas e, se possível, sanadas.

²⁶⁸ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 294-296.

²⁶⁹ Ao tratar do despacho saneador, assim posiciona-se Galeno Lacerda: “O despacho saneador é dos marcos mais avançados dessa aspiração. Colocado logo após a fase postulatória, no processo jurisdicional de conhecimento, por meio dele decide o juiz questões relativas à legitimidade da relação processual. Dessa forma, pode ordenar o suprimento oportuno de vícios sanáveis, e extinguir, no nascedouro, processos de constituição maculada por defeito irremediável, ou não sanado. Exame oficial, prévio e compulsório, do instrumento de prestação da atividade judiciária, tal como se configura após a litiscontestação e antes da audiência para instrução do mérito, desnecessário será ressaltar-lhe a importância excepcional, como manifestação do princípio da economia. Graças a êle, deixam de realizar-se atos e despesas inúteis pela decisão da questão prejudicial. Impede-se que processo inviável transponha os umbrais da audiência. Ordena-se o suprimento oportuno de vícios sanáveis, para que não contaminem os atos posteriores, libertos, assim, de repetições ou ratificações onerosas. Poupa-se tempo, evitam-se desperdícios”. (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 6).

²⁷⁰ A ideia de que até mesmo o demandado está interessado na sentença de mérito calca-se na segurança jurídica. A resolução do processo sem exame do mérito não soluciona o litígio e, corrigido o vício, autoriza que seja proposta uma nova demanda e iniciado um novo processo (exceção às sentenças que, mesmo sem resolver o mérito, impedem a propositura de nova demanda e podem ser objeto de ação rescisória, a teor do artigo 966, §2º, I, do Código de Processo Civil). Por isso, o demandado tem interesse em que os pedidos sejam julgados improcedentes.

²⁷¹ Assim registra Cândido Rangel Dinamarco: “[d]iferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do *processo civil de resultados*. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ele dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. (...). O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da *ação* não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que

Esse desígnio, de alguma forma, está sintetizado no artigo 4º do Código de Processo Civil, que assegura às partes “o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”,²⁷² e no artigo 6º do Código de Processo Civil, que faz menção à atuação cooperativa para se obter decisão de mérito justa e efetiva. Em termos simples, concebe-se o processo para que o mérito seja resolvido, e não para que seja prematuramente finalizado ou que prossiga com alguma irregularidade.

Mas o legislador não prega o julgamento do mérito a todo e qualquer custo, sem que antes estejam preenchidos todos os requisitos para tanto.²⁷³ O que ele consigna é que todos os sujeitos processuais devem contribuir, cada um à sua maneira e observadas as suas funções, para que, à medida do possível, a sentença proferida seja de mérito.

Isso não significa que uma sentença que não seja de mérito não tenha de ser proferida com presteza, e muito menos que as partes não tenham de atuar para que, se de fato identificar-se um vício insanável, o processo seja logo resolvido, evitando-se desgaste ainda maior de tempo e de recursos.

Não é razoável e útil que um processo inadequado prossiga,²⁷⁴ e muito menos que receba uma sentença de mérito, que futuramente poderá ser desconstituída. É no processo em que a solução do mérito se revela impossível por ausência de requisitos ou vícios que não possam ser ultrapassados que a sentença deve ser proferida com agilidade para que ele não se prolongue.

Se o saneamento é relevante, assim também o é a organização do processo.

Essa organização não é apenas útil quando se vislumbra a necessidade da produção de mais alguma prova que não as que vieram com a petição inicial e a contestação/resposta. Até mesmo quando o processo dá sinais de que terá de ser encerrado

dele se esperam”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 198-199).

²⁷² “Ao estampar no art. 4º que ‘As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa’, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) alçou ao patamar de norma processual fundamental o princípio da primazia do julgamento de mérito, consagrando, assim, um dever às partes e ao juiz de envidar esforços no sentido de, sempre que possível, se chegar à análise meritória, seja na fase de conhecimento, seja em grau recursal”. (JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 298/2019, pp. 77-104, dezembro/2019).

²⁷³ Não se tratará das críticas ou dos acertos do dogma da apreciação prévia dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito. Para tanto, ver TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 63/1991, pp. 64-87, julho-setembro/1991; BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil - Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012.

²⁷⁴ “(...), se a extinção do processo sem julgamento do mérito for inevitável, quanto antes ela ocorrer, menor será o dano”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 201).

prematuramente e sem resolução do mérito é necessário que se verifique se há a necessidade de alguma organização, ainda mais se dessa organização puder se evitar esse encerramento precoce.

Engana-se quem pensa que a organização do processo esteja substancialmente vinculada à figura do juiz, pois todos aqueles que de algum modo participam do processo, como partes, servidores, perito, juiz, são responsáveis por ela e têm de conferir sua parcela de contribuição.²⁷⁵

O primeiro a contribuir com a organização do processo é o demandante. Uma petição inicial clara, concisa e objetiva, capaz de proporcionar aos leitores fácil compreensão do que se pretende (pedidos) e do porquê se pretende (causas de pedir) é essencial para que o processo siga seu curso de modo correto e sem desgaste desnecessário de energia, pois será mais fácil compreender a pretensão deduzida e saber, no futuro, quais as provas que serão relevantes para solução da disputa.²⁷⁶

A mesma postura deve ser observada pelo demandado, que deve evitar preliminares protelatórias, não deve tergiversar sobre questões que não interessam à solução da crise de direito material que foi instalada e não deve provocar incidentes infundados, atendo-se ao que de fato é importante na defesa de seus interesses.

Os peritos, por sua vez, devem produzir laudos esclarecedores e com linguagem a mais próxima possível à popular, deixando de lado, o quanto puderem, tecnicismos desnecessários que tornem incompreensíveis os trabalhos por eles elaborados. Não podem se esquecer que foram convocados para atuar no processo porque os sujeitos que lá se encontram – sobretudo o juiz - não dominam a técnica por ele compreendida, por isso a didática é muito importante.

Os servidores devem ser ágeis e prestativos, pois responsáveis pela materialização no mundo dos fatos de muitas determinações proferidas pelo juiz, o que lhes traz responsabilidade pela marcha expedita do processo.

O juiz, a seu turno, para a adequada organização do processo, além de claro em suas decisões,²⁷⁷ deve impulsionar o processo com destreza, ter seriedade na condução dele,

²⁷⁵ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 294-304.

²⁷⁶ Sobre objetividade, concisão e brevidade dos atos das partes e do juiz, ver CAPPONI, Bruno. Sulla ragionevole brevità defli atti processual civili. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, vol. 68, n. 3, 2014, pp. 1075-1091.

²⁷⁷ Ao tratar da responsabilidade do juiz pela motivação, pondera José Carlos Baptista Puoli que, “colocadas as decisões em linguagem simples e acessível à generalidade dos jurisdicionados, se poderá alcançar maior grau de legitimação para a atuação dos juizes, (...)”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 216).

conferindo oportunidade para que as partes influam no seu convencimento, levando os argumentos delas em consideração e deixando-as exercer suas liberdades, mas tolhendo qualquer propósito de tumulto e cuidando para que seja proferida uma sentença de qualidade.

No entanto, a organização do processo à qual se aterá o trabalho com mais profundidade é mais específica que essa.

Quando se faz menção à organização do processo nessa dissertação, a concepção que se deve ter é a de que é necessário apurar claramente a pretensão deduzida pelo demandante, identificar as razões fáticas e jurídicas das quais ele se vale para buscar o bem da vida, apurar as alegações apresentadas pelo demandado em sua defesa, atentar-se à existência de questão que não foi colocada mas que deva ser conhecida de ofício, considerar as qualificações jurídicas relevantes, avaliar se as provas já produzidas são suficientes para solução do litígio e, se não forem, quais outras serão relevantes e quem tem o ônus de produzi-las.

Para que tudo isso seja possível, de nada vale a condução unilateral e restrita do processo pelo juiz, como se ele fosse capaz de identificar, sozinho, todos os pontos necessários para a adequada conformação do processo²⁷⁸ e de decidir se as provas já produzidas são suficientes ou não para solução do litígio, restringindo a liberdade das partes. É verdade que o quão mais claras, concisas e objetivas forem as partes em suas manifestações, maior será a facilidade do juiz nesse seu desiderato; mesmo assim isso não significa que ele deva arvorar-se solitário nesse trabalho, e nem poderia fazê-lo, inclusive por conta das limitações que por ele devem ser observadas ao atuar.

Nem sempre o juiz organiza adequadamente o processo e, comumente, lança às partes a incumbência de especificarem as provas que pretendem produzir,²⁷⁹ sem solucionar

²⁷⁸ Há 25 anos, ao comentar a alteração legislativa (Lei 8.952, de 13.12.1994, que passou a prever a audiência preliminar (artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973), assim ponderou Cândido Rangel Dinamarco: “Sanear o processo e delimitar a instrução mediante fixação de seu objeto (pontos controvertidos) e dos meios probatórios a empregar constituem a atividade inquisitorial já antes notoriamente existente no Brasil, na tradição do despacho saneador. As novidades consistem na audiência em si mesma, suprimido o saneamento mediante pronunciamento escrito nos autos; e na inclusão da *conciliação* como ato necessário nessa fase processual. (...). Com esse perfil, a audiência preliminar é, de um lado, manifestação modernizada do tradicional despacho saneador luso-brasileiro; de outro, instrumento moderno destinado a promover o diálogo entre juiz e partes, *vis a vis*, na tentativa de eliminação autocompositiva dos conflitos”. (*A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do agravo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 114-115). Como se deduzirá ao longo do trabalho, não se chega ao ponto de estabelecer a imprescindibilidade de o saneamento e a organização do processo serem realizados em audiência, mas não há dúvidas de que devem contar com a participação das partes.

²⁷⁹ Não é de todo adequado meramente conceder às partes a oportunidade de especificarem as provas. Trata-se de uma pseudoparticipação, que as lança num ambiente processual ainda não saneado e, de certo modo, indefinido, sem delimitação das questões fáticas e de direito que são determinantes para solução da disputa, restringindo até mesmo a liberdade que elas podem exercer.

eventuais vícios ou questões processuais ainda pendentes e, sobretudo, sem delimitar as questões de fato em relação às quais a atividade probatória deva recair.²⁸⁰

Se o juiz, eventualmente, determinar às partes que especifiquem as provas antes de tomar tais providências, deve ato contínuo voltar a elas. Portanto, assim que as partes especificarem as provas, além de resolver as questões processuais pendentes, ele deve delimitar as questões de fato e de direito, indicar se julga relevante algum meio de prova não especificado, tratar da distribuição da produção das provas e voltar a conferir às partes a oportunidade de tratarem dos temas por ele enfrentados.²⁸¹ O que não pode acontecer é o juiz se restringir ao “especifiquem as partes as provas que desejam produzir”.

Muitas vezes, o mal é ainda maior, pois simplesmente não há organização alguma, pelo que, não raramente, acaba-se por julgar *antecipadamente* o mérito quando ainda deveriam ser produzidas outras provas ou por produzir provas irrelevantes ou supérfluas para solução do litígio.

²⁸⁰ Trata-se, talvez, de um ranço cultural enraizado pelas disposições do Código de Processo Civil de 1939, que só foram mesmo melhoradas com a Lei 8.952, de 13.12.1994, já na vigência do Código de Processo Civil de 1973, mas que ainda não se eliminou. Pelo que dispunha o artigo 269 do Código de Processo Civil de 1939, o juiz “fixaria” o “objeto da demanda” e os pontos de divergência depois da instrução, pouco antes de proferir a sentença. Pelo Código de Processo Civil de 1973, até as alterações no artigo 331, a fixação dos pontos controvertidos era realizada na audiência de instrução, depois de ouvidas as partes, a teor do artigo 451. Nota-se, claramente, que até as alterações da Lei 8.952, de 13.12.1994 o juiz só fixaria os pontos controvertidos na audiência de instrução, o que não fazia muito sentido, já que antes disso havia a definição de toda a atividade probatória.

²⁸¹ Isso por ser realizado por pedido de esclarecimento ou ajuste ou por embargos de declaração, conforme item 5.11.

Organizar o processo implica refletir sobre a delimitação com precisão de toda a matéria de cognição do juiz,^{282 283} sobre se será relevante a produção de mais alguma prova além das que já foram produzidas e distribuir o ônus sobre a produção dela, estabelecendo uma espécie de roteiro a ser seguido e que será útil para a prolação de uma sentença adequada.²⁸⁴ Por isso que, em última análise, mesmo quando há julgamento *antecipado* do mérito, é possível dizer que houve organização, pois o juiz adotará as providências preliminares que lhe cabem e terá de se debruçar sobre diversas questões para chegar à conclusão de que não há a necessidade de se produzir outras provas, e seria adequado que assim fizesse com a participação das partes.

²⁸² Pode vir à tona, agora, o que se entende por objeto do processo, objeto litigioso do processo e objeto de cognição do juiz. Para os fins desse trabalho, adotar-se-á como objeto do processo o mérito e, por conseguinte, a pretensão (ou o pedido). Por maior que seja a importância da(s) causa(s) de pedir, já que delimitam e individualizam o pedido, ela(s) não se confunde(m) com o mérito. Do mesmo modo, não se confunde com o objeto do processo o objeto de conhecimento do juiz, que diz respeito ao mérito, às questões de mérito, aos fundamentos fáticos e jurídicos, às questões de admissibilidade do julgamento do mérito. Para tanto, ver LIEBMAN, Enrico Tullio. O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753, setembro/1999; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 207-218; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 34/1984, pp. 20-46, abril-junho/1984; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 153-155. Para Ricardo de Barros Leonel, a pretensão de natureza processual é o objeto litigioso do processo, conforme. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 99-105. Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, “[c]umpre desde logo distinguir a noção mais restrita de objeto litigioso (*mérito* ou *lide*) do conceito amplo de objeto do processo ou objeto de cognição do juiz. (...), enquanto o objeto da cognição do juiz abrange também essas questões ligadas ao juízo de admissibilidade do processo e ‘da ação’ (pressupostos processuais e as chamadas condições da ação, respectivamente), o objeto litigioso cinge-se à situação substancial discutida”; para o autor “a causa de pedir (...) é determinante para a correta fixação do objeto litigioso, sendo insuficiente a análise que recai apenas sobre o pedido (demanda) formulado pelo autor”. (*Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 47).

²⁸³ Sobre a necessidade de estabelecer o objeto de cognição do juiz ao se organizar o processo, ver GRECO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JU_LGADA. Acesso em 10.1.2020.

²⁸⁴ A ideia da decisão sobre o saneamento e a organização do processo como um roteiro foi identificada por Gustavo Gonçalves Gomes: “A cooperação entre as partes e o juiz deve ser realizada desde o início do processo, de modo a ser bem delineada a lide. Assim, no momento da prolação da decisão saneadora, que representará um roteiro de organização e de julgamento do processo ao qual o magistrado está vinculado, permitir-se-á a fixação dos pontos controvertidos – por meio da delimitação das questões de fato e de direito relevantes ao julgamento da causa – e o deferimento das provas necessárias para a busca da verdade real, a partir da adequada imputação do ônus probatório entre os sujeitos do processo” (*O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 37-38).

3.2. O saneamento e a organização do processo como fenômenos interdependentes

Não se deve compreender o saneamento e a organização do processo como diligências estanques e que não se encontram. Como se inter-relacionam, não devem ser tidos e estudados como fenômenos inteiramente autônomos, ainda que distintos. A diferença que existe entre eles não significa que sejam herméticos entre si, muito pelo contrário.²⁸⁵

O próprio saneamento do processo, com a eliminação de vícios e a solução de questões processuais, acaba, de certo modo, por facilitar a sua organização, já que contribui para a identificação das questões de fato e de direito relevantes, permitindo, se necessário, o exercício da atividade probatória, do mesmo modo que um processo bem organizado contribui para uma mais fácil identificação de irregularidades.

Ao decretar uma incompetência e remeter o processo ao juízo competente, ao definir sobre uma alegação de conexão, além de saneá-lo, o juiz prepara o processo para que se possa identificar com mais precisão o núcleo da disputa e sejam tomadas as providências necessárias à eventual atividade probatória. Ao indeferir a denunciação da lide, o juiz, em última análise, evita a extensão subjetiva e objetiva do processo, com repercussão direta sobre a delimitação das questões de fato, sobre a atividade probatória e sobre as questões de direito; ao definir sobre a reunião de processos, o juiz pode evitar a produção repetida de provas e o conflito, ainda que meramente lógico, de decisões.

Por outro lado, será muito mais eficaz a identificação de algum vício ou irregularidade que impeça o julgamento do mérito ou a solução de alguma questão processual se as alegações estiverem mais bem assimiladas, pois se terá mais clareza quanto aos contornos do litígio. Com essa afirmação não se pretende inverter a ordem natural das coisas, mas sim considerar que a organização do processo pode revelar máculas aparentemente ocultas ou, até mesmo, auxiliar na solução de questões processuais.²⁸⁶

²⁸⁵ A própria noção, muito bem colocada por Cândido Rangel Dinamarco, de que a relação jurídica processual é um sistema de vínculos explica essa inter-relação entre o saneamento e a organização do processo, tanto que, em suas palavras, “[n]o processo o cumprimento de um ato extingue uma *situação jurídica* mas de imediato cria outra, que por sua vez conduz a um novo ato, e o novo ato gera nova situação jurídica – e assim sucessivamente, até que o processo seja extinto e a tutela jurisdicional concedida a uma das partes, mediante o *último* dos atos do procedimento, sem nada mais haver a providenciar ou a decidir nesse processo ou fase”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 230).

²⁸⁶ Um exemplo pode ilustrar: para demandar judicialmente seus administradores por responsabilidade civil, a sociedade anônima deve deliberar em assembleia geral; para se apurar se a ausência de autorização deve levar à extinção do processo sem resolução do mérito é preciso identificar a natureza da pretensão deduzida pela sociedade anônima e as razões por ela apresentadas, para se verificar se se encaixam no artigo 159 da Lei 6.404/1976, o que será muito mais profícuo se bem delimitadas as questões fáticas.

Isso significa que o juiz, ao tomar providências relativas ao saneamento do processo, de certo modo o está organizando; assim como que, bem organizado o processo, será mais fácil identificar eventual vício que ainda não tenha sido percebido ou que não pudesse ser solucionado, para que possa ser sanado, se possível for.

3.3. O saneamento e a organização do processo vistos sob a perspectiva de ato complexo

Para que se possa avaliar se o saneamento e a organização do processo se caracterizam como ato processual complexo é primeiro necessário delinear, ao menos para os fins desse trabalho, o que se concebe por ato processual complexo.

A noção de ato complexo é equívoca.²⁸⁷ A complexidade de determinado ato processual pode ser compreendida sob diversas perspectivas, (a) como aquela que caracteriza como complexo o ato que necessite de reflexão mais profunda para ser praticado, (b) como aquela em que o ato complexo, na verdade, se traduz pela reunião de outros atos ou providências, de sujeitos distintos, até que se chegue ao resultado final, ou até mesmo (c) como aquela em que a realização do ato se prolonga no tempo, de modo que se inicia em determinado momento e se delonga por um determinado período, podendo enfrentar diversos assuntos.

Na primeira hipótese, a complexidade repousa em alguma dificuldade do caso concreto que exija meditação mais apurada. Na segunda hipótese, a complexidade estaria atrelada à pluralidade de providências ou de atos necessários provenientes dos sujeitos interessados e distintos até que se chegue ao resultado pretendido.²⁸⁸ Na terceira hipótese, a complexidade estaria relacionada a uma espécie de revisitação frequente dos temas, não para

²⁸⁷ “complexo (ks) *adj* 1. Que pode ser considerado sob diferentes aspetos: *questão complexa*. 2. Que é composto de duas ou mais unidades ou elementos: *sistema complexo*. 3. Caracterizado por uma organização sofisticada de suas partes: *maquinaria complexa*. 4. Intricado; complicado; difícil de entender: *padrões de renda complexos*; *assunto complexo*; *personalidade complexa*; *mensagem complexa*. (...)” (SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 482).

²⁸⁸ O Direito Administrativo é uma fonte interessante de elementos para compreensão do ato complexo sob essa perspectiva. Lá, existe algum consenso na compreensão de que o ato complexo é aquele que surge da comunhão de vontades de mais de um órgão administrativo até que se obtenha o resultado que é o ato complexo, que não se confunde com o procedimento administrativo. O ato complexo não se confunde com o ato composto, que surge de uma providência de um único órgão, mas depende de uma espécie de homologação ou verificação de outro. Para melhor compreensão, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. edição, atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 196-197; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. edição. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 224-225; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013, pp. 420-421.

que questões já decididas sejam obrigatoriamente reavaliadas, mas sim para que as questões que surjam sejam resolvidas.

Nem sempre o saneamento e a organização do processo exigem densa reflexão e profundo estudo sobre determinada matéria que os caracterizem como ato complexo sob a perspectiva intelectual. Basta pensar em hipóteses em que a ausência de pressuposto processual²⁸⁹ seja perceptível *primo ictu oculi*, ou que os fatos digam respeito a temas muito singelos e corriqueiros, como um despejo pelo não pagamento do aluguel. Nesses casos, não é possível dizer que exista alguma complexidade²⁹⁰ no saneamento e na organização do processo, embora eles devam ser realizados normalmente.

Mas sanear e organizar o processo pode, em determinadas situações, exigir uma atividade bem mais densa e reflexiva do que essa de identificar uma simples ausência de pressuposto processual. Na maioria das vezes,²⁹¹ essa complexidade advém da relação jurídica de direito material, como acontece em litígios a respeito de contratos relacionais e/ou coligados, conflitos societários de grandes conglomerados empresariais, casos que envolvam contratos e regras internacionais, disputas sobre interesses difusos e coletivos. Essa é a complexidade a que se refere o artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil ao fazer alusão a “causa apresentar complexidade” e que acaba por impor ao juiz que designe audiência para que o processo seja saneado e organizado. Não há uma regra ou uma fórmula que sejam capazes de identificar, com precisão, os contornos mínimos da causa que a qualifiquem como complexa. É aconselhável que juiz e partes, diante do caso concreto, tratem a respeito da necessidade ou não de ser designada a audiência por se tratar ou não de caso complexo.²⁹²

²⁸⁹ Importante registrar que, nessa dissertação, não serão abordadas questões relativas ao dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais, o que não significa que a ausência deles não deva ser suplantada em circunstâncias muitíssimo especiais. Sobre o assunto, ver TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 63/1991, pp. 64-87, julho-setembro/1991; BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil -Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012.

²⁹⁰ No sentido de complicado, de difícil de entender. ver SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 482.

²⁹¹ É possível que essa complexidade também advenha de questões processuais, de um processo com um número significativo de litisconsortes, com o envolvimento de *terceiros* e com necessidade de produção de diversas provas periciais, ainda que, também aqui, essa complexidade tenha um liame com o direito material.

²⁹² Não sem razão, Cândido Rangel Dinamarco é cético quanto à essa participação das partes e do juiz na designação dessa audiência, já que “[a]o dizer que essa audiência será realizada ‘se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito’”, o Código de Processo Civil deixa inteiramente ao alvedrio do juiz a opção por realizá-la ou não. Augura-se que saibam os magistrados fazer bom uso desse instrumento de diálogo, cooperação, negociação e aderência às realidades dos conflitos, mas desde já não é difícil antever que isso não acontecerá e as audiências de saneamento não se multiplicarão na vivência do processo civil brasileiro, do mesmo modo como não vingou a *audiência preliminar* incluída no art. 331 do Código anterior.

A ideia de o saneamento e a organização do processo se caracterizarem pela reunião de atos ou de providências necessárias, praticados pelas partes e pelo juiz, para que, ao final, se obtenha uma solução relacionada ao assunto, apesar de sedutora em um primeiro momento, não parece ser exatamente a que explica com fidelidade o fenômeno, sobretudo porque a noção de ato complexo, sob essa perspectiva, pressupõe quase que uma equivalência de funções entre os sujeitos e identidade de conteúdo das diligências a eles relativas,²⁹³ o que não acontece no processo, por mais que se atenda ao amplo contraditório e à participação e se respeite a liberdade das partes.

Esse contraditório efetivo e profundo, que estimula uma expressiva participação das partes, não é suficiente para caracterizar um ato processual como complexo sob essa perspectiva. Se essa fosse a ideia de ato complexo, seria possível dizer que quase todo ato se caracterizaria por complexo, pois contou ou deveria contar com a participação das partes e a influência delas para a formação da convicção do juiz.

A participação das partes na audiência de saneamento e organização do processo e até mesmo a faculdade de realizarem pedidos de ajustes e esclarecimentos não são suficientes para caracterizá-los como ato praticado por mais de um sujeito de modo homogêneo e, assim, como ato complexo.

Há quem identifique,²⁹⁴ no pedido de ajuste ou esclarecimento, um mecanismo que torna o saneamento e a organização do processo um ato complexo. Não parece ser bem isso que acontece. O pedido de ajuste ou esclarecimento, embora devesse ter o poder de influenciar o convencimento do juiz, não é necessário e muito menos se caracteriza como condição para a validade ou eficácia da decisão que tratou das matérias relativas ao saneamento e à organização do processo. O ato, ao final, será praticado pelo juiz, mesmo que receba forte influência das partes e sejam considerados todos os argumentos por elas apresentados, ou que não receba influência alguma pela inércia das partes.

Aguardemos”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 655).

²⁹³ “Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 224).

²⁹⁴ Em sentido diverso, assim pondera Carolina Uzeda: “Embora a lei não seja expressa nesse sentido, pode-se observar a manifestação do art. 357 como um primeiro ato de um ato complexo, assemelhado a um projeto de decisão, a ser complementado com os esclarecimentos prestados após o requerimento das partes ou com o decurso de prazo de cinco dias (previsto no §1º)”. (Pedido de Ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 289/2019, pp. 167-188, março/2019).

Aliás, dada a proximidade desse pedido de esclarecimento ou ajuste à figura dos embargos de declaração,²⁹⁵ fazendo um paralelo com a sentença, não seria adequado dizer que a sentença é ato complexo porque as partes tiveram a oportunidade de persuadir o juiz antes de ela ser proferida e, agora, podem dela embargar, mesmo que o juiz, em tese, possa modificar a sua decisão ao julgar esse recurso.

Não bastasse isso, ainda que as partes sejam omissas e optem por não aproveitar as oportunidades que lhe foram conferidas para participar do saneamento e da organização do processo, tem-se que eles ocorrerão normalmente.

Ainda, o fato de tanto o saneamento como a organização do processo levarem em consideração o que foi produzido pelas partes também não é suficiente para caracterizá-los como ato complexo, pois o que mais importa, para esses fins, é o ato em si, e não os elementos de que ele se vale.

Já a delimitação consensual das questões de fato e de direito, homologada pelo juiz, pode, de algum modo, se aproximar dessa noção de complexidade, muito embora ela, a rigor, não se aplique às questões que digam respeito ao saneamento (questões processuais). Assim, delimitadas as questões de fato e de direito pelas partes, homologada essa delimitação pelo juiz, tem-se algo mais próximo ao ato complexo formado pela reunião da vontade dos sujeitos processuais, de modo que não seria de todo inadequado compreender a delimitação consensual como ato complexo sob essa perspectiva.

Noutro giro de ideias, é possível dizer que o saneamento e a organização do processo se caracterizam como ato complexo porque o juiz, ao longo do processo, com a participação das partes, procura eliminar as máculas processuais e prepará-lo para que seja proferida sentença de mérito. Os artigos 139, IX, 321, 352, 357, 932, parágrafo único, 1017, §3º, do Código de Processo Civil bem caracterizam essa complexidade e esse dinamismo, que ficam confirmados pela ocupação constante dos sujeitos do processo de aparelhá-lo e mantê-lo equilibrado para que, ao final, haja a solução do litígio.

Alfredo Buzaid, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, tratou o despacho saneador como, de alguma forma, um ato complexo sob essa perspectiva

²⁹⁵ José Rogério Cruz e Tucci revela sua preferência pela interposição de embargos de declaração: “Ademais, verifica-se ser redundante tal disposição legal (art. 357, §1º), porque sempre possível, contra qualquer ato decisório, de acordo com o art. 1.022 do CPC, a oposição de embargos de declaração. Desde que seja caso de solicitar esclarecimento, será sempre preferível a parte valer-se dos embargos de declaração, que provocam a interrupção do prazo para a interposição do recurso cabível (art. 1.026), a correr o risco da preclusão, se o juiz simplesmente rejeitar o pedido de esclarecimento”. (*Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 307).

dinâmica. O professor paulista considerava que o despacho saneador não era apenas um ato, assim como não era proferido em um único momento, pelo que poderia encerrar mais de um provimento, que reunidos o configuravam.²⁹⁶

Sob esse aspecto, parece mesmo haver algum sentido de ser o saneamento e a organização do processo ato complexo, pois eles vão se formando e se aperfeiçoando ao longo do processo, mesmo que haja divergência entre os sujeitos processuais, até que o caso esteja apto para ser julgado. Ao longo do processo, o juiz pode determinar a correção de inúmeras irregularidades, resolver mais de uma questão processual e organizá-lo em mais de uma oportunidade, para então julgar o mérito.

Por isso, tem-se que o saneamento e a organização do processo configuram ato complexo sob a perspectiva do dinamismo da sua conformação ao longo do processo, e não exatamente porque são formados pela reunião da vontade de diversos sujeitos processuais, a não ser no que toca à delimitação consensual das questões de fato e de direito, cujas características a aproximam desse fenômeno.

3.4. A importância do saneamento e da organização na estrutura processual para o alcance dos escopos da jurisdição

Se a jurisdição tem escopos sociais, políticos e jurídicos²⁹⁷ e o processo coloca-se em posição relevante para atuação deles, o saneamento e a organização do processo devem

²⁹⁶ “Considerado quanto à *forma*, o despacho saneador não é um só, nem é proferido em um único momento do processo. Pode cindir-se em mais de um pronunciamento, sendo que, todos reunidos, lhe formam a unidade jurídica. A análise dos arts. 294, 295 e 296 do Código de Processo Civil mostra que o juiz, para sanear o processo, tem necessidade, não raro, de determinar providências várias, algumas referentes às preliminares e outras para preparar o julgamento do mérito. (...) Em todos esses casos teve *início* o despacho saneador, mas não se *completou*. Após o cumprimento da determinação judicial sobem os autos conclusos, a fim de ser *completado* o despacho saneador. Assim, pois, satisfeitas as providências ou não havendo necessidade delas, o juiz declara *saneado* o processo, designando a audiência de instrução e julgamento (Cód. Proc. Civil, art. 296). Do conjunto desses preceitos legais resulta, pois, que o despacho saneador *não é sempre e necessariamente um ato único*; a sua *unidade formal* compõe-se de distintos atos, emanados do juízo em momentos sucessivos, a fim de atender à função para que foi criado”. (Do despacho saneador. *Estudos de Direito*, I. Saraiva: São Paulo, 1972, pp. 33-34). Outra não é a avaliação de Humberto Theodoro Júnior, conforme Saneamento e organização do processo. Gestão compartilhada do processo justo. Recurso. Não ocorrência de preclusão. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 401-402.

²⁹⁷ “A jurisdição não tem um *escopo*, mas *escopos* (*plural*); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e dos seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito) (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 388).

ser pensados também sob a perspectiva da contribuição que oferecem para que seja possível alcançá-los.

A noção de pacificação social está relacionada à adequada identificação da crise de direito material que foi instalada e à utilização dos melhores mecanismos para solucioná-la,²⁹⁸ com a estabilização das conclusões que forem obtidas.²⁹⁹ Se há o litígio e as partes optam por solucioná-lo pelo processo judicial, esse método deve viabilizar que a solução a que se chegue proporcione pacificação social com a aplicação do direito material ao caso concreto. Afirmar que ao final do processo o vencido sempre se convencerá da inaptidão de suas alegações e ficará persuadido do direito do vencedor parece ir de encontro à realidade. Dificilmente aquele que saiu derrotado se dará por satisfeito e genuinamente se convencerá de que não tinha razão,³⁰⁰ por isso que a concepção de pacificação social a que se alude busca na segurança jurídica o seu elemento determinante, de modo que o conflito não volte a ser discutido e se estabilize.³⁰¹

Assim, um processo adequadamente saneado e organizado, que conte com a participação de todos os sujeitos processuais e deixe as partes bem exercerem suas liberdades, proporcionará uma decisão que no futuro será legitimamente acobertada pela coisa julgada e auxiliará no atendimento ao escopo social da jurisdição.

A seu turno, o elemento político da afirmação da autoridade estatal está estreitamente relacionado à legitimidade da sua atuação, que se adquire com a observância

²⁹⁸ A ideia de pacificação social também deve ser compreendida pela viabilização de instrumentos aptos a eliminar as insatisfações sociais, já que “[i]gnorar as insatisfações pessoais importaria criar clima para possíveis explosões generalizadas de violência e de contaminação do grupo, cuja unidade acabaria por ficar comprometida. Como vem sendo dito, a *litigiosidade contida* é perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social (Kazuo Watanabe) e por isso constitui missão e dever do Estado a eliminação desses estados de insatisfação”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 220).

²⁹⁹ Nesse sentido, ver GOLDSCHMIDT, Roberto. Le funzioni del giudice nel processo civile nel momento storico attuale. *Rivista di Scienze Giuridiche*. Milano: Litteraria Riservata, Anno VII, Fasc. II, giugno/1956, p. 212.

³⁰⁰ Ao tratar dos poderes do juiz e da tentativa de conciliação, assim assinala José Carlos Baptista Puoli: “vale lembra que, por melhor e mais justa que tenha sido a sentença, o ato estatual, no mais das vezes, parecerá, ao menos à parte derrotada, injusto e descabido”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 208).

³⁰¹ “É bastante usual, ainda, a alusão à *segurança jurídica* que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispêndência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza pacífica e é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 196-197).

das regras participativas e libertárias impostas pelo processo civil moderno. A apuração e o expurgo de vícios, a correta identificação da disputa e a especificação das provas para solucionar as controvérsias devem ser realizadas do modo mais profícuo possível, para que as partes possam produzir as provas relevantes e seja solucionada a disputa.

Nessa linha, ganha relevo a observância ao que estabelece a lei, pois os parâmetros por ela apresentados são determinantes para que se alcance os escopos da jurisdição, sobretudo o jurídico, aplicando-se adequadamente a norma, desde que consideradas as fundamentações fáticas e jurídicas apresentadas pelas partes e preservadas as liberdades por elas exercidas. Assim, alcançará o escopo jurídico o caso julgado mesmo que não tenham sido apresentadas todas as fundamentações fáticas e jurídicas possíveis por opção do demandante e todas as defesas dedutíveis, por escolha do demandado.

Não são saudáveis as justificativas de que o saneamento, mas em especial a organização do processo, possam ser atenuados ou relevados em prol da celeridade e efetividade processual.³⁰² Essa atenuação, na maioria dos casos, confunde-se com a transferência exclusiva às partes de uma incumbência que cabe ao juiz, o que nem de longe gera como consequência celeridade e efetividade processual, pois não poucas vezes provas relevantes não são produzidas e provas inúteis o são, o que leva a um dispêndio desnecessário de energia e a uma corrosão do processo.

Portanto, o saneamento do processo e a sua organização são mecanismos substanciais para que a jurisdição atinja seus propósitos, e para tanto as opções do legislador devem ser respeitadas.

³⁰² “*Processo efetivo* é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer tutela jurisdicional. Mas constituiu perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49).

3.5. A forma processual, o processo adequado e efetivo e o saneamento e a organização do processo

Já se viu, em item anterior, que a forma³⁰³ não é em si um mal, pelo contrário, porquanto acaba por revelar a essência da segurança jurídica e da efetividade³⁰⁴ e afiança a ideia que contorna o devido processo legal.³⁰⁵ Haverá dificuldade de o processo alcançar seus objetivos se não observar a forma necessária que lhe é ínsita e útil.³⁰⁶ ³⁰⁷ O que se desabona é a utilização da forma estéril, do formalismo excessivo, da forma pela forma, como se fosse um fim em si mesma.³⁰⁸

O que foi dito agora em nada inova ou difere do que é doutrinado. Também não parece existir tanta controvérsia em se conceber que a não observância da forma ou do modo como o ato processual deva ser praticado não deve sempre maculá-lo, particularmente se for alcançada a sua finalidade (artigo 277 do Código de Processo Civil). No entanto, não é tarefa das mais simples identificar com exatidão quando a forma deixa de ser garantia, deixa de contribuir, e passa a ser nociva à conformação do processo.

Para manter a análise do formalismo nos estritos limites dessa dissertação, deve-se ter a compreensão de que as providências relativas ao saneamento e, sobretudo, à

³⁰³ “O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006).

³⁰⁴ Ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 49-51.

³⁰⁵ Assegurado pelo artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

³⁰⁶ Ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 43-46.

³⁰⁷ “O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006).

³⁰⁸ Nas de Egas Dirceu Moniz de Aragão, “(...), assim como sucede na preparação dos alimentos, ou dos medicamentos, é essencial que a dosagem dos ingredientes corresponda ao fim pretendido, sob pena de este não só não ser alcançado, como o resultado final ser maléfico à saúde do destinatário. Por isso ressaltam os doutores a necessidade de respeitar-se o ‘princípio fundamental da adequação, também chamado da adaptabilidade’, que corresponde precisamente ao cuidado na dosagem, sob pena de tanto a forma quanto o formalismo falharem ao fim a que estão destinados e se convertem em motivo de dano ao processo e a seu objetivo”. (Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 358, novembro-dezembro/2001, pp. 52-53).

organização do processo não são formalidades dispensáveis e que nada acresceriam aos desígnios perseguidos pelo processo.

Como imortalizado por Giuseppe Chiovenda, o processo deve ser capaz de proporcionar a quem tem um direito, na medida do praticamente possível, precisamente aquilo que tem direito a receber,³⁰⁹ isso tudo em tempo razoável, de modo concreto e observado o devido processo legal. Muito embora o processo efetivo esteja relacionado a um processo justo, é preciso destacar que o processo justo corrobora o ideário de que devem ser observadas as formalidades úteis e o procedimento posto para que sejam alcançados todos os seus desideratos.³¹⁰

O processo justo e efetivo só será alcançado se houver segurança jurídica e o devido processo legal for respeitado, por isso as regras de saneamento e organização do processo são tão caras. Sanear e organizar o processo, conservadas as diretrizes estabelecidas pelo legislador, é o caminho a ser seguido, capaz levar ao cumprimento dos escopos da jurisdição, para que se possa entregar a quem tenha direito o bem da vida que persegue.

Um processo adequadamente asseado e bem organizado, com a delimitação das questões de fato e de direito e com a apuração da atividade probatória, proporcionará melhores condições para se chegar a uma definição adequada sobre a disputa.

Ao determinar que o juiz elimine vícios e delimite as questões de fato sobre as quais incidirá a atividade probatória e as questões relevantes de direito e que defina sobre a distribuição do ônus da prova, o legislador claramente concebeu um modo de proceder que resguarda a segurança almejada pelas partes, garante-lhes a conformação correta do processo e permite-lhes exercer as suas liberdades individuais.³¹¹

³⁰⁹ São essas as palavras de Giuseppe Chiovenda: “(...), o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 46).

³¹⁰ Assim esclarece José Carlos Baptista Puoli: “(...), o procedimento (previamente posto) também atua como fator de limitação ao exercício do poder estatal a ser realizado no âmbito da jurisdição, de forma que os poderes-deveres do juiz se vêm condicionados à verificação das etapas e formalidades previstas em lei”. (*Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020).

³¹¹ Assim pondera J.J. Calmon de Passos: “[e]m nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores. Não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macropolítico e macroeconômico. Nem para aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, no nível micro, deve editar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Também aqui, como ali, antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos, agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o

As redações dos artigos 139, IX, 321, 332, 352 e 357 do Código de Processo Civil, por exemplo, não abrem espaço a tergiversações sobre a atividade a ser desempenhada pelo juiz, pois lhe impõem a tomada das diligências necessárias para sanear e organizar o processo, na maioria das vezes estabelecendo momentos específicos para esse fim.

Por exemplo, abala a efetividade processual o não enfrentamento tempestivo das alegações de ilegitimidade de parte³¹² e de incompetência, a não delimitação das questões de fato e de direito e a produção de provas irrelevantes. Não tem cabimento o juiz ter contato com uma petição inicial recheada de irregularidades e percebê-las apenas depois de provocado pelo demandado, que terá de consumir tempo e recursos para revelar situações sobre as quais ele já deveria ter se atentado.

Não parecem válidos – porque não são mesmo – argumentos no sentido de que tais providências não são oportunamente tomadas por excesso de trabalho e, no que especificamente se refere à organização do processo, pela eventual clareza com que se postam alguns litígios a ponto de dispensá-la.

Mas é bom que se diga que as partes também têm sua parcela de responsabilidade nisso e devem cuidar para proporcionar um ambiente adequado para que possam ser observadas as regras estabelecidas pelo legislador. Assim, se o juiz deve estar engajado em tomar as providências necessárias para o saneamento e a organização do processo, as partes, além de viabilizá-las no que lhes cabe, têm de ficar atentas para dele exigir que as providências sejam de fato tomadas. Como interessadas que são, não se pode admitir que as partes fiquem omissas frente uma condução inadequada do processo, que conturbem o ambiente do processo para dificultar as ações do juiz ou que deixem propositalmente passar irregularidades e depois se valham dessa omissão para, em última hipótese, invalidá-lo.³¹³

Especificamente quanto às providências do artigo 357 do Código de Processo Civil, é verdade que em litígios muito simples, que não trazem complexidade, a ausência de uma paralisação no procedimento para delimitação das questões de fato e de direito, com a especificação das provas a serem produzidas e distribuição dos ônus probatórios, pode não

arbitrio dos decisores”. (Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 102/2001, pp. 55-67, abril-junho/2001).

³¹² Exemplo claro de má condução do processo é aquele em que o demandado alega, em contestação (artigos 338 e 339 do Código de Processo Civil), ilegitimidade passiva e indica quem, na sua concepção, seria parte legítima. O demandante não se dá conta dessa alegação, o juiz também não se atenta a isso e o processo prossegue inadequado. Se demandante e juiz não notarem essa alegação, deve o demandado insistir para que ela seja enfrentada o quanto antes, já que por conta dela pode ser alterada a composição subjetiva do processo.

³¹³ Trata-se da chamada “nulidade de algibeira”, pela qual a parte posterga a alegação de uma determinada irregularidade e só passa a dela se valer ao se dar conta de que o resultado do processo lhe foi desfavorável. Ver, no Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp 1455125/SP, AgInt no REsp 1842662/MA, AgInt no AREsp 1561078/SP, entre outros.

se fazer sentir tão ao final, mas isso não significa que essa reflexão não deva existir e ser externada, inclusive para que as partes possam participar, indicar algum ajuste a ser realizado e exercer suas liberdades, até porque a conclusão sobre a inexistência de prejuízo seria proveniente de uma análise retrospectiva, que está longe de ser a ideal.

Não se chega ao extremo de afirmar que a ausência das providências estipuladas pelos incisos II, III e IV artigo 357 do Código de Processo Civil sempre leve à nulidade processual; pode até ser que leve, sobretudo quando não há uma apropriada delimitação fática ou não fiquem claras as alegações a serem provadas e haja deficiência tanto na produção da prova como na distribuição do ônus da produção dela; mas agora não se trata disso, pois o que se pretende ressaltar com a necessidade de se observar essas *formalidades* processuais é que o processo será mais eficaz se elas forem atendidas.

Se esse discurso pode parecer denso e até tedioso quando são enfrentados casos fáceis de serem resolvidos e que a todo momento chegam ao Poder Judiciário, ele faz todo o sentido quando a disputa se afigura de alta complexidade e exige máxima atenção do juiz e das partes.

Seja como for, o que se deve ter em mente e servir de bússola é que a forma processual relacionada ao saneamento e à organização do processo, ao contrário de ser inútil e excessiva, contribui para que o processo seja adequado, justo e efetivo.

3.6. A participação das partes no saneamento e na organização do processo

O processo não nasce para se perpetuar, e sim para percorrer um caminho até que esteja em condições para que o juiz profira sentença. No processo de conhecimento, os esforços ficam concentrados para que ao final seja possível se chegar a uma sentença de mérito.

E nesse influxo de forças para que o juiz, ao final, profira sentença de mérito, são realizados movimentos necessários para sanear e organizar o processo. Dificilmente se concebe que um processo chegue à sentença de mérito sem que ao longo do procedimento o juiz tenha de sanear-lo e organizá-lo. E não se engane em pensar que o saneamento e a organização do processo se dão apenas nas hipóteses em que será necessária alguma atividade para produção de prova para além daquelas apresentadas na petição inicial e na resposta. Ainda nas hipóteses de extinção do processo (artigo 354 do Código de Processo Civil) e de julgamento *antecipado* do pedido (artigos 355 e 356 do Código de Processo

Civil), terá o juiz de passar, no mínimo, por uma reflexão sobre o saneamento e a organização do processo (artigo 139, IX, do Código de Processo Civil).

Todo esse movimento deve contar com a participação das partes,³¹⁴ ou melhor, deve-lhes ser concedida a oportunidade de influenciarem na formação do convencimento do juiz sobre as questões que têm de ser solucionadas e que podem impactar no resultado do processo, entre elas as que tocam o saneamento e a organização dele.³¹⁵

Após a apresentação da contestação/resposta pelo demandado ou da réplica pelo demandante, o processo chega a um momento crítico: ou o juiz profere (a) sentença sem resolução do mérito, ou ele profere (b) sentença com resolução do mérito pela decadência, prescrição ou homologatória ou (c) julga o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o; na hipótese de o juiz optar por julgar o pedido, ainda poderá fazê-lo *antecipadamente* ou não.

Em quaisquer dessas situações, terá o juiz de proporcionar às partes condições de influenciar na formação do seu convencimento, quer para com isso evitar ou conferir-lhes a oportunidade de o processo não ser encerrado prematuramente, quer para com a participação delas definir o melhor caminho a ser adotado para solução do mérito.

3.7. As modalidades de saneamento e organização do processo

3.7.1 Saneamento e organização difusos e concentrados

Há muito³¹⁶ o processo civil brasileiro não se conforma mais com a hipótese de a detecção de vícios ocorrer apenas ao final do processo, por ocasião da prolação da sentença. Do mesmo modo, não é necessário que se aguarde até determinada fase processual específica para que se apure alguma intercorrência processual, ainda que haja expressamente um ou

³¹⁴ “A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados. (...). Em qualquer sistema processual é imenso o valor da oferta de meios de participação aos litigantes, porque ordinariamente são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conhecendo melhor os fatos a alegar e os meios de prova disponíveis para cada caso. Além disso, a realidade mostra que o interesse pessoal é sempre a mais eficiente mola da defesa dos direitos e da sua efetividade”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 344-345).

³¹⁵ “A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem *faculdades* no processo, senão deveres e poderes). (...). A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 350-351).

³¹⁶ Ao menos desde o Código de Processo Civil de 1939, com o despacho saneador, em seu artigo 294.

mais momentos destinados a esse desiderato.³¹⁷ A todo momento, os sujeitos processuais – sobretudo o juiz - devem estar imbuídos do espírito de sanear e organizar o processo (vide, por exemplo, artigo 139, IX, do Código de Processo Civil).³¹⁸

A diluição das oportunidades para percepção de máculas processuais e para organização do processo, além de permitir que um processo inviável seja logo resolvido, é salutar para que se possa, com mais proficuidade, alcançar uma sentença de mérito de qualidade, capaz de resolver adequadamente a crise de direito material instalada, pois o acúmulo de problemas pode dificultar tanto a constatação como a correção deles, ainda mais se o caso trouxer alguma complexidade.

Todos os sujeitos devem estar, de algum modo, compromissados com um processo sadio e organizado desde o início. A fase processual inicial é bastante importante para detecção e correção de vícios,³¹⁹ tanto que o artigo 321 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz, se não identificar todos os requisitos necessários da petição inicial ou se der conta de que ela apresenta defeitos e irregularidades que impeçam ou dificultem o julgamento de mérito, determinará que o demandante a emende. E essa determinação a que está vinculado o juiz não fica restrita às hipóteses dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, mas alcança todas as situações que possam ou levar à resolução prematura do processo sem exame do mérito ou impedir a marcha de um processo adequado.³²⁰

³¹⁷ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “Mas como na prática essa exacerbada concentração não é e não pode ser uma realidade, em alguma medida o próprio Código proporciona a dispersão do controle dos pressupostos em mais de uma das fases procedimentais e em vários momentos do procedimento (quer comum, quer especial)”. (*Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 167).

³¹⁸ Também é exemplo disso o que consta do artigo 76 do Código de Processo Civil, que estabelece que o juiz, ao verificar a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, deverá suspender o processo e designar prazo razoável para que seja sanado o vício. Essa verificação pode ser detectada pelo juiz tão logo tenha contato com a petição inicial ou em fase bem avançada do processo, e sempre deve designar prazo para regularização. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal (RE 814215 AgR/SP) e o Superior Tribunal de Justiça (AgInt no REsp 1523376/DF) haviam consolidado o criticado posicionamento de não admitirem a regularização da representação processual se o processo houvesse alcançado a fase dos “recursos excepcionais”, que foi superado pelo disposto no artigo 76 do Código de Processo Civil de 2015.

³¹⁹ “Ao apreciar a petição inicial está o juiz a fazer o primeiro dos juízos de admissibilidade do julgamento do mérito da causa. Já nesse momento ele tem o poder-dever de verificar a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, com o objetivo de evitar o prosseguimento de um processo sem condições para preparar adequadamente e afinal oferecer, se for o caso, a tutela jurisdicional pedida pelo autor. Essa é uma autêntica atividade saneadora do processo, antecipada à fase ordinatória”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 464).

³²⁰ “Pelo que ali [artigo 321] se dispõe, o autor será chamado a *emendar ou complementar o ato de propositura da demanda* (a) em caso de petição inicial desatenta aos requisitos do art. 319, ou seja, aos elementos essenciais dessa petição inicial, (b) quando desacompanhada dos documentos indispensáveis (art. 320) ou (c) se ela apresentar *defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito* (redação ininteligível). À primeira vista poderia parecer que foi intenção do legislador autorizar a extinção do processo, nos demais casos de indeferimento da petição inicial, sem que o autor seja previamente chamado a manifestar-se sobre os

Essa atividade do juiz ganha relevância porque é realizada antes da citação do demandado, de modo a poder evitar que ele integre um processo inviável e tenha gastos desnecessários (contratação de advogado, custas processuais).³²¹ Por isso lamenta-se tanto a não observância do artigo 321 do Código de Processo Civil.

Nesse particular, devem ser censurados provimentos iniciais que não verificam corretamente a presença de todos os requisitos de admissibilidade necessários para o julgamento do mérito, assim como aqueles que se restringem a determinar que seja emendada a petição inicial, sem especificar o vício detectado, em afronta à parte final do artigo 321 do Código de Processo Civil e ao dever de esclarecer (informar).

Mas mesmo que ultrapassado esse juízo preliminar, cabe também ao demandado indicar eventuais máculas e até mesmo informar como devem ser corrigidas, como acontece na hipótese em que ele alega sua ilegitimidade passiva e, ao mesmo tempo, indica quem, em sua concepção, seria o legitimado (artigos 338 e 339 do Código de Processo Civil).³²² Nesse caso, a importância da atuação e da lealdade do demandado ficam realçadas pelo que dispõe o *caput* do artigo 339 do Código de Processo Civil,³²³ pois, se ele souber quem deva ser o sujeito passivo, deve indicá-lo, sob a consequência de arcar com as despesas processuais e indenizar o demandado pelos prejuízos que sua consciente omissão provocou.

Sem entrar na polêmica quanto à correção ou não da solução conferida à hipótese pelo legislador, fato é que a lei imputa ao demandado uma providência útil para que o processo possa prosseguir e seja solucionado com qualidade, responsabilizando-o pela omissão.³²⁴ E caberá ao demandante, por sua vez, avaliar com seriedade a indicação

motivos que o juiz tenha para fazê-lo. Essa interpretação equivaleria contudo a aceitar as bases de um processo civil anacrônico e sem a consciência da verdadeira dimensão e significado do princípio do contraditório em sua leitura moderna. Sabe-se hoje que essa garantia não se endereça somente às partes mas também ao próprio juiz, atribuindo-lhe o dever de *dialogar* com elas e proibindo-o de extinguir o processo abruptamente, sem prévia discussão sobre os motivos da extinção. *Surpresas* dessa ordem, constituindo efeito do exercício do poder estatal além dos limites da legitimidade constitucional, contrariam também a garantia do devido processo legal, plantada explicitamente na Constituição Federal. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 466).

³²¹ Ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 82.

³²² Ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 216.

³²³ Trata-se, de certo modo, da reprodução da regra do artigo 69 do Código de Processo Civil de 1973, que cuidava da nomeação à autoria.

³²⁴ Ver MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores CRUZ E TUCCI, José Rogério... [et al.]. Associação dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Disponível em https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em 14.11.2020, p. 586.

realizada pelo demandado, para que, reconhecido o equívoco, haja a substituição processual e processo possa prosseguir.³²⁵

Portanto, aguardar uma fase específica e própria para que o processo seja saneado e organizado não condiz com seu atual estágio de desenvolvimento, pelo que saneamentos e organizações devem ocorrer à medida que os atos são praticados, pois são salutares as providências tomadas para a eliminação de processos inadequados o mais cedo possível ou para a correção o quanto antes de vícios que possam ser sanados,³²⁶ confirmando a ideia de que se trata de ato complexo.³²⁷

Por outro lado, a possibilidade ou até mesmo o poder-dever de o juiz sanear e organizar o processo desde o primeiro contato não desmerece ou aniquila a utilidade e a necessidade de se prever um momento específico para tais providências.

O problema maior não está em permitir que haja saneamentos e organizações do processo à medida que ele progride, mas deixar para fazê-los quando o processo já se encontra em fase avançada. O mal não está em logo detectar a ausência de algum requisito de admissibilidade do julgamento do mérito ou resolver uma questão processual, mas sim deixar isso apenas para o final do processo, quando ou não será possível saná-lo ou a sua adequação será muito custosa.

Como já destacava Galeno Lacerda, a característica distintiva e tão exaltada do *antigo* despacho saneador, previsto no artigo 294 do Código de Processo Civil de 1939, estava substancialmente em permitir ao juiz que, de ofício e em determinado momento anterior à audiência de instrução e julgamento, saneasse o processo, independentemente de provocação das partes,³²⁸ de modo que não percorresse todo o caminho necessário à sentença de mérito e tivesse de ser extinto por alguma irregularidade.

³²⁵ Sobre as possíveis reações do demandante, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, pp. 216-217.

³²⁶ “Embora o artigo 357 do CPC trate de um momento específico para o saneamento, não se pode olvidar que ao magistrado cabe a fiscalização do processo e a adoção de medidas de saneamento durante todo o trâmite da causa, e não somente em um único momento. É dele – do magistrado – a missão de manter o devido curso e ritmo da demanda, impedindo que se torne improdutiva e confusa, o que certamente colocará em risco a nobre função do Poder Judiciário e principalmente o direito das partes”. (GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 210).

³²⁷ Ver item 3.3.

³²⁸ “Considerando o caráter público das normas processuais e tendo em vista o poder judicial de direção do processo, pode-se afirmar, em princípio, que verificar a legitimidade da relação processual foge da disposição das partes para pertencer, exclusivamente, à atividade inquisitória do juiz. Com efeito, o órgão judicial deve inspecionar de-ofício o processo, para saná-lo de qualquer vício ou irregularidade. Essa obrigação oficiosa do juiz antes da instrução é que distingue o despacho saneador das decisões interlocutórias de objeto semelhante previstas em nossas leis processuais antigas, as quais não impunham ao juiz o mesmo dever, e submetiam a provisão, naquela altura do procedimento, à iniciativa das partes. (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 106-107).

Isso não significa que, àquela época, as partes não pudessem provocar o juiz quanto a irregularidades para que a questão fosse logo considerada; pelo contrário, tanto que o próprio Galeno Lacerda reconhecia a importante atuação delas.³²⁹ Além disso, àquela época também era possível ao juiz indeferir uma petição inicial que não preenchesse os requisitos (artigos 158, 159 e 160 do Código de Processo Civil de 1939), de modo que poderiam ser identificadas irregularidades previamente ao despacho saneador.³³⁰

O que se colocava como de vanguarda com o despacho saneador era a possibilidade de o juiz revistar o processo de ofício, com a fixação de um momento intermediário para que isso acontecesse, sem que tivesse de manter o curso de um processo inadequado, a ponto de Galeno Lacerda considerar o processo “dividido em duas fases de julgamento, ficando a sentença, como regra geral, reservada à solução do mérito”.³³¹

Hoje, a questão não se coloca mais sob a perspectiva de o juiz poder ou não avaliar de ofício irregularidades e requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito e assim o fazer tanto ao longo do processo como em uma fase específica, mas sim em se preocupar com isso o quanto antes e constantemente.

O estabelecimento de momentos específicos destinados ao saneamento e à organização do processo, como o são os previstos nos artigos 321, 352 e 357 do Código de Processo Civil, é sadio, pois serve de estímulo às partes e ao juiz para que se atentem a essas tarefas para que o processo prossiga em direção à prolação da sentença de mérito ou, se o caso, seja logo eliminado, sem a prática de atos inúteis.

Galeno Lacerda³³² foi muito literal ao considerar o despacho saneador, que personifica a ideia do método concentrado de saneamento e organização do processo, uma das colunas que contribuíram para que se pudesse cumprir a pretensão de se alcançar o resultado do processo de modo mais célere e efetivo. Essa característica também é expressamente reconhecida por José Carlos Barbosa Moreira que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, enaltecia o expurgo de vícios para que o processo atingisse seus resultados e o mérito pudesse ser solucionado com o menor dispêndio possível de tempo e

³²⁹ “Isso não significa que estas, atualmente, se vejam tolhidas de provocar, com suas alegações, a decisão judicial saneadora. Ao contrário, a fiscalização das partes sobre o processo é colaboração preciosa com a atividade judicial. Como toda regra composta exceções, veremos, mesmo, que nem sempre o ato de saneamento nascerá do poder inquisitório; que, às vezes, seu objeto se subordina à disposição das partes. A análise da atividade saneadora em relação a cada um dos pressupostos processuais e às condições da ação o demonstrará.” (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 107).

³³⁰ Ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 7-10.

³³¹ Ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 8.

³³² Ver *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 5-7.

energia.³³³ E de fato o Código de Processo Civil de 1973 confirmava isso, como se conclui pela análise dos seus artigos 284, 327 e 331, tendo o Código de Processo Civil de 2015 mantido essa característica, como se deduz dos artigos 139, IX, 321, 352 e 357.

No entanto, independentemente da diluição do saneamento e da organização ao longo do processo, é inegável a importância que tem para o sistema o artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, pois fica eleito um momento *solene* para que haja uma reflexão do juiz e das partes, em conjunto, a respeito de questões determinantes para o rumo do processo. Essa *liturgia* é significativamente sadia para que o processo possa alcançar seus objetivos, por isso é tão exaltada.

Aliás, o saneamento e a organização do processo em momentos específicos, como reconhecia José Carlos Barbosa Moreira, são indicativos da opção política por um juiz mais ativo, que chama para si a direção do processo, mas não sem a participação das partes, tanto que, especialmente quando orais, o saneamento e a organização concentrados seriam a expressão de um método *cooperativo* de processo.³³⁴

Mas fato é que o legislador não passou a ter uma predileção por um dos métodos em detrimento do outro. Afirmar a existência dessa predileção por algum dos métodos traria a falsa impressão de que eles se anulariam ou que o saneamento e a organização realizados ao longo do processo poderiam ser relegados a um segundo plano. Não se trata disso. Os métodos convivem em harmonia e são igualmente importantes.

³³³ “Avulta, à primeira vista, a importância do instituto sob exame do ponto de vista da *economia processual*, entendida a expressão no mais amplo sentido, como conjunto de técnicas ordenadas a permitir que o processo produza o melhor resultado com o menor esforço, ou, em outras palavras, atinja o máximo rendimento com o mínimo de custo. A persecução de semelhante meta postula a ‘racionalização do trabalho’, o que quer dizer antes de mais nada, supressão de atividades inúteis ou desnecessárias e criação de condições para que as indispensáveis se realizem no mais alto nível de eficiência que se possa alcançar. Servem precipuamente a esse objetivo a abreviação do *iter* processual, nos vários casos acima indicados, e bem assim – quando o feito haja de prosseguir – o ‘expurgo’ das matérias estranhas ao mérito, para que neste se concentre, de maneira desembaraçada, a atenção do órgão judicial; a precisa delimitação, em tempo hábil, dos termos do litígio, do objeto da prova e dos meios probatórios a serem empregados; a colheita, tão pronta quanto possível, da própria prova”. (Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 133).

³³⁴ “O predomínio do método ‘concentrado’, em qualquer de suas modalidades, liga-se, na evolução do direito processo, à progressiva atenuação de certas tendências de política jurídica em geral agrupadas sob o rótulo bastante equívoco de ‘princípio dispositivo’. É clara, quando menos, a correlação entre aquele método e a atribuição ao juiz de um papel mais ‘ativo’. Isso ressalta de modo extremamente óbvio no que tange à ‘direção formal’ do processo: o órgão judicial toma a iniciativa de praticar ou mandar praticar um ato (ou uma série de atos) destinado(s), entre outros fins, à apreciação de determinadas questões, em vez de esperar que os litigantes as suscitem; mas o fenômeno pode interessar também a ‘direção material’, na medida em que se abra ao juiz, quando nada por meio de esclarecimentos, informações ou até sugestões dirigidas às partes, certa margem de interferência no concernente à determinação dos termos do litígio. Muito particularmente na modalidade oral, o método ‘concentrado’ afigura-se propício à atuação prática da diretriz de ‘cooperação’ entre juiz e litigantes, que com razão se costuma incluir entre os postulados básicos do ‘processo social’”. (Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 133-134).

3.7.2. Saneamento e organização em audiência ou em gabinete³³⁵

Dos momentos específicos previstos hoje para que o processo possa ser saneado e - por que não - organizado, dois deles (artigos 321 e 352 do Código de Processo Civil) o serão em gabinete, isto é, o juiz não terá contato direto com as partes para tomar tais providências.

A verificação de irregularidades na petição inicial, a que refere o artigo 321 do Código de Processo Civil,³³⁶ se dá em gabinete, pois não faria sentido que o juiz designasse uma audiência em momento tão prematuro do processo para constatar vícios que, em tese, podem ser percebidos logo no primeiro contato com a petição inicial.

O saneamento a que faz menção o artigo 352 do Código de Processo Civil também, a princípio, será em gabinete, integrado às providências necessárias para que o processo tenha curso em direção à sentença de mérito.

Isso significa que, a rigor, se for o caso de resolução do processo sem julgamento do mérito ou de julgamento *antecipado* do mérito, não será designada audiência para que as partes e o juiz tenham contato e tratem de temas relativos ao processo.

Mas o legislador do Código de Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de o saneamento e a organização a que alude o artigo 357 do Código de Processo Civil se darem em gabinete ou em audiência, a depender das características do caso concreto.³³⁷

³³⁵ A ideia que deflui do saneamento e da organização realizados em gabinete se contrapõe aos que são realizados em audiência. Isto é, o saneamento e a organização realizados em gabinete são aqueles sem a presença das partes e do juiz no mesmo ambiente. Assim, podem ser tidos como realizados em gabinete até mesmo o saneamento e a organização do processo realizados de modo consensual entre as partes, e não apenas aqueles realizados pelo juiz.

³³⁶ “*Indeferir a petição inicial* significa rejeitar o *requerimento*, que nela contém, de realizar o processo e conduzi-lo em direção ao julgamento da pretensão deduzida pelo demandante. Essa decisão limita-se aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, examinados já na fase inicial do procedimento, deixando portanto intacta a pretensão do autor – com a consequência, inerente às extinções do processo sem julgamento do mérito, de não ficar este impedido de repropor a demanda (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 467).

³³⁷ Heitor Vitor Mendonça Sica menciona esse dualismo e ressalta que, em sua concepção, a preferência pelo método em gabinete, como posta atualmente, implica ou perda da qualidade da atividade jurisdicional ou agressão à razoável duração do processo: “O Código de Processo Civil de 2015 reduziu a oralidade processual, mas contraditoriamente, manteve técnicas processuais cunhadas originalmente para um processo oral. Com efeito, a sistemática introduzida pela Lei 8.952/1994 ao art. 331, §2º, do CPC/1973, sob inspiração de ordenamentos estrangeiros, estava umbilicalmente ligada à oralidade processual. Imaginava-se que partes e juiz, de maneira dialogada, identificariam juntos os pontos controvertidos e, incontinenti, debateriam quais provas seriam necessárias, tudo isso de maneira oral e concentrada. Quando se transpõe essa técnica para o procedimento escrito, ou se perde qualidade da atividade jurisdicional (atentando-se contra a garantia do contraditório) ou se compromete a razoável duração do processo. Em outras palavras: ou o juiz não dialogará suficientemente com as partes para definir como se desenvolverá a fase instrutória, ou ele atrasará severamente a marcha do procedimento para que as partes debatam essas questões por meio de petições escritas”. (Evolução

Sempre foi festejada a oportunidade que se confere às partes e ao juiz de se encontrarem e tratarem, em conjunto e presencialmente, dos rumos que o processo tomará, pelo que Cândido Rangel Dinamarco chegou a defender, ao comentar uma das reformas ao Código de Processo Civil de 1973, a inadequação do processo no qual se deixasse de realizar a audiência preliminar.³³⁸ Mas até a saída de cena do Código de Processo Civil de 1973, a audiência preliminar raramente era designada e consolidou-se o posicionamento de que a ausência dela não implicava nulidade,³³⁹ até porque estava muito mais voltada à tentativa de conciliação do que ao saneamento e à organização do processo.³⁴⁰

O saneamento e a organização do processo em audiência sempre foram tidos como mais qualificados e adequados porque os sujeitos processuais se comunicariam melhor, haveria um intercâmbio mais profundo de ideias, as partes se sentiriam mais à vontade para exporem seus pensamentos e, então, dúvidas e questões poderiam ser prontamente esclarecidas e solucionadas.³⁴¹ Já o saneamento e a organização em gabinete, além de dilatarem no tempo a comunicação entre as partes e o juiz e tornarem o processo mais frívolo, estimulariam manifestações alongadas e impediriam ou dificultariam que as partes fossem mais autênticas, pois dificilmente elas se autoconcederiam a liberdade de expor alguma consideração sob a condição de poderem dela se arrepender e retroceder.³⁴²

Ainda assim, pela literalidade do §3º do artigo 357 do Código de Processo Civil, o saneamento e a organização em audiência deverão ser adotados apenas na hipótese de “a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito”. Nas demais situações, isto é, nas causas em que inexistam complexidade fática ou jurídica, o saneamento e a organização serão realizados em gabinete, ainda que nada impeça que seja designada audiência também

legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016). Ainda que assim seja, como se verá nesse item, as partes e o juiz têm de tirar o melhor proveito possível do método em gabinete.

³³⁸ “Daí a nulidade do processo em que se omitir a audiência preliminar. Trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal. Permitir a sua violação seria afrouxar a imperatividade das leis de ordem pública e, especificamente, frustrar os desígnios modernizadores de que é portadora a legislação reformista”. (*A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do agravo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 124-125).

³³⁹ Ver, no Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 9170887-88.2005.8.26.0000.

³⁴⁰ “A audiência preliminar, enfim, confirmou-se como tendência a ser adotada apenas no momento de ‘conciliação’, permanecendo estéril a sua disposição saneadora. Os magistrados, quando muito, proferiam ‘decisões saneadoras’ meramente *pro forma*, produzindo uma prática anódina, mas nunca efetiva”. (GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 154).

³⁴¹ Não especificamente sobre a audiência do artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil, mas sobre as benesses do contato presencial das partes com o juiz, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Organizadores Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 515-521.

³⁴² Ver a crítica já registrada de Heitor Vitor Mendonça Sica, em *Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016.

nessas hipóteses. Fato é que o legislador deu preferência ao saneamento e à organização em gabinete.

É verdade que a ampliação da utilização da comunicação virtual como *efeito colateral* da pandemia de Sars-Cov-2 pode estimular a designação de audiências telepresenciais de saneamento e organização do processo, mas só o tempo dirá se essa perspectiva se concretizará.

Que, em tese, o saneamento e a organização do processo em audiência tendem a trazer mais benefícios se comparados aos realizados em gabinete não parece existir dúvida, mas a opção do legislador deve ser respeitada e dela devem ser extraídos os melhores influxos para bem sanear e organizar o processo.

Pode-se, de algum modo, tomar o tempo como aliado do saneamento e da organização em gabinete. Com o processo eletrônico, a comunicação das partes e do juiz tende a ser mais célere, pois não sofre o mesmo *delay* de antes, já que foram reduzidas as fases *mortas* do processo. Por outro lado, o tempo necessário para que seja designada uma audiência para saneamento e organização do processo pode implicar atraso no curso do processo, já que as pautas costumam estar congestionadas.

Para evitar que a decisão de saneamento e organização do processo deixe de tratar de alguma questão relevante ou trate inadequadamente de determinado assunto, pedagogicamente foi previsto o pedido de esclarecimentos e ajustes, na forma do artigo 357, §6º, do Código de Processo Civil.³⁴³ Essa solução sempre foi possível com a utilização dos embargos de declaração, mas a previsão expressa desse mecanismo teve o propósito de realçar a importância do ato e da participação das partes no processo atual.

No saneamento e na organização realizados em gabinete, para tirar a melhor utilidade possível deles, o juiz pode iniciá-los e estabelecer uma ordem de manifestações a ser observada – uma espécie de minicalendário - para que as partes tratem de temas a eles

³⁴³ Nesse sentido, Carolina Uzeda: “A intuição que aponta para uma melhor comunicação verbal do que escrita (ou seja, que o diálogo será aprimorado se realizado por meio de conversa e inteirações, muitas vezes informais) entre os interlocutores não parece mais ser correta. Não há justificativa para mantermos o preconceito que temos acerca do ‘atraso’ nas comunicações, pelo fato de serem por escrito. Isso não é mais uma expressão da realidade. As novas tecnologias e a facilidade de comunicação rápida fizeram com que, no dia a dia, se prefira o diálogo escrito ao verbal, sendo certo que ele pouco prejudica na interlocução. Inclusive, em se tratando de conversas relacionadas a assuntos relevantes, prefere-se a comunicação escrita, em razão da maior praticidade e facilidade de registro. No processo, não é diferente. Em sistemas funcionais de gestão do processo eletrônico, as juntadas de petições e decisões ocorrem quase que automaticamente, viabilizando o acesso rápido dos sujeitos às manifestações apresentados nos autos, razão pela qual não há mais justificativa para acreditarmos que a cooperação em audiência será muito melhor aplicada do que por escrito”. (Pedido de Ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 289/2019, pp. 167-188, março/2019).

relativos, para que então se decida a respeito. Evidente que essa solução se aplica a situações excepcionais, que poderiam até justificar a designação de audiência; todavia, é um *recurso* que não pode ser descartado; se as partes não contarão com os benefícios proporcionados pelo saneamento e organização em audiência, ao menos terão algum tempo para refletir sobre temas relevantes para a continuidade do curso do processo e um plano a ser observado.

O processo civil atual acresce responsabilidades às partes.³⁴⁴ Como partícipes do processo, elas têm de se interessar e aproveitar as oportunidades que existem para que o processo seja bem saneado e organizado, assim como devem se insurgir quando isso não acontecer, até para que, no futuro, haja legitimação na impugnação que poderão fazer.³⁴⁵

Em palavras simples, o contato pessoal proporcionado pela audiência de fato qualifica o saneamento e a organização do processo, mas isso não significa que eles não possam ser bem realizados sem ela.

Muito mais importante do que afirmar que um método se sobrepõe ao outro é se conscientizar que não é o modelo em si que torna o saneamento e a organização do processo obrigatoriamente bons ou ruins. Há saneamentos e organizações realizados em audiência muito ruins, assim como há saneamentos e organizações realizados em gabinete que têm muita qualidade. O que os sujeitos processuais devem ter em mente é que, seja qual for o método adotado, as providências devem ser as mais adequadas possíveis, com a solução das questões processuais ainda pendentes, a avaliação a respeito das questões de fato e de direito úteis ao julgamento do caso, a especificação das provas relevantes para que as alegações sejam aferidas, a distribuição do ônus da prova, e tudo isso com a participação autêntica das partes e respeito às suas liberdades.

3.7.3. Saneamento e organização compartilhados e não compartilhados

A noção de saneamento e organização compartilhados não deve levar à compreensão de que obrigatoriamente haverá uma divisão de atribuições entre os sujeitos

³⁴⁴ “Para tanto, era – e continua sendo – necessário que o juiz e as partes o conheçam, ou seja, tenham estudado os autos com antecedência, a fim de estabelecerem um franco diálogo a respeito do exame de eventuais matérias preliminares, com o afastamento de possíveis nulidades, passando, em seguida, à fixação dos pontos controvertidos e, com base nessa fixação, à decisão a respeito de quais as provas pertinentes para dirimi-los e de quem é o ônus da sua produção”. (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 180).

³⁴⁵ Essa pode – e deve – ser uma das funções do pedido de ajustes e esclarecimentos do artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil. Essa ponderação não deve ser entendida, agora, como a obrigatoriedade de a parte ter de pedir esclarecimento ou ajuste sob consequência de preclusão. Não se trata disso, mas sim de ela manifestar seu interesse em participar dessa fase processual, de fazê-la cumprir adequadamente, para defesa dos seus interesses.

processuais, sobretudo quanto às decisões que serão tomadas.³⁴⁶ A equivocidade da expressão *compartilhar* pode provocar má compreensão do assunto e levar à crença de que a solução de determinadas questões ficará a cargo do juiz e de outras, dessa ou daquela parte. Muito embora as partes possam apresentar delimitação consensual das questões de fato e de direito e firmar negócios processuais que poderão influir na organização do processo,³⁴⁷ a solução (*rectius*, decisão) das questões caberá ao juiz. Muito embora o juiz tenha de observar o princípio dispositivo, de respeitar a liberdade das partes e de admitir que elas influenciem na formação do seu convencimento, a decisão acaba sendo dele.

Portanto, compartilhar o saneamento e a organização do processo deve ser compreendido a partir da noção de que a solução das matérias a eles relacionadas se dará com a participação das partes e do juiz.³⁴⁸

Deverão ser proporcionadas e disponibilizadas às partes as condições suficientes para que possam verdadeiramente influir na formação do convencimento do juiz sobre cada uma das matérias que será objeto de decisão, estabelecendo com ele o *diálogo* a que tanto se faz alusão nos dias de hoje.³⁴⁹ É nesse aspecto que também se concebem os artigos 6º e 10 do Código de Processo Civil, de modo que os sujeitos sejam leais entre si.³⁵⁰

Exemplos simples revelam a importância dessa participação: (a) o juiz não deve extinguir o processo por falta de pressuposto processual sem que antes a parte possa tentar suprir o vício; (b) o juiz não deve decretar a prescrição ou a decadência sem que antes o

³⁴⁶ Ver, sobre isso, a ideia do saneamento e da organização do processo como ato complexo, mais propriamente na hipótese de delimitação consensual das questões de fato e de direito, conforme item 3.3.

³⁴⁷ Ver itens 5.6 e 5.8.3.

³⁴⁸ “No presente trabalho adotamos a expressão ‘saneamento compartilhado’ por entendermos ser a que mais apropriadamente representa a ideia de que a decisão de saneamento do processo não seja mais proferida pelo juiz isoladamente, sem a participação das partes, mas, sim, sempre em conjunto com elas e da forma mais ‘negociada’ possível. (...). Pretendemos alçar o saneamento compartilhado a um dos momentos cruciais do processo, de modo a que não fique mais restrito a expurgar o processo de nulidades ou a mera tentativa de conciliação. Será a oportunidade para franco debate entre as partes, para se definir adequadamente os pontos controvertidos a conduzir à realização, em sua plenitude, das provas realmente indispensáveis. Essencial para a concretização do saneamento compartilhado que haja uma atuação séria, participativa e ética não só das partes e dos advogados, mas, principalmente, do juiz, que deve se conscientizar de sua função primordial na condução do processo” (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, pp. 94-95).

³⁴⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já tratava da necessidade de diálogo entre os sujeitos processuais há anos, conforme O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 323, pp. 55-59, julho-agosto-setembro/1993, p. 57.

³⁵⁰ “Dentro do espírito cooperativo que deve reinar entre todos os sujeitos do processo, preconizado pela norma fundamental do art. 6º do atual CPC, o que ocorre no estágio de saneamento é uma complexa organização do processo na qual as partes podem influir decisiva e significativamente (art. 357). Essa obra conjunta é destinada a preparar o processo adequadamente para a resolução de mérito, de forma justa e efetiva”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Saneamento e organização do processo. Gestão compartilhada do processo justo. Recurso. Não ocorrência de preclusão*. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 400).

demandante seja instado a se manifestar; (c) o juiz não deve decidir sobre fundamento sem que antes a parte possa se manifestar, ainda que possa conhecê-lo de ofício;³⁵¹ (d) o juiz deve atentar-se a ajustes requeridos pelas partes na decisão que organiza o processo; (e) o juiz deve ser claro quanto às provas relevantes; (f) o juiz deve respeitar a delimitação das questões fáticas e jurídicas realizada pelas partes e os negócios processuais por elas entabulados; (g) não deve o juiz distribuir diversamente o ônus da prova sem que as partes se manifestem sobre o preenchimento dos requisitos para tanto.^{352 353}

O antagonismo a tudo isso seria o saneamento e a organização do processo não compartilhados, realizados pelo juiz sem a participação das partes.

O saneamento e a organização sem a participação das partes caracterizariam uma condução imprópria do processo, aproximando-se à ideia de processo incivil a que faz alusão José Ignácio Botelho de Mesquita,³⁵⁴ e com algum toque de autoritarismo. O saneamento e a organização do processo sem a participação das partes representariam a antítese do saneamento e da organização compartilhados.

Antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015,³⁵⁵ mas especialmente a partir dele, passou-se a utilizar a expressão saneamento compartilhado mais frequentemente às hipóteses em que as providências a ele relativas são tomadas ou em

³⁵¹ Ver OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 152-164.

³⁵² Para uma compreensão geral sobre a alteração na distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁵³ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 277.

³⁵⁴ Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 131/2006, pp. 250-257, janeiro/2016.

³⁵⁵ Para Fernando da Fonseca Gajardoni, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, legislativamente não havia espaço para a participação das partes no saneamento e organização do processo: “No CPC/1973, a decisão saneadora era proferida de modo solitário pelo juiz. Seja em audiência na presença das partes, seja por escrito na forma do revogado artigo 331, §3º, do CPC/1973, não havia propriamente espaço – ao menos do ponto de vista legislativo – para que as partes participassem, junto com o juiz, do saneamento e organização do processo, visto como incumbência privativa do órgão jurisdicional”. (*O saneamento compartilhado no novo CPC*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-saneamento-compartilhado-no-npc-08082016>. Acesso em 12.7.2020). A conclusão a que chega Fernando da Fonseca Gajardoni advém de uma interpretação literalíssima do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, que não parece ser a mais adequada. Apesar de o revogado artigo estabelecer que “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas”, é exagero acreditar que, se isso fosse realizado em audiência, não deveria o juiz contar com a contribuição das partes; muito embora não houvesse menção de que o juiz devesse fazer isso em *cooperação* com as partes, o diálogo com elas, além de natural para a ocasião, advém do exercício do contraditório, ínsito à noção de processo, de modo que, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, se o juiz passasse ao saneamento e à organização do processo em audiência, deveria contar com a contribuição das partes lá presentes. O problema, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é que a audiência preliminar, quando designada, restringia-se a uma burocrática e ineficaz tentativa de conciliação, pois raramente as partes e o juiz passavam a sanear e a organizar o processo, o que acabava sendo realizado em momento subsequente, em gabinete, pelo juiz.

audiência³⁵⁶ ou quando as partes apresentam para homologação a delimitação consensual das questões de fato ou de direito.³⁵⁷

Ainda que a audiência para o saneamento e a organização do processo represente o clímax da participação das partes na conformação do processo, não parece ficar muito bem colocada a menção a saneamento e organização do processo compartilhados apenas às hipóteses em que eles são realizados ou em audiência (artigo 357, §3º) ou pelas partes consensualmente (artigo 357, §2º).

Admitir que compartilhados sejam apenas o saneamento e a organização realizados ou em audiência ou consensualmente é o mesmo que dizer que, se realizados em gabinete e de modo não consensual, não seriam compartilhados, o que pode levar a uma compreensão inexata da realidade, pois parece plenamente possível – e assim deve ser - que haja compartilhamento por ocasião do saneamento e da organização do processo mesmo que sejam realizados nessas outras hipóteses.³⁵⁸

Para que se tenham saneamento e organização compartilhados realizados em gabinete e de modo não consensual, o juiz deve atentar-se para condução do processo de modo a conferir às partes as condições necessárias para influir na formação do seu convencimento e, o quanto possível, respeitar as suas liberdades. Compartilhar, sob esse aspecto, é participar e respeitar. Isso significa que, se o juiz vislumbrar a possibilidade de abordar fundamento, particularmente aquele que possa ser conhecido de ofício, que não tenha sido enfrentado pelas partes, deve conferir a elas a oportunidade prévia de tratar a respeito dele; se o juiz não estiver certo sobre a relevância de determinada prova, deve

³⁵⁶ Para uma rápida incursão sobre a utilização da expressão, ver GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O saneamento compartilhado no novo CPC*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-saneamento-compartilhado-no-npc-08082016>. Acesso em 12.7.2020.

³⁵⁷ “c) Em coerência com o disposto no art. 190, ampliaram-se significativamente os espaços para o ‘autorregramento da vontade’ das partes, de tal modo a lhes facultar apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incs. II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz (art. 357, § 2.º) é o chamado ‘saneamento compartilhado’”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016).

³⁵⁸ Humberto Theodoro Júnior propõe uma classificação ternária para o saneamento e a organização do processo, que se dividiria em ordinária (escrita realizada pelo juiz), facultativa (escrita consensual – artigo 357, §2º, do Código de Processo Civil) e em audiência (artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil), mas para todas ele assinala a necessidade de se observar o saneamento compartilhado: “[e]m qualquer das três modalidades, o que preconiza o novo Código é a observância de um saneamento compartilhado, capaz de atender, na organização do processo, aos princípios constitucionais do *processo justo* consistentes no contraditório, isonomia, ampla defesa e devido processo, além da moderna concepção cooperativa da prestação jurisdicional, com vistas a torná-la cada vez mais democrática”. (Saneamento e organização do processo. *Gestão compartilhada do processo justo*. Recurso. Não ocorrência de preclusão. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 403).

estimular as partes para que tratem a respeito;³⁵⁹ se, em substituição à perícia, o juiz suspeitar que possa determinar prova técnica simplificada, deve abordar isso com as partes; se as partes formularem um negócio processual legítimo, não deve o juiz resistir em aplicá-lo; se o juiz pensar em distribuir diversamente o ônus da prova, deve contar com elementos provenientes das partes sobre o assunto e instalar o contraditório antes de decidir.

O juiz pode, em determinadas circunstâncias, até mesmo sugerir às partes esse ou aquele encaminhamento do processo, para que então, depois da manifestação delas, defina a respeito; é o que pode vir a acontecer se o juiz vislumbrar a possibilidade de alterar a ordem de produção das provas, mas antes de decidir consulta as partes. É claro que situações como essa são excepcionais e poderiam sugerir a necessidade de designação da audiência, mas elas podem vir a acontecer por saneamento e organização em gabinete.

O saneamento e a organização do processo compartilhados são uma situação de fato. Reforça essa ideia a possibilidade de eles não serem compartilhados mesmo se realizados em audiência. Basta conceber a hipótese de ser designada a audiência do artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil e o juiz conduzi-la autoritariamente, trazendo um modelo previamente confeccionado de decisão, não conferindo às partes a real oportunidade de se manifestarem e desrespeitando suas vontades; ou então que o juiz esteja bem preparado, mas as partes não, com advogados desinteressados e que venham a se inteirar do caso no momento da audiência. Terá existido audiência, mas na prática não será possível dizer que o saneamento e a organização do processo foram compartilhados.

O que caracteriza o saneamento e a organização como compartilhados não é a forma adotada, mas como eles foram praticados. Tudo isso para dizer que não obrigatoriamente serão compartilhados o saneamento e a organização que forem realizados em audiência ou de modo consensual, assim como não serão não compartilhados aqueles praticados em gabinete e de modo não consensual. O que se deve reafirmar é a ideia de que

³⁵⁹ Deve-se ter em mente que o juiz não deve conhecer de fundamento não apresentados pelas partes, a não ser quando expressamente autorizado pela lei. Ricardo de Barros Leonel, embora reconheça essa limitação, concebe uma maior amplitude de conhecimento de fundamentos pelo juiz, desde que submetido ao contraditório conforme *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 233-241. Com todo respeito ao autor, o contraditório não pode servir de argumento para que não seja respeitado o princípio dispositivo. Ao tratar dos fatos que individualizam o pedido, assim consigna Swarai Cervone de Oliveira: “[q]uestiona-se: a quem cabe eleger os fatos que individualizam a pretensão e que, conseqüentemente, constituem a *causa petendi*? Não há dúvida de que cabe ao autor. Portanto, examinando-se a questão sob o ângulo do autor, o juiz não pode, sem o seu consentimento, alterar a causa de pedir. E não pode fazê-lo mesmo que possibilite o exercício do contraditório. O contraditório não pode servir de escudo para que o juiz atropelo o princípio dispositivo”. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 202). Pode-se ir além, pois o juiz não deve apenas não alterar a causa de pedir, como não deve alterar os argumentos de defesa, cuja dedução cabe ao demandado.

o saneamento e a organização do processo, independentemente do método adotado, devem zelar pela participação dos sujeitos processuais e o respeito, o quanto possível, à liberdade das partes, de modo que todos eles sejam compartilhados.³⁶⁰

3.8. Conteúdo do saneamento e da organização do processo

3.8.1. As questões processuais

A interdependência que existe entre o saneamento e a organização do processo leva, muitas vezes, a uma compreensão e a uma avaliação conjuntas das questões que dizem respeito a cada um desses assuntos. Como já registrado antes, o saneamento do processo leva à sua organização, assim com um processo bem organizado tende a ser mais sã.³⁶¹

Ainda que assim seja, as questões não se confundem e há temas que são pertinentes ao saneamento, e outros, à organização. Isso considerado, é possível dizer que o saneamento do processo cuidará de questões processuais em geral, como as relacionadas aos pressupostos processuais (e aqui se insere a ideia geral de irregularidades formais) e às condições da ação, ainda que, eventualmente, possam vir a provocar algum reflexo na organização processual.

Os pressupostos processuais estão relacionados a temas como competência, existência ou não de convenção de arbitragem, imparcialidade,³⁶² coisa julgada, perempção, litispendência, capacidade processual, citação, irregularidades formais e, desde que não dependam de iniciativa da parte,³⁶³ devem ser conhecidos de ofício e o quanto antes.³⁶⁴

³⁶⁰ “Em síntese, pode-se concluir que o caráter democrático e cooperativo se faz presente em todas as modalidades saneadoras previstas pelo CPC/2015, (...)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Saneamento e organização do processo. Gestão compartilhada do processo justo. Recurso. Não ocorrência de preclusão. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 403).

³⁶¹ Ver item 3.2.

³⁶² A imparcialidade também exige que “o juiz precisa antes de tudo ser *terceiro* em relação às partes em litígio, estranho a suas posições e a seus interesses (*ninguém pode ser juiz em causa própria*)”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 27).

³⁶³ Há questões processuais, como as relativas à competência relativa e à convenção de arbitragem, que dependem de alegação da parte e não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

³⁶⁴ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 250-253; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre Pressupostos Processuais. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989; BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil -Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012.

Sobre as condições da ação, é necessária uma rápida consideração. Esse trabalho não é voltado a tratar das teorias da ação e, por conseguinte, de detalhes sobre as condições da ação.³⁶⁵ Particularmente, entende-se que as condições da ação, por exigirem uma avaliação de elementos da relação jurídica de direito material,³⁶⁶ inserem-se muito mais proximamente às questões relativas ao mérito. Se elas estiverem ausentes, é até possível dizer que a pretensão do demandante é improcedente; se estiverem presentes, o processo segue seu curso e outras questões passam a ser enfrentadas. Essa posição está longe de ser a majoritária, e ainda é forte, no Brasil, a ideia de que as condições da ação não integram a categoria relativa ao mérito e se caracterizam como questões relativas à admissibilidade do julgamento do mérito.^{367 368}

Independentemente disso, o que mais importa agora é que as condições da ação podem – devem – ser objeto de avaliação por ocasião do saneamento do processo se todos os elementos necessários para tanto estiverem presentes. Ou seja, se já for possível tratar – da presença ou da ausência – das condições da ação, o juiz deve fazê-lo ao sanear o processo; caso contrário, postergará isso para depois da produção de outras provas, sem que isso implique alguma mutação na natureza jurídica delas.

³⁶⁵ Para tanto, ver FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 58/1990, pp. 7-32, abril-junho/1990; COSTA, Susana Henriques da. Condições da Ação. São Paulo: Quartier Latin, 2005; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 188/2010, pp. 69-100, outubro/2010.

³⁶⁶ “(...) a aferição das chamadas condições da ação nada mais é do que um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. edição, revista e atualizada. São Paulo: DPJ, 2006, pp. 106-107). A despeito das considerações do autor de que o exame que se faz para detecção da presença das condições da ação é superficial, até pelo fato de elas dizerem respeito à relação jurídica de direito material, não se acredita que elas percam essa natureza se detectadas apenas ao final.

³⁶⁷ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 350-353; ver, ainda, interessante ponto de vista sobre as diversas concepções e categorias das condições da ação, defendendo a existência delas: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio... [et al.]. O colapso das condições da ação?: Um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 152/2007, pp. 11-35, outubro/2007.

³⁶⁸ Para Fredie Didier Jr., o interesse processual e a legitimidade passam, no Código de Processo Civil de 2015, a ser concebidas como pressupostos processuais, e a impossibilidade jurídica do pedido, como corrente em doutrina há tempos, integra mesmo o mérito, conforme Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 197/2011, pp. 256-260, julho de 2011. Em diálogo com Fredie Didier Jr., Alexandre Freitas Câmara rebate a ideia de que o interesse processual e a legitimidade tenham passado a integrar os pressupostos processuais e, quanto à impossibilidade jurídica do pedido, prefere acomodá-la na categoria de interesse processual, conforme Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 197/2011, pp. 261-269, julho/2011. Leonardo Carneiro da Cunha insere-se no diálogo entre eles e destaca que, em sua opinião, a impossibilidade jurídica do pedido é questão de mérito, assim como o é a legitimidade ordinária, mas que o interesse processual e a legitimidade extraordinária são pressupostos processuais, conforme Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. E Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 198/2011, pp. 227-236, agosto/2011.

Superadas essas considerações iniciais, vale uma rápida abordagem quanto às invalidades e ineficácias dos atos praticados pelos sujeitos processuais, que interessam diretamente à atividade de saneamento do processo.

Como registra Cândido Rangel Dinamarco, o ato praticado pela parte não pode ser tido por inválido. As invalidades ficam restritas a atos praticados pelo juiz. O ato imperfeito praticado pela parte acaba por receber consequências no plano da eficácia, e não no da invalidade.³⁶⁹ Essa também é a compreensão de Swarai Cervone de Oliveira, para quem “as desconformidades do ato das partes com o modelo preestabelecido, ou, em outras palavras, o ato praticado sem a obediência a determinados requisitos, não levará à declaração de nulidade, mas à sua ineficácia”, impedindo que alcance o propósito desejado.³⁷⁰

Heitor Vitor Mendonça Sica partilhava o entendimento de que o ato desconforme praticado pela parte se caracterizava como ineficaz,³⁷¹ mas recentemente alterou seu posicionamento e transportou o ato irregular praticado pela parte para o campo das (in)validades. Para o autor, muito embora a análise dos atos irregulares praticados pelas partes deva ser realizada no campo das (in)validades, em regra eles não podem ser tidos como nulos, mas *inadmissíveis*, e serão meramente descartados se não puderem ser retificados, e não repetidos.³⁷²

A - potencial - possibilidade de o juiz praticar irregularidades que provoquem invalidades surge no seu primeiro contato com o processo e o acompanha até a prolação da sentença. Sem prejuízo das diversas classificações sobre o regime de invalidade dos atos processuais e da utilidade de cada uma delas,³⁷³ suficiente, para os fins desse trabalho, que

³⁶⁹ *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 695-696.

³⁷⁰ *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 247-248.

³⁷¹ “Primeiramente, as invalidades aplicam-se somente aos atos praticados pelo juiz, na situação em que o modelo típico previsto em lei não é guardado, e se verifica um defeito no ato, surgido no momento de seu nascimento. A imperfeição dos atos praticados pela parte gera consequência que se situa no plano da eficácia (*a inadmissibilidade*)”. (Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de inabilidades no Código Civil e no Direito Processual Civil. In: *Impactos Processuais do Direito Civil*. Coordenador Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 199).

³⁷² *Comentários ao código de processo civil: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa: vol. V: arts. 236 a 293*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 254-258.

³⁷³ Ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa: vol. V: arts. 236 a 293*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 290-292. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 247-252.

as nulidades sejam concebidas como sanáveis ou insanáveis,³⁷⁴ sendo possível dizer que, em regra,³⁷⁵ não será decretada a nulidade do ato se ele atingiu a sua finalidade.^{376 377}

O juiz costuma atentar-se a questões relativas a possíveis irregularidades mais à frente do procedimento, depois de o demandado já ter respondido e, eventualmente, até depois de o demandante ter apresentado sua réplica. Possivelmente, isso se dará por ocasião das providências preliminares, a teor do artigo 352 do Código de Processo Civil.

Nem toda questão processual deve ser obrigatoriamente classificada como irregularidade processual. É o que acontece, por exemplo, com a necessidade de se definir sobre a reunião de processos para que sejam evitadas decisões conflitantes,³⁷⁸ com a suspensão do curso do processo pela vontade das partes³⁷⁹ ou pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas.³⁸⁰

Seja como for, se por algum motivo a solução dessas questões impactar o curso do processo, em regra o juiz o sanará antes de prosseguir com a delimitação das questões de fato e de direito e todas as demais consequências daí provenientes. Não faria sentido que o juiz organizasse o processo e, no mesmo ato, reconhecesse uma conexão ou sua incompetência e o encaminhasse a outro juízo. Todavia, algumas situações excepcionais podem levar o juiz a organizar o processo antes de definir uma questão processual, como pode acontecer com a suspensão do processo pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas quando for necessária a precisa identificação da disputa.

Se não alterar o curso do processo, a solução de questões processuais acabará por ser realizada em conjunto com a delimitação das questões fáticas e jurídicas e o estabelecimento da atividade probatória, a teor do artigo 357 do Código de Processo Civil.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 252-255.

³⁷⁵ Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, ainda existem hipóteses em que a nulidade deva ser decretada mesmo que não se detecte prejuízo algum, conforme *Comentários ao código de processo civil: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa: vol. V: arts. 236 a 293*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 274-278. Seriam exemplos a incompetência absoluta e a imparcialidade.

³⁷⁶ Artigos 188 e 277 do Código de Processo Civil.

³⁷⁷ Ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa: vol. V: arts. 236 a 293*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 271-273. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 252-256.

³⁷⁸ Artigo 55, §3º, do Código de Processo Civil.

³⁷⁹ Artigo 313, II, do Código de Processo Civil.

³⁸⁰ Artigo 313, IV, do Código de Processo Civil.

Por fim, é preciso dizer que, admissível o agravo de instrumento em relação às decisões sobre essas questões processuais,³⁸¹ o juiz deve prosseguir com a prática dos atos processuais subsequentes, paralisando-os apenas se concedido efeito suspensivo ao recurso.³⁸²

Portanto, muito provavelmente, eventuais irregularidades e demais questões processuais, se existirem, já terão sido enfrentadas e resolvidas antes da delimitação fática e jurídica e do estabelecimento da atividade probatória, mas nem sempre será assim, como se notará em diversas passagens dessa dissertação.

3.8.2. A delimitação das questões fáticas e jurídicas

3.8.2.1. A delimitação das questões fáticas

Como no processo civil brasileiro ainda vigora o princípio da demanda,³⁸³ é correto afirmar que não é o juiz quem estabelece o objeto do processo, assim entendida a pretensão deduzida,³⁸⁴ bem como não deve ele acrescer à narrativa do demandante fundamentos por ele não trazidos, assim compreendidos os fundamentos fáticos e jurídicos.^{385 386} Esse mesmo raciocínio também deve ser aplicado o quanto mais possível às matérias de defesa, pois é do interesse do demandado negar os fatos constitutivos do direito

³⁸¹ A tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT, que estende o cabimento de agravo de instrumento, poderá viabilizar a interposição do recurso para impugnação de decisões sobre questões de natureza processual.

³⁸² Pode-se imaginar que os atos subsequentes à decisão de saneamento e organização do processo sejam, por exemplo, muito custosos, o que justificaria aguardar ao menos a definição do tribunal local sobre a questão. Todavia, é para tais situações que existem o efeito suspensivo e/ou a tutela antecipada recursal, de modo que, se o tribunal entender que o processo deva aguardar sua decisão sobre a matéria, assim determinará.

³⁸³ Sobre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, ver item 2.8.

³⁸⁴ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 207-218; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 34/1984, pp. 20-46, abril-junho/1984.

³⁸⁵ A causa de pedir compreende tanto o fundamento fático como o jurídico. Nas causas mais simples, como realça Swarai Cervone de Oliveira, o fundamento jurídico associa-se à qualificação jurídica, mas são fenômenos distintos. O fundamento jurídico encontra-se na esfera de disponibilidade do demandante, a quem cabe decidir se o deduzirá ou não, o que já não acontece com a qualificação jurídica, que diz respeito ao enquadramento dos fatos à norma, conforme *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 135-151. Ricardo de Barros Leonel admite uma maior amplitude de atuação do juiz quanto ao conhecimento dos fatos, conforme *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 233-241.

³⁸⁶ Swarai Cervone de Oliveira admite que o juiz, ao notar que o demandante tenha narrado, mesmo que colateralmente, fatos que possa alterar a causa de pedir, provoque tanto a ele como ao demandado para que deliberem sobre eventual alteração da causa de pedir, conforme *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 152-154. Parece um pouco arriscada essa postura judicial tão ativa. Ao admitir que o juiz provoque a alteração da causa da causa de pedir, não parece impedir que ele também provoque a alteração do pedido, e isso poderia, antes de representar economia processual, implicar quebra da sua imparcialidade.

do demandante ou, se não os negar, trazer fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, e do mesmo modo não deve o juiz acrescentar fatos a essa narrativa.³⁸⁷

Se assim sempre fosse, o juiz nada acrescentaria por ocasião da organização do processo, e apenas declararia a delimitação que de alguma forma já havia sido realizada pelas partes.³⁸⁸ No entanto, a conclusão não deve ser tão simplista assim.

Essa ordem de ideias não se aplica ao enfrentamento de questões que possam ser conhecidas de ofício,³⁸⁹ mas desde que os elementos necessários para percepção delas estejam no processo e seja assegurado às partes o exercício pleno do contraditório (artigo 10 do Código de Processo Civil).³⁹⁰ Isso significa que, em regra, o juiz deve se ater aos limites da demanda proposta (artigo 141 do Código de Processo Civil),³⁹¹ mas há situações particulares que permitem esse avanço.

Como consignado, há questões, inclusive de mérito, que podem ser enfrentadas de ofício pelo juiz (como as de ordem pública), de modo que podem ser conhecidas mesmo que não alegadas, desde que os elementos necessários para avaliação delas estejam no processo.³⁹² É o caso, por exemplo, da nulidade do negócio jurídico, consoante artigo 168,

³⁸⁷ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: RT, 2019, pp. 272-288.

³⁸⁸ Nesse sentido, Leonardo Greco: “[f]ique bem claro que não é o juiz que define as questões de fato e as questões de direito que serão objeto de prova e deverão ser resolvidas na final sentença de mérito. Pelo princípio da demanda, são as partes, na petição inicial e na contestação, que estabelecem os fatos geradores do seu direito material e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, exceção feita às exceções substanciais apreciáveis de ofício, mais bem qualificadas de objeções, como a prescrição e a decadência. Não cabe ao juiz no saneador estender ou limitar esses elementos componentes do mérito da causa definidos pelas partes, com a ressalva acima feita, mas apenas proclamar a compreensão do exato conteúdo das questões fáticas e jurídicas propostas para otimizar a admissão de provas, orientar a atividade das partes e preparar a sua apreciação na sentença final. Essa delimitação é puramente organizatória. (...)”. (*Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*).

https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020).

³⁸⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 262-266.

³⁹⁰ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 280-287. Heitor Vitor Mendonça Sica posiciona-se no sentido de admitir com maior amplitude os poderes do juiz no conhecimento de ofício de matérias de defesa, conforme *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 134-66. Ainda que de modo menos detalhado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também admite uma amplitude dos poderes do juiz em matéria de defesa, conforme *Poderes do juiz e visão cooperativa de Processo*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 3.11.2018.

³⁹¹ “A mais ampla e constante razão da exigência de especificar *partes, causa de pedir e pedido* é a necessidade de estabelecer os limites a serem observados na atividade jurisdicional: o juiz deverá julgar cada demanda *nos limites em que tiver sido proposta* (art. 141), a saber, para as pessoas ali indicadas, pelos fundamentos lançados na petição inicial e com relação ao bem da vida que o autor declarou pretender – sendo-lhe vedado conceder a este um provimento de natureza diferente daquele que tiver sido pedido, ou outro bem, ou bens em quantidade maior (ar. 492)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 154).

³⁹² Com esses elementos no processo, a partir de então o juiz pode exercer, de ofício, seu poder instrutório.

parágrafo único, do Código Civil, e da decadência e prescrição, a teor do artigo 487, II, do Código de Processo Civil.³⁹³

Nesse contexto, importa assinalar que o conceito de questão, classicamente caracterizada como ponto controvertido, evoluiu. Tradicionalmente, exigia-se para a definição de questão dois requisitos: (a) a apresentação do ponto por uma das partes e a (b) instalação da controvérsia pela outra. No entanto, nem sempre precisa existir controvérsia sobre a ocorrência de determinada situação para que sobre ela o juiz decida e, algumas vezes, a ocorrência de determinado fato sequer precisa ter sido alegada.³⁹⁴

Por isso que, emprestando as lições de Heitor Vitor Mendonça Sica, questões podem ser tidas como ponto em relação ao qual o juiz deva decidir, ainda que inexistam controvérsia advinda das partes a respeito dele.³⁹⁵ Se, por exemplo, houver uma determinada questão relativa à prescrição que ainda não foi resolvida e que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, ainda que as partes não controvertam a respeito dela, deverá ser delimitada e, sobre ela, instalado o contraditório para que seja decidida.³⁹⁶

Tudo isso para dizer que a delimitação da controvérsia, das questões fáticas sobre as quais recairá a atividade probatória, não é obra exclusiva das partes a ponto de caber ao juiz sempre apenas declará-las. Consideradas as características do caso concreto, o juiz poderá – deverá - contribuir com questões por ele levantadas.

Isso não significa que o juiz possa trazer à discussão todo e qualquer tema que poderia, em tese, interessar para solução do conflito.³⁹⁷ Não se trata disso. Como registrado,

³⁹³ Ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 188-189.

³⁹⁴ Ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 187-190.

³⁹⁵ “[É] de rigor anotar que o juiz não resolve somente os pontos controvertidos resultantes da proposição de determinado ponto de direito ou de fato por uma das partes, e negada pela adversa, de tal sorte que o conceito de questão acaba por se resumir a um ponto sobre o qual o juiz deverá decidir, valendo-se de seu raciocínio lógico e do seu poder de livre convencimento, e com o dever de apresentar motivação”. (*Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 190).

³⁹⁶ Augusto Chizzini, ao avaliar o artigo 101 do c.p.c. italiano, abordou com ênfase a importância do contraditório em relação às matérias cognoscíveis de ofício, conforme *Effettività del contraddittorio nel processo civile*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 171-189.

³⁹⁷ Como registrado há pouco, Swarai Cervone de Oliveira admite que o juiz provoque as partes para que deliberem sobre a modificação da causa de pedir, conforme *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 152-154. Ainda que a alteração da causa de pedir possa vir a se dar por provocação do juiz, ela só ocorrerá se aceita pelas partes e, então, apenas nessa hipótese haverá a discussão sobre questões a ela pertinentes.

ele ainda estará limitado aos fundamentos fáticos e jurídicos deduzidos pelas partes e às questões que possam ser conhecidas de ofício.³⁹⁸

O juiz não deve se alçar à condição de parte e lançar mão de expedientes para obter argumentos que interessem à procedência da pretensão ou sirvam de matéria de defesa.³⁹⁹ A liberdade das partes mantém-se intacta e resguardada. Ele não pode, por exemplo, julgar improcedentes os pedidos por entender que o negócio é anulável por erro se o demandado sequer o cogitou; não pode utilizar fundamento fático ou jurídico não deduzido pelo demandante para condenar o demandado; não pode condenar o demandado a pagar aluguéis atrasados se o demandante apenas deduziu pretensão de despejo; não pode se valer de argumento de defesa não utilizado pelo demandado, a não ser que o possa conhecê-lo de ofício.

Seja como for, o que de mais relevante há nessa delimitação é que o juiz revele às partes como que, para ele, a disputa está colocada, pois ao fim e ao cabo será ele quem a julgará e será ele quem deverá ter a sua esfera de compreensão influenciada, por isso precisa ser claro a respeito de como está concebendo as coisas, até para que possa ser dissuadido pela parte que tenha compreensão diversa.

3.8.2.2. A delimitação das questões de direito

Além de delimitar a matéria fática, deve também o juiz delimitar as questões de direito relevantes, nelas compreendidos os fundamentos jurídicos e a qualificação jurídica dos fatos. O artigo 357, IV, do Código de Processo Civil estabelece que as questões de direito a serem delimitadas são apenas “as relevantes para o julgamento do mérito”. Porém, se existirem questões de direito relevantes para que questões processuais ainda não resolvidas o sejam, elas também devem ser delimitadas, pois o propósito dessa delimitação é traçar os

³⁹⁸ Nesse particular, Rodrigo Ramina de Lucca atesta que “[a]penas as partes podem inserir fatos no processo mediante alegações expressas, taxativamente proibindo-se o juiz de realizar qualquer inovação fática de ofício, salvo quando a questão for de ordem pública”. (*Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 309).

³⁹⁹ Até mesmo Fritz Baur, que defende uma maior intromissão do juiz, ao comentar o processo civil alemão da década de 80 do século passado, reconhece que “[a]s partes, de acordo com o princípio do contraditório, podem dispor dos fatos na medida em que os fatos alegados, a respeito de que haja anuência, ou a respeito dos quais não há contestação, não precisam ser provados (§§ 288, 138 alínea 3 ZPO). Dessa forma, está adstrito o juiz a fundar a sua decisão sobre tais fatos alegados, mesmo se não estiver convencido de sua veracidade. Mas a obrigação de que os fatos sejam apresentados conforme à verdade constitui, nessa situação, um limite (§138 alínea 1 ZPO). O juiz, evidentemente, deve rejeitar os fatos alegados tidos como falsos”. (A importância da dicção “iura novit curia”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 3/1976, pp. 169-177, julho-setembro/1976). Como já consignado, Heitor Vitor Mendonça Sic admite poderes mais amplos ao juiz no conhecimento de ofício de matérias de defesa, conforme *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 134-166.

contornos da disputa, sejam eles processuais ou de mérito, que serão tanto objeto da atividade probatória como de decisão futura, com suas possíveis implicações jurídicas, de modo a permitir que sobre eles haja debate.

Ao determinar a delimitação das questões de direito, o legislador exigiu que fossem divulgados os fundamentos jurídicos apresentados e a repercussão jurídica das alegações que foram formuladas ao longo do processo (enquadramento jurídico)⁴⁰⁰ para, com isso, proporcionar segurança jurídica e previsibilidade, inclusive com impacto sobre a produção de outros meios de prova e os ônus daí provenientes.⁴⁰¹

Não parece necessário que o juiz indique o(s) dispositivo(s) legal(is) em relação aos quais gira a controvérsia,⁴⁰² mas sim que balize a disputa e a qualificação jurídica das alegações diante das suas diversas categorias.

É nessa ocasião que o juiz deve indicar a possibilidade de aplicação de uma tese fixada em julgamento de recursos repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas, de incidente de assunção de competência ou, até mesmo, de algum enunciado de súmula,⁴⁰³ para que as partes tenham a oportunidade de tratar a respeito e de demonstrarem que a situação se identifica ou não com a que gerou a tese.

Swarai Cervone de Oliveira recomenda não confundir o fundamento jurídico⁴⁰⁴ deduzido pelo demandante com a qualificação jurídica dos fatos. Como coloca o autor, a máxima de que os fatos interessam às partes e o direito, ao juiz, leva à equivocada conclusão de que o fundamento jurídico se equipara à qualificação jurídica e que são fenômenos mais relacionados ao juiz, de modo que a atuação das partes teria uma relevância bastante relativa.

⁴⁰⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores CRUZ E TUCCI, José Rogério... [et al.]. Associação dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Disponível em https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em 14.11.2020, pp. 612-613.

⁴⁰¹ Como indica Cândido Rangel Dinamarco: “[d]everá também o juiz, no ato de saneamento, ‘delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito’. Essa determinação liga-se ao desiderato da *previsibilidade* das decisões judiciais, visando a evitar surpresas no julgamento da causa, bem como a propiciar a efetividade do contraditório”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 652).

⁴⁰² William Santos Ferreira e Willian Leccioli parecem pensar diferente: “Com relação à delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito, o juiz deve fazer indicar quais dispositivos de lei podem ser utilizados para o deslinde da questão”. (Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (case management). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 305/2020, pp. 111-137, julho/2020).

⁴⁰³ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 239.

⁴⁰⁴ “Por fundamento jurídico há de se compreender a afirmação, abstrata, de que a determinados fatos o ordenamento liga certas consequências jurídicas.” (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 143).

Se assim fosse, como destaca o autor, o juiz não estaria vinculado aos fundamentos jurídicos e às qualificações jurídicas apresentadas pelas partes.⁴⁰⁵

No entanto, os fundamentos jurídicos, ao lado dos fundamentos de fato, integram a causa de pedir,⁴⁰⁶ o que não acontece com a qualificação jurídica dos fatos. Como os fundamentos jurídicos integram a causa de pedir, não há como admitir que o juiz ignore o que tenha sido delimitado pelo demandante e traga fundamentos diversos.⁴⁰⁷ Portanto, ao juiz está permitido alterar a qualificação jurídica dos fatos, mas não os fundamentos jurídicos trazidos pelo demandante, em respeito ao princípio da demanda.

Rodrigo Ramina de Lucca faz uma crítica à distinção entre a fundamentação jurídica e o que ele denomina de fundamentação legal. Para o autor, “não há fundamento jurídico nenhum na causa de pedir; ao menos não na causa de pedir como elemento identificador da demanda”, e embora a parte possa desenvolver sua argumentação jurídica, ela não vincula o juiz.⁴⁰⁸ Com todo respeito ao autor, não se trata de inexistir fundamento jurídico na causa de pedir, e sim de compreender que os fundamentos fáticos primários⁴⁰⁹ colocados pelo demandante geram repercussão no plano jurídico e que eles não podem ser alterados pelo juiz. Então, ao que parece, o que o Rodrigo Ramina de Lucca indica como fundamento jurídico não passa, na classificação de Swarai Cervone de Oliveira, de qualificação jurídica dos fatos. Talvez o problema seja mais terminológico do que de compreensão dos fenômenos.

Adotada a compreensão de Swarai Cervone de Oliveira, ao delimitar as questões de direito, o juiz tem de se atentar tanto aos fundamentos jurídicos como à qualificação jurídica dos fatos, mas apenas em relação à qualificação jurídica poderá inovar.

Exemplos utilizados por Swarai Cervone de Oliveira⁴¹⁰ podem ilustrar o assunto. Se o demandante que contratou pacote de turismo pede a devolução de 80% dos valores pagos por entender abusiva a cláusula que impede a devolução a partir de um determinado momento, mas faça mera menção, ao longo da petição inicial, que o cancelamento ocorreu por motivos de saúde, não pode ter seus pedidos julgados procedentes em razão de força

⁴⁰⁵ *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 135-151.

⁴⁰⁶ Ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, pp. 154-159.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 131-135.

⁴⁰⁸ *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 194-199.

⁴⁰⁹ Sobre fatos essenciais e secundários, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, pp. 153-154.

⁴¹⁰ *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, pp. 139-151.

maior ou caso fortuito (motivos de saúde), pois não foi esse o fundamento jurídico por ele utilizado. Se o demandante pede o reconhecimento de que determinada conduta do plano de saúde foi abusiva e só faz menção, ao longo da petição inicial, às normas do Código Civil, nada impede que o juiz se valha das normas do Código de Defesa do Consumidor para resolver a disputa, pois tal encontra-se no plano da qualificação jurídica dos fatos, e não dos fundamentos jurídicos.

É também possível ao juiz corrigir equívocos de enquadramento realizados pelas partes. Ainda que a parte tenha descrito fatos condizentes ao dolo, mas os tenha denominado como erro, nada impede que o juiz os aprecie como dolo. A mesma coisa acontece no caso de a parte denominar por resolução contratual o que, pelos fatos narrados, seria rescisão. Aliás, a organização do processo pode ser a oportunidade para que o juiz esclareça equívocos como esses.⁴¹¹

Essa situação, porém, não pode ser confundida com eventual *equivoco* relativo à pretensão deduzida pelo demandante. Se ele deduz pretensão diversa daquela que as fundamentações implicam, não pode o juiz corrigir o lapso. Assim, se demandante e demandado têm entre si uma relação locatícia cujas obrigações tenham sido descumpridas e o demandante deduz pretensão para reintegração de posse, e não para despejo, não está o juiz autorizado a retificar a pretensão deduzida e julgar procedentes os pedidos.⁴¹²

Portanto, o que está na esfera de atribuição do juiz sem que haja vinculação dele ao que foi deduzido pelas partes é a qualificação jurídica dos fatos, núcleo que caracteriza o *iura novit curia*.⁴¹³ Isso não significa que ele não tenha de delimitar essas questões, muito pelo contrário, pois a fase de organização do processo é a melhor oportunidade para o juiz delimitar tanto a fundamentação jurídica como a qualificação jurídica dos fatos.⁴¹⁴

⁴¹¹ Ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18. Admitindo a correção praticamente terminológica, ver GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 172.

⁴¹² Exemplo tirado de GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, pp. 171-172.

⁴¹³ Ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, pp. 160-164. Nas palavras de Swarai Cervone de Oliveira, “[o] *iura novit curia* não reside na possibilidade de alterar o fundamento jurídico da demanda, mas na liberdade do juiz de eleger a correta qualificação jurídica”. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 148).

⁴¹⁴ Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 235-236.

3.8.3. A definição da atividade probatória e da distribuição do ônus da prova

A produção de provas pelas partes para comprovar suas alegações pode ocorrer desde o primeiro momento que se manifestam no processo. O artigo 320 do Código de Processo Civil determina ao demandante que instrua a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda. O artigo 434 do Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece que a parte deve instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos para provar as alegações que deduz.⁴¹⁵

Em regra,⁴¹⁶ outras provas, se necessárias, serão produzidas depois de saneado e, sobretudo, organizado o processo. É por isso que as questões de fato e de direito devem ser delimitadas, para que se possa avaliar com mais acuidade quais as provas relevantes que ainda precisam ser produzidas e se trate da distribuição do ônus relativo a elas.

Assim, delimitadas as questões de fato e de direito, o juiz especificará os meios de prova admitidos e definirá a distribuição do ônus da prova. Por agora, deverá o juiz apenas externar os meios de prova que, na sua concepção, serão relevantes para que ele possa julgar adequadamente o processo, e não determinar a produção delas (a não ser que já requeridas na petição inicial ou na contestação/resposta), assim como caberá a ele indicar, com a maior precisão possível, os encargos probatórios que cabem a cada uma das partes, mesmo que não os distribua diversamente.

Questão interessante é a de se pode vir a ser necessária a produção de outras provas para que apenas então seja possível complementar o saneamento e a organização realizados parcialmente. Não se trata de saber se, depois de iniciada a fase de produção de outras provas, pode o juiz sanear e organizar tardiamente o processo, mas sim a de saber se o juiz pode/deve, em determinadas circunstâncias, produzir provas para apenas então sanear e organizar o processo em sua integralidade.

⁴¹⁵ A despeito disso, será por ocasião da delimitação das questões de fato e de direito que se terá o cenário mais propício para identificação das provas relevantes, como mencionam TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Helder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 181/2010, pp. 59-90, março/2010.

⁴¹⁶ É possível que alguma prova, como a oral ou pericial, seja antecipada e realizada antes de finalizado o saneamento e organizado o processo. O Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 381 a 383, além de admitir a antecipação da prova pela urgência, passou a admiti-la, em determinadas situações, mesmo que não detectado esse requisito. Ao que interessa para esse trabalho, é suficiente consignar que, embora a tendência seja a de que a prova que não a documental seja produzida depois de saneado e organizado o processo, é possível que ela seja produzida antes. Sobre a antecipação da prova sem o requisito da urgência, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Em determinadas circunstâncias, parece possível dizer que a solução de determinada questão processual dependa da produção de outras provas. Muito embora já se tenha declarado, nesse trabalho, que as condições da ação exigem um exame dos elementos da relação jurídica de direito material, também se reconheceu que a avaliação sobre elas deveria, se possível, ser realizada por ocasião do saneamento do processo; mesmo que assim seja, nada parece impedir que o juiz opte pela produção de determinada prova para que se defina sobre a legitimidade de uma das partes para que apenas então, e se o caso, sejam finalizadas as providências de organização do processo e, eventualmente, produzidas outras provas.⁴¹⁷

Em verdade, em situações como essa ou semelhantes a essa, o juiz acaba por delimitar todas as questões e por produzir toda a prova *necessária*, mesmo que parte dela possa vir, no futuro, a ser tida como irrelevante. A mesma situação se revela na hipótese de terem sido formulados pedidos subsidiários ou sucessivos que exijam atividade probatória para serem solucionados, assim como de existir alegação do demandado sobre preliminar de mérito. Nessas hipóteses, acaba-se por produzir provas relacionadas a todos os temas.⁴¹⁸

Mas questão muito mais complexa diz respeito à hipótese de ser necessária a produção de alguma prova para organização em si do processo. Como integra a noção de organização do processo a designação dos próprios meios de prova a serem utilizados, é possível dizer que a produção de uma determinada prova pode se despontar relevante depois da produção de uma outra prova. Por exemplo, em determinado processo, todos os sujeitos processuais convencem-se da relevância da produção da prova pericial de engenharia, que tem seu curso normal; ao longo da produção da prova pericial, tem-se relevante, para solução de determinada questão, a produção de uma prova pericial de geologia, e não apenas de engenharia. Não se trata de uma prova requerida tardiamente, pois ela se mostrou relevante apenas depois de produzida a prova de engenharia, pois até então sua relevância estava oculta. É possível, ainda, conceber hipótese na qual, do depoimento de uma testemunha ou da produção de uma prova pericial, passe-se a cogitar da ocorrência de prescrição; nesse caso, deve-se reorganizar o processo para que essa nova questão venha a ser enfrentada por todos, inclusive, se necessário, com a extensão da atividade probatória.

⁴¹⁷ Ver agravo de instrumento n. 0149410-21.2012.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁴¹⁸ Basta pensar no exemplo em que o demandado alega prescrição cuja solução depende da produção de outras provas que não as já inseridas no processo; é possível que se opte por produzir provas tanto para solução da prescrição como para as demais questões que se colocam para o julgamento dos pedidos.

Situação um tanto quanto semelhante seria aquela em que o juiz posterga a decisão sobre a determinação da produção de alguma prova para depois de outra ser produzida. Não é incomum o juiz diferir a decisão sobre a necessidade ou não da produção da prova oral, por exemplo, para depois da produção da prova pericial, que poderia revelar ser a prova oral irrelevante ou supérflua.

Além disso, pode-se conceber a hipótese em que o juiz, ao especificar as provas a serem produzidas, omite-se quanto a um determinado meio de prova que venha a lhe parecer, ao longo ou ao final da instrução, relevante, o que também não foi notado pelas partes. Nesse caso, deve esclarecer isso às partes e oportunizar a elas que requeiram a produção da prova, sem que se possa dizer, em repúdio a tal solução, que haveria estabilidade da decisão que organizou o processo, como se verá no item 5.12.

Ainda, se a organização do processo também se caracteriza pela definição a respeito da distribuição do ônus da prova, inclusive pela sua atribuição diversa da do padrão estabelecido pelos incisos I e II do artigo 373 do Código de Processo Civil, e se a atribuição diversa exige a presença de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo por quem originalmente deve cumpri-lo, seria possível que o juiz determinasse a produção de prova sobre essa impossibilidade ou excessiva dificuldade? Embora a solução possa parecer bastante incomum, não parece razoável descartá-la, de modo que a parte possa provar essa impossibilidade ou excessiva dificuldade que justifique a distribuição diversa do ônus probatório. E se de fato assim for, é de se admitir que sejam produzidas provas para organização do processo, já que antes de decidir sobre a distribuição diversa do ônus da prova, deveria o juiz produzir outra prova.

Especificadas as provas, definidos os encargos relativos à produção delas, requeridas que elas sejam pelas partes ou, eventualmente, determinadas de ofício, o juiz, com a participação das partes, organizará a produção delas e, se necessário e desde que já possível, designará audiência de instrução.

4. O SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO E A PETIÇÃO INICIAL, A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO E O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

4.1. O indeferimento da petição inicial

Ao tratar do saneamento e da organização difusos e concentrados, no item 3.7.1, registrou-se que, embora tenham sido estabelecidos momentos específicos para que ocorram, o juiz pode deles tratar ao longo do processo.

A teor do artigo 139, IX, do Código de Processo Civil, o juiz sempre deve atentar-se para manter o processo são, e tudo começa no seu primeiro contato com a petição inicial, quando ele deve avaliar uma série de requisitos necessários para verificar se algo deve e pode ser corrigido ou se o processo deve ser resolvido (artigo 321 do Código de Processo Civil), em típica atividade de saneamento.⁴¹⁹ Esses requisitos da petição inicial estão basicamente indicados nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil,⁴²⁰ e o indeferimento dela se dá nas hipóteses do artigo 330 do Código de Processo Civil (artigo 485, I, do Código de Processo Civil).⁴²¹

Como essa é a primeira oportunidade que o juiz tem para sanear o processo,⁴²² não deve negligenciar e deixar esse primeiro juízo sobre a higidez do processo para depois da citação do demandado, ainda mais quando os vícios ou as irregularidades puderem ser facilmente identificados.⁴²³

⁴¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, pp. 82-84.

⁴²⁰ O artigo 106, I, §1º do Código de Processo Civil traz um requisito da petição inicial que não está expresso nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil e que, se não observado, levará ao indeferimento da petição inicial.

⁴²¹ Sobre o tema, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 464-479; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, pp. 53-83 e 137-144.

⁴²² “Ajuizada a demanda, antes mesmo de determinar a citação do réu, a técnica do novo diploma processual pressupõe o início da atividade saneadora do juiz, com o exame formal da petição inicial”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 82)

⁴²³ “Ao apreciar a petição inicial está o juiz a fazer o primeiro dos juízos de admissibilidade do julgamento do mérito da causa. Já nesse momento ele tem o poder-dever de verificar a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, com o objetivo de evitar o prosseguimento de um processo sem conduções para preparar adequadamente e afinal oferecer, se for o caso, a tutela jurisdicional pedida pelo autor. Essa é uma autêntica atividade saneadora do processo, antecipada à fase ordinatória (...)”. (DINAMARCO, Cândido

Esse zelo do juiz se justifica ainda mais pelo fato de tais providências serem realizadas antes do ingresso do demandado no polo passivo do processo (por enquanto ele integra apenas o polo passivo da demanda).⁴²⁴ Afronta princípios como o da efetividade e o da celeridade a convocação do demandado para integrar processo que contenha vícios e irregularidades que levem à sua resolução precoce.⁴²⁵ Não deve ser imputado ao demandado o ônus de comparecer à audiência de conciliação e mediação, de ter de contratar advogado, de ter de se defender, de ter de dispender recursos e, ainda, fazê-lo sofrer toda a repercussão que um processo provoca na vida da pessoa sem que antes se certifique que os requisitos mínimos de admissibilidade foram preenchidos.⁴²⁶

Mas o indeferimento da petição inicial não deve ser realizado sem que antes seja conferida ao demandante a oportunidade de se manifestar (artigo 10 do Código de Processo Civil), para que possa sanar o vício ou trazer subsídios não considerados pelo juiz, para tentar demovê-lo da ideia de indeferi-la.

O que chama atenção na redação do artigo 321 do Código de Processo Civil, se comparada à do artigo 284 do Código de Processo Civil de 1973, é que agora está expressa a necessidade de o juiz indicar com precisão o que deve ser adequado (dever de informação).

Não que na vigência do Código de Processo Civil 1973 o juiz já não devesse indicar com exatidão o vício da petição inicial, mas nem sempre isso acontecia, tanto que não eram incomuns determinações genéricas para que o demandante emendasse a petição inicial sob consequência de indeferimento, sem que ele pudesse saber o motivo que levou o juiz a tal provimento.

Presume-se que a parte - seu advogado – tenha se portado com prudência e esmero na elaboração da petição inicial, então eventual defeito certamente lhe passou

Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 464).

⁴²⁴ “A pessoa indicada como réu na demanda não será parte no processo enquanto não vier a ser regularmente citada e se não for até que aquele seja extinto”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 322).

⁴²⁵ Ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15.

⁴²⁶ “A pendência de um processo (litispendência) é um ônus para o réu, às vezes muito gravoso, inclusive pelos efeitos substanciais e materiais de que é dotada, além de possíveis repercussões em sua vida social, profissional, econômica, negócios, créditos (...) – donde o *dever* de evitar a permanência de um processo que por algum motivo já se saiba se incapaz de produzir resultados úteis. Envolver o réu em uma litispêndência sem que estejam presentes os requisitos para tanto significaria desconsiderar as bases da cláusula *due process of law*, que constitui um sistema de limitações ao exercício do poder e portanto não tolera que o juiz imponha ao demandado um processo contrário à lei e a seus fundamentos éticos (...)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 464-465).

despercebido; por isso, não é uma determinação genérica de emenda à petição inicial que solucionará o problema; é necessário que o juiz seja específico, seja para que a ordem possa ser cumprida seja para que ela possa ser impugnada, se o caso.

A não prestação de informações contraria as características publicistas do processo, que pregam um juiz protagonista e participativo, de modo que não pode existir esse capricho de tratar com alguma opacidade aquilo que deve ser translúcido.

Para além do viés saneador que tem essa providência inicial de correção de irregulares em geral, ela também carrega ares organizacionais. Isso fica claro quando o juiz se depara com uma petição inicial com fatos muito mal descritos, com pedidos incompreensíveis ou incompatíveis, com uma narração inconclusiva ou concluída sem logicidade e determina que seja corrigida a petição inicial.⁴²⁷ Com isso, o juiz terá tomado o primeiro passo para que, no futuro, possa delimitar corretamente as questões fáticas e jurídicas, indicar as provas relevantes a serem produzidas e distribuir o ônus de produção delas, pois a narração confusa dos fatos, além de dificultar a defesa do demandado, impede ou dificulta demais a identificação exata do conflito e das provas relevantes para solucioná-lo.

O mesmo pode ser dito, de algum modo, quanto ao dever do juiz de liminarmente julgar improcedentes os pedidos do demandante nas hipóteses do artigo 332 do Código de Processo Civil. Essa solução, sobretudo quando aplicada a parte dos pedidos, permite uma melhor organização do processo, que terá curso apenas para julgamento das pretensões que não foram liminarmente julgadas improcedentes.⁴²⁸

Notar tudo isso apenas na fase saneadora ou ordinatória é um desserviço ao processo, seja porque a correção não será possível e muita energia já terá sido consumida inutilmente, seja porque, ainda que seja possível a correção ou que se solucione o que já deveria estar resolvido, muitos males poderão ter sido provocados.

⁴²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 661-662.

⁴²⁸ Ver SANTOS, Silas Silva. Improcedência liminar no novo Código de Processo Civil: contraditório prévio para o autor?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 249/2015, pp. 187-199, novembro/2015. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 252/2016, pp. 147-163, fevereiro/2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. Improcedência liminar do pedido. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 973/2016, pp. 247-270, novembro/2016.

4.2. As providências preliminares

As providências preliminares são conhecidas como as medidas que possam vir a ser necessárias depois do prazo da contestação/resposta ou da réplica para que se inicie propriamente a organização do processo e possa se avançar para às fases subsequentes.^{429 430}

Topologicamente, o regramento delas vai dos artigos 347 a 353 do Código de Processo Civil, que integram o Capítulo IX do Título I da Livro I da Parte Especial, denominado “Das Providências Preliminares e do Saneamento”.

É por ocasião das providências preliminares que o juiz avalia a incidência ou não dos efeitos da revelia, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do demandante e qualquer das matérias previstas no artigo 337 do Código de Processo Civil, que basicamente dizem respeito a questões de natureza processual.

Por agora, o que prende a atenção nessa fase é o disposto no artigo 352 do Código de Processo Civil e a sua conjugação com o artigo 357 do Código de Processo Civil. Isto porque, se o artigo 352 do Código de Processo Civil determina que o juiz, por ocasião das providências preliminares, ao verificar a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, deva determinar sua correção em prazo nunca superior a 30 dias, como compatibilizá-lo com o saneamento processual a que faz alusão o artigo 357 do Código de Processo Civil?

O Código de Processo Civil é repleto de dispositivos que estimulam o juiz a determinar a correção de vícios, como dão conta os artigos 76, 139, IX, 317, 321, 352, 357, 932, parágrafo único, primando para que seja proferida sentença de mérito e resolvida a crise de direito material (artigo 4º do Código de Processo Civil).

Como registrado acima, o primeiro momento no qual se verifica a existência de vícios é logo no primeiro contato do juiz com a petição inicial. Esse é um novo momento no qual há uma *pausa* no procedimento, logo depois do prazo para a apresentação da

⁴²⁹“As providências preliminares consistem em um conjunto de medidas que, situadas após o prazo para a contestação (ou, tendo sido apresentada reconvenção, após a contestação na demanda reconvenicional), visam a organizar o final da fase postulatória, saneando eventuais vícios processuais, proporcionando o exercício do contraditório sobre novos pontos trazidos na contestação e preparando o processo para as etapas posteriores”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. 2, p. 159).

⁴³⁰ Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, situa caracteriza as providências preliminares como o início da fase ordinatória, e não como o final da fase postulatória: “(...) fase ordinatória é, como o nome diz, o segmento do procedimento comum em que se põe *ordem* no processo. Ela é o segundo dos segmentos integrantes desse procedimento e tem início logo que termina a fase postulatória. (...) tais medidas e providências que dão corpo à fase ordinatória são denominadas *providências preliminares* pelo Código de Processo Civil (arts. 347 ss.)”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 632).

contestação/resposta ou da réplica.⁴³¹ Isso significa que o juiz deveria, por ocasião das providências preliminares, cuidar de resolver irregularidades ainda existentes ou questões processuais em geral, especialmente aquelas que lhe passaram despercebidas no contato com a petição inicial ou que dependiam de alegação da parte.

Se os vícios detectados forem sanados, o processo prossegue a caminho da prolação da sentença de mérito. Porém, se a correção desses vícios couber ao demandante e ele nada fizer ou forem insanáveis, será a identificação deles que levará à aplicação do artigo 354 do Código de Processo Civil em boa parte das hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil.⁴³² ⁴³³ Se a correção couber ao demandado e ele nada fizer,⁴³⁴ facilitará o caminho do demandante para que os pedidos sejam julgados procedentes.

Por isso mesmo que, como bem anotado por Cândido Rangel Dinamarco, o artigo 357, I, do Código de Processo Civil, ao determinar que o juiz resolva as questões processuais pendentes, utiliza, ao final do inciso, a expressão “se houver”, pois muitas delas já terão sido solucionadas por ocasião das providências preliminares.⁴³⁵ Portanto, ao se chegar ao saneamento e à organização do processo a que faz menção o artigo 357 do Código

⁴³¹ Essas pausas no procedimento foram identificadas por Andre Vasconcelos Roque: “Uma das finalidades das providências preliminares é sanear possíveis vícios ou irregularidades no processo. A atividade de saneamento do juiz é permanente, desde a primeira manifestação do autor, ocasião em que poderá determinar a correção de defeitos e irregularidades da petição inicial (art. 321). Em alguns momentos, porém, essa tarefa se torna mais intensa e é isso o que ocorre no dispositivo em análise [artigo 352]. O juiz dá uma pausa no procedimento e verifica se há algum vício que deva ser corrigido, (...)”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. 2, p. 165).

⁴³² A menção a boa parte das hipóteses se deve ao fato de nem todas as situações previstas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil estarem relacionadas a vícios propriamente ditos, como acontece na homologação da desistência da demanda. Além disso, é preciso destacar que nem sempre a ausência de manifestação do demandante leva à extinção do processo, como acontece com o abandono do processo, que depende de requerimento do demandado para que o processo seja extinto (artigo 485, §6º, do Código de Processo Civil).

⁴³³ Com já registrado, nem sempre a ausência da sanção de vícios pelo demandante deve levar à extinção do processo sem o julgamento do mérito. A não regularização da representação processual deveria ser um exemplo disso, embora o artigo 76, §1º, I, do Código de Processo Civil faça menção à extinção do processo nessa hipótese. O abandono da causa, pelo demandante, só leva à extinção do processo se o requerer o demandado (artigo 485, §6º, do Código de Processo Civil); não fosse assim, o demandante poderia abandonar a causa se estivesse receoso de que seus pedidos seriam julgados improcedentes.

⁴³⁴ Um dos vícios que cabe ao demandado corrigir é o de representação processual, que, nos termos do artigo 76, II, do Código de Processo Civil, pode levar à sua revelia, muito embora a utilização da expressão não tenha sido a mais adequada, já que a irregularidade pode ser constatada depois de apresentada regular contestação e não caber mais se falar revelia.

⁴³⁵ “Resolver questões processuais pendentes (art. 357, inc. I). Para evitar o prosseguimento do processo com imperfeições, no saneamento é dever do juiz ‘resolver as questões processuais pendentes, se houver’. A cláusula *se houver* está ali inserida porque o mais provável é que em momentos anteriores todas as questões processuais já hajam sido resolvidas mediante as providências preliminares suscitadas pelas partes na contestação ou réplica, ou pelo próprio juiz, de ofício. Na decisão das questões processuais que ainda houver, poderá o juiz rejeitar preliminares, determinar providências, acolher preliminares e até mesmo, quando for o caso, determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 651-652).

de Processo Civil, é possível que pouco ou nada haja para ser saneado, pois ou nada há para se resolver mesmo ou já foi resolvido antes.⁴³⁶

Isso não significa que não possam existir vícios a serem enfrentados depois das providências preliminares, seja porque questões a eles relativas podem surgir ao longo do processo, seja porque algum vício, já existente, não tenha sido enfrentado antes.

Vale mencionar, ainda, que o artigo 352 do Código de Processo Civil faz menção apenas a vícios e irregularidades, e não especificamente a questões processuais. Assim, pode-se conceber a ideia de que existam questões processuais que não estejam abrangidas propriamente pela noção de vício ou irregularidade a que alude esse dispositivo, como as relativas à admissão ou não da intervenção de terceiros e à suspensão do processo até que se decida questão prejudicial em outro; essas, então, poderiam vir a ser questões processuais que deveriam ser enfrentadas depois de tomadas as providências preliminares e, eventualmente, antes de uma possível aplicação dos artigos 354, 355 e 356 do Código de Processo Civil.

Essa, no entanto, parece ser uma visão muito compartilhada do processo, que inexistente na prática. Desde que tenha todos os elementos necessários para tanto, o juiz acabará por resolver as irregularidades e as questões processuais em uma mesma ocasião, de uma só vez. E se a resolução dessas questões não implicar solução de continuidade do processo, ele aproveitará essa mesma oportunidade e passará às providências organizacionais.

4.3. A sentença sem resolução do mérito e o julgamento *antecipado* do mérito

A redação do *caput* do artigo 357 do Código de Processo Civil é peremptória ao estabelecer que o saneamento e a organização do processo só terão cabimento se não ocorrer alguma das hipóteses das três seções que antecedem à Seção IV do Capítulo X do Título I

⁴³⁶ Nesse sentido, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco: “[n] a verdade, o ato de *saneamento* do processo nada saneia. Simplesmente declara saneado o processo que não apresenta vício algum ou que, tendo-o apresentado, dele já se expurgou (Galeno Lacerda). A sanação de atos viciados, a repetição de atos *etc.* são providências que antecedem o *saneamento do processo* aludido no art. 331 e agora contido na audiência preliminar, integrando a série de atividades que o Código de Processo Civil denomina *providências preliminares*. Vê-se, portanto, que essa medida judicial denominada *saneamento do processo* constitui resultante decisória das possíveis preliminares suscitadas pelas partes ou pelo próprio juízo, fazendo parte de um complexo conjunto de atividades. O processo, portanto, principia a ser *saneado*, ou seja, libertado de vícios impeditivos de sua continuação e do futuro julgamento do mérito, no momento em que o juiz manda o autor dizer sobre preliminares e depois determina a sanação do sanável (art. 327). Em seguida é que, ‘cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo’ (art. 328)”. (*A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do agravo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 117-118).

do Livro I da Parte Especial. Ou seja, na dicção do artigo 357, só haveria aquela fase de saneamento e organização do processo se o juiz não proferisse sentença nas hipóteses dos artigos 485 e 487, II e III, do Código de Processo Civil (Seção I) e se não houvesse o julgamento *antecipado* – também parcial - do mérito (Seções II e III).

Não parece ser isso que acontece sempre, tanto que é possível detectar situações nas quais haverá saneamento e organização do processo mesmo nas hipóteses de sentença sem resolução do mérito e de julgamento *antecipado* do mérito.

4.3.1. As hipóteses de sentença sem resolução do mérito (artigo 354 do Código de Processo Civil)

O artigo 354 do Código de Processo Civil determina que, em qualquer das hipóteses do artigo 485 e do artigo 487, II e III, o juiz proferirá sentença. A redação é semelhante à do artigo 329 do Código de Processo Civil de 1973, com a diferença de que antes o juiz extinguiria o processo, e não apenas proferiria sentença. Apesar da alteração, o título da seção permanece fazendo referência à extinção do processo. Seja como for, o determinante é que se tenha a correta compreensão do fenômeno, e ela está mantida.

O artigo 485 do Código de Processo Civil indica as situações nas quais o juiz não resolverá o mérito. São as denominadas sentenças – ou decisões - terminativas.⁴³⁷

O artigo 487, II e III, do Código de Processo Civil, por sua vez, indica situações de resolução do mérito, mas as hipóteses ficam reservadas à ocorrência de decadência e de prescrição e à homologação do reconhecimento da procedência do pedido, de transação e de renúncia à pretensão. Trata-se das denominadas, por Cândido Rangel Dinamarco, *falsas sentenças de mérito*, já que não apreciam o pedido propriamente dito.⁴³⁸ Depois disso, restaria ao juiz apenas acolher ou rejeitar o pedido formulado (artigo 487, I, do Código de Processo Civil).

Embora as sentenças com fundamento no artigo 487, II e III, do Código de Processo Civil sejam tidas por *falsas sentenças de mérito* e não sejam classificadas como julgamento *antecipado* do mérito, parece que poderiam, tranquilamente, ser rotuladas como tal, pois resolvem o mérito antes do tempo esperado. Aliás, é possível dizer que esse tipo de julgamento seria *mais antecipado* do que aqueles previstos nos artigos 355 e 356 do Código

⁴³⁷ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 639-641.

⁴³⁸ Ver *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 309-325.

de Processo Civil, sobretudo nas hipóteses do artigo 487, III, do Código de Processo Civil, pois nele algum evento - de certo modo - excepcional (reconhecimento da procedência do pedido, transação e renúncia à pretensão) impediu que o juiz acolhesse ou rejeitasse o pedido do demandante, o que não acontecesse nos casos dos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil, nos quais os pedidos são rejeitados ou acolhidos, sem que exista algum evento extraordinário que tenha provocado isso.

A questão que se coloca é se nessas hipóteses não haverá saneamento e organização do processo, já que ainda não se chegou às providências indicadas pelo artigo 357 do Código de Processo Civil.

Como já dito, tanto o saneamento como a organização do processo são fenômenos que acontecem ao longo do processo, de modo que não parece ser adequado dizer que nas hipóteses dos artigos 485 e 487, II e III, do Código de Processo Civil não teria existido saneamento e organização do processo.

Os artigos 321 e 352 do Código de Processo Civil revelam que o saneamento do processo já aconteceu ou ao menos já deveria ter acontecido. Inclusive, pode ser a própria atividade de saneamento do processo que leve a uma das hipóteses previstas no artigo 354 do Código de Processo Civil.

Não fosse isso suficiente, pode o juiz, ainda, depois de delimitadas as questões fáticas e produzidas provas, se dar conta da ilegitimidade de uma das partes, que passou despercebida até então, ou da ausência de um pressuposto processual qualquer; o juiz pode já ter inclusive realizado todas as providências previstas pelo artigo 357 do Código de Processo Civil e, ao encerrar a fase instrutória, se deparar com um pedido de desistência da demanda⁴³⁹ com a concordância do demandado,⁴⁴⁰ não lhe cabendo outra providência que não a de proferir sentença sem resolução do mérito.⁴⁴¹ Há de se considerar, porém, que esses exemplos carregam consigo uma particularidade que rompe e distorce o raciocínio, pois a ausência de condição da ação ou de pressuposto processual passou despercebida e deveria

⁴³⁹ O Código de Processo Civil utiliza a expressão “desistência da ação”, mas o mais adequado seria “desistência da demanda”, pois o demandante não desiste propriamente da ação (do seu poder), mas sim do ato de deduzir uma pretensão em juízo. Sobre o significado de “demanda”, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 445.

⁴⁴⁰ Atenção à exceção prevista no artigo 1.040, §1º e 3º, do Código de Processo Civil. Não parece ter andado bem o legislador ao conceder ao demandante o poder de desistir da demanda, mesmo depois de já apresentada contestação, sem a concordância do demandado, apenas porque foi fixada *tese* em recurso repetitivo em Tribunal Superior. Seria muito mais adequado que a pretensão do demandante fosse julgada e a decisão daí proveniente ficar acobertada pela coisa julgada.

⁴⁴¹ Ver TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997.

ter sido notada antes, bem como a organização do processo só teve curso porque a desistência da demanda não veio antes.

Mas para além delas, vale a reflexão sobre se, ao menos em tese, há hipóteses nas quais para decidir sobre questões cujo conteúdo esteja relacionado a matérias previstas nos artigos 485 e 487, II e III, do Código de Processo Civil o juiz deva antes ter de passar pelas providências previstas no artigo 357 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, é possível conceber situações nas quais, para decidir sobre algum tema indicado nos artigos 485 e 487, II e III, do Código de Processo Civil, o juiz tenha de adotar as providências do artigo 357 do Código de Processo Civil? A resposta é positiva.

Para julgar uma alegação de ilegitimidade, é possível que seja necessária a produção de outras provas que não apenas as trazidas com a petição inicial e a contestação/resposta. Há alegações de prescrição e/ou decadência que, para serem enfrentadas, dependem da produção de prova testemunhal, e até pericial. Basta contemplar a hipótese de demanda proposta para obter indenização por danos materiais que teriam sido provocados por construtora responsável pelas obras de uma linha de trem que passa próximo à residência do demandante. Além de negar ser a responsável pelas avarias, a demandada alega que elas surgiram há muitos anos e eram *velhas* conhecidas do demandante, de modo que a pretensão foi extinta pela prescrição. Para decidir sobre isso (termo inicial do prazo prescricional), é possível que sejam necessárias as produções de provas pericial e testemunhal,⁴⁴² que também serão relevantes para se saber se as avarias são provenientes ou não da obra.

Tudo isso para dizer que, apesar de o artigo 357 do Código de Processo Civil iniciar sua redação com a consideração de que ele só seria aplicado se não ocorressem as demais hipóteses do seu Capítulo, deve-se interpretar essa afirmação com moderação, pois, ainda que em ocasiões peculiares, é possível que as fases de organização e de instrução sirvam para que o juiz decida como prevê o artigo 354 do Código de Processo Civil.

4.3.2. As hipóteses de julgamento *antecipado*, ainda que parcial, do mérito (artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil)

Não deveria ocorrer, também, avanço à fase de saneamento e organização do processo se o caso fosse de julgamento *antecipado* do pedido. Esse mesmo raciocínio

⁴⁴² Ver Agravo de instrumento n. 0026275-21.2002.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

também se aplica à hipótese na qual o julgamento *antecipado* for parcial, mas restrito ao capítulo objeto da decisão parcial.⁴⁴³

Para Cândido Rangel Dinamarco, julgamento *antecipado* não significa julgamento prematuro, mas sim realizado antes da audiência de instrumento e julgamento, que seria o momento no qual, em regra, o juiz proferiria a sentença.⁴⁴⁴

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o seu artigo 330, que tratava do julgamento *antecipado* do mérito, fazia alusão à desnecessidade da produção de prova em audiência (parte final do inciso I). Nota-se que havia, de certo modo, uma vinculação do julgamento *antecipado* à ideia da ausência de prova em audiência, tanto que, se interpretado literalmente o dispositivo, poder-se-ia conceber que seria *antecipado* o julgamento no qual houvesse a produção de outras provas, mas desde que essa produção não fosse realizada em audiência. Possivelmente, trata-se de uma reminiscência de uma interpretação advinda do Código de Processo Civil de 1939, que para muitos, como Eurico Tullio Liebman, não permitia o julgamento do mérito sem a realização de audiência.⁴⁴⁵

Atualmente, como o artigo 355 do Código de Processo Civil não faz sequer menção à audiência, a ideia de ser o julgamento *antecipado* está relacionada apenas à ausência da necessidade de produção de outras provas, pouco importando se seriam ou não produzidas em audiência. Em termos simples, *antecipado* será o julgamento do processo no qual é desnecessária a dilação probatória.⁴⁴⁶

Embora já consagrado, o termo *antecipado* poderia ser evitado.⁴⁴⁷ Para justificá-lo, é difícil dizer, como defende Cândido Rangel Dinamarco,⁴⁴⁸ que o momento reservado

⁴⁴³ Sobre capítulos de sentença, ver obras de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008 e BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

⁴⁴⁴ Ver *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 641-644.

⁴⁴⁵ O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753, setembro/1999.

⁴⁴⁶ Cândido Rangel Dinamarco, coerente com seu posicionamento, vincula a expressão *antecipada* à inexistência de audiência, de modo que ainda seria *antecipado* o julgamento do processo em que foi necessária apenas a prova pericial, ainda que essa seja uma *antecipação* menos intensa. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 645-646).

⁴⁴⁷ Ao tratar do artigo 330 do Código de Processo Civil de 1973, assinalou Eduardo Talamini: “Assim, os dois casos constantes do inc. I (e, como se verá a seguir, também o do inc. 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 fala impressão de que o ato decisório estaria ocorrendo antes de seu momento oportuno, ‘abortando a caminhada em direção à sentença final’. 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 julgar já está nos autos”. (Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997).

⁴⁴⁸ Ver *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 641-644.

para prolação da sentença seja a audiência de instrução e julgamento e, se proferida antes disso, ela seria *antecipada*. Com o mais absoluto respeito a Cândido Rangel Dinamarco, professor de todos nós, o julgamento *antecipado*, em última análise, não pode ser tido como uma exceção do sistema. A ideia de que o juiz tinha de sempre avançar até a audiência de instrução e julgamento ficou no passado, até porque muitos já admitiam o julgamento do mérito por ocasião do despacho saneador previsto no Código de Processo Civil de 1939.⁴⁴⁹

Se identificadas as hipóteses do artigo 355 do Código de Processo Civil - e isso pressupõe a desnecessidade de produção de outras provas -, o juiz deve imediatamente julgar o mérito, e isso não o transforma em julgamento *antecipado*, mas realizado no momento oportuno diante das características do caso.⁴⁵⁰ O que importa para o processo é que houve um julgamento sem que houvesse a dilação probatória, pois as provas apresentadas com a petição inicial e com a contestação/resposta foram suficientes.⁴⁵¹

Por isso que, em tese e levando em consideração o que se defende ao longo da dissertação sobre os limites dos poderes do juiz quando em disputa direitos disponíveis, é possível que haja o julgamento *antecipado* do mérito com a aplicação da regra do ônus da prova, e para tanto basta que o juiz especifique as provas para além das já apresentadas na petição inicial e contestação/resposta e as partes não a requeiram, assumindo o risco do julgamento pela regra do ônus da prova quando disponíveis os interesses em disputa.

⁴⁴⁹ Sobre a possibilidade de julgamento de mérito por ocasião do despacho saneador e antes da audiência de instrução e julgamento, quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1939, ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 140-152; BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, n. 8-11, pp. 148-158, out 1968/1971. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/400/372>, Acesso em 27.5.2019. Em sentido contrário, ver LIEBMAN, Enrico Tullio. O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753, setembro/1999.

⁴⁵⁰ “(...) Constituiria, certamente, patente inutilidade deixar-se a resolução do mérito para um momento posterior, levando o processo adiante, para fase posterior, de forma absolutamente desnecessária, em detrimento da celeridade processual, com enorme prejuízo a todos os protagonistas do processo.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 276). Como consignam Fernando Horta Tavares e Helder Gomes Dutra, “[n]ecessário ponderar que o instituto em estudo não revela qualquer espécie de providência ‘antecipada’, visto que, observada a sistemática do Código, aliada à concepção de Processo na atualidade, a prolação do provimento sentencial estará ocorrendo no momento processual adequado”. (TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Helder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 181/2010, pp. 59-90, março/2010).

⁴⁵¹ “Na dicção do inc. I do art. 355 está dito tudo quanto seria necessário para a antecipação do julgamento do mérito, a saber, que essa antecipação será autorizada ‘quando não houver necessidade de produção de outras provas’. Nessa construção bastante singela já está claramente disposto que essa antecipação será admissível quando *só questões de direito* houver a serem decididas, sendo *incontroversos* todos os pontos de fato, ou quando as questões de fato já estiverem *satisfatoriamente esclarecidas* pelas provas já constantes dos autos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 642).

Por outro lado, vale registrar que é indicado ao juiz, mesmo que acredite que o caso seja de julgamento *antecipado* do mérito, que delimite as questões de fato e de direito relevantes e consigne que, em sua concepção, as provas relevantes já foram produzidas, concedendo às partes a oportunidade de convencê-lo do contrário ou com ele concordar. Em última hipótese, o juiz até pode provocar as partes para que especifiquem as provas e elas requererem o julgamento *antecipado* do mérito, mas tudo isso deve ser realizado de modo muito cauteloso para evitar que deixe de ser produzida alguma prova relevante, sobretudo por falta de *diálogo* entre os sujeitos processuais. Essa solução impede – ou ao menos mitiga os riscos - que ocorram julgamentos *antecipados* precoces e inadequados.⁴⁵²

A depender das características do caso, pode-se imaginar situação que permita ao juiz julgar *antecipada* e parcialmente o mérito só com o que foi apresentado pelas partes na petição inicial e na contestação/resposta; depois, julgar outros pedidos quando produzida uma determinada prova; e, por fim, julgar o restante dos pedidos quando produzidas outras provas ainda.⁴⁵³ Nesse caso, porém, o julgamento parcial depois de produzida a prova que não em petição inicial e contestação/resposta não seria propriamente *antecipado*.⁴⁵⁴

A despeito disso tudo, há de ser reconhecer que mais importante do que saber se este ou aquele julgamento é *antecipado* ou não é saber se foi realizado adequadamente, e para se chegar a tal conclusão deve-se observar o procedimento estabelecido, conferir

⁴⁵² A rigor, o Código de Processo Civil não confere oportunidade às partes para se contraporem ao julgamento *antecipado*. Finalizada a fase postulatória, se inexistirem irregularidades ou elas forem sanadas, o juiz logo proferiria sentença. No entanto, não parece ser essa a postura mais adequada a ser adotada pelo juiz, pois mesmo nessa situação deve *dialogar* com as partes e expor a sua concepção de que o caso é de julgamento *antecipado*, concedendo-lhes a oportunidade de apresentarem considerações a respeito, até mesmo para que, se o caso, ele altere seu posicionamento.

⁴⁵³ “Assim, seja lá em que fase for (postulatória, ordinatória ou instrutória) da etapa de cognição do processo de conhecimento (exceção feita à fase decisória, pois idealizada, exatamente, para a prolação da sentença final), caso um dos pedidos cumulados se mostre maduro para julgamento, deverá ocorrer o ‘julgamento interlocutório de mérito’ por parte do juiz da causa, como materialização da norma fundamental contida no art. 4º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Imagine-se, por exemplo, a hipótese, em que tenha sido aberta fase instrutória com a finalidade de realização de perícia para a constatação de dano moral, assim como oitiva de testemunhas para averiguação da existência de dano material. Feita a perícia concluindo peremptoriamente pela ocorrência do dano moral, poderá o juiz resolver o mérito de tal pedido, emitindo ‘julgamento interlocutório de mérito’; deixando a análise do pleito de dano material para após a realização de audiência de instrução e julgamento, na fase decisória final da etapa de cognição do processo de conhecimento. Conclui-se, desta maneira, que se o juiz constatar que durante a fase instrutória está apto a apreciar um dos pedidos cumulados pendentes de análise, pois sobre ele esgotou-se contraditório e ampla defesa, restando assim maduro, deverá fazê-lo emitindo ‘julgamento interlocutório de mérito’, deixando para o ‘julgamento final’, apenas aqueles pedidos que exijam encerramento efetivo da instrução processual”. (ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 219-239, abril/2020).

⁴⁵⁴ Cândido Rangel Dinamarco posiciona-se em sentindo um pouco diferente, conforme nota de rodapé acima, pois entende que, mesmo se produzida alguma prova depois do saneamento, se ela não for em audiência, o julgamento continuará sendo *antecipado*, ainda que a *antecipação* não venha a ser tão significativa.

oportunidade às partes para influírem no convencimento judicial e respeitar as liberdades que lhes cabem no processo.

5. A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1. Os “momentos-chave” de saneamento e organização do processo

Já se assinalou que o saneamento e a organização do processo são realizados em diversas oportunidades. É possível dizer que a estrutura atual do processo concebeu, de modo expresso, ao menos três momentos específicos para que o juiz realize uma *pausa* na marcha processual para avaliar questões processuais e organizar o processo, que são os previstos nos artigos 321, 352 e 357 do Código de Processo Civil.⁴⁵⁵

A despeito disso e do dever de o juiz, desde sempre (artigo 139, IX, do Código de Processo Civil), eliminar vícios e resolver questões processuais que já possam ser solucionadas, habitualmente ele o faz na fase de saneamento e organização do processo propriamente dita,⁴⁵⁶ prevista na Seção III do Capítulo X do Título I do Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil, à qual foi destinada o artigo 357.

Deveriam sobrar para essa fase questões processuais mais específicas e restritas, que não puderam mesmo ser solucionadas antes, além daquelas que escaparam de uma análise mais acurada do juiz por ocasião do contato com a petição inicial ou das providências preliminares, mas fato é que ele acaba por acumular a análise de todas essas questões para, então, passar à organização mais detalhada do processo, como estabelece o artigo 357 do Código de Processo Civil, cujas providências passarão a ser abordadas a partir de agora.

⁴⁵⁵ Esses momentos processuais não passaram despercebidos por Humberto Theodoro Júnior: “Como principais novidades do CPC/15 em matéria de saneamento podem se apontar as seguintes: (...); b) a visão de um *estágio dinâmico*, mais ou menos longo em que as deficiências processuais podem ser detectadas e, se possível, superadas, estágio que se inicia com o despacho da petição inicial (art. 321) e se encerra com as ‘providências preliminares’ e, especialmente, com a ‘*decisão de saneamento e organização do processo*’ (art. 357)” (Saneamento e organização do processo. Gestão compartilhada do processo justo. Recurso. Não ocorrência de preclusão. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 401-402).

⁴⁵⁶ Assim considera José Rogério Cruz e Tucci: “[a] praxe forense mostra que, pelo constante acúmulo de serviço, de um modo geral, a grande maioria dos juízes relega para este momento [saneamento e organização do processo] a análise das preliminares de natureza processual. É, com efeito, depois da réplica do autor que, efetivamente, o órgão julgador se debruça sobre o processo para dirimir as eventuais ‘questões processuais pendentes’, como, v.g., a arguição de incompetência ou a falta de legitimidade” (*Comentários ao Código de Processo Civil, (arts. 318 a 368)*; coordenação de José Roberto Ferreira, Luiz Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 300). Lia Carolina Batista vai ainda além: “[é] bastante razoável que haja uma ordem de apreciação das questões que deva ser respeitada. A técnica existe para ordenar, para dar segurança e, por isso, deve ser observada. No entanto, nem seria preciso dizer, a realidade dos fatos é bastante diferente da previsão normativa. É raro ver um juiz que se ocupa do juízo de admissibilidade no momento adequado, tamanho o volume de trabalho que possui. Assim, a maioria deles relega o exame das questões processuais para o momento do exame do mérito”. (Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil -Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012).

5.2. A solução das questões processuais ainda pendentes

A primeira das providências que o juiz deve tomar nessa fase é a de resolver as questões processuais pendentes, se houver.⁴⁵⁷ As questões processuais não têm de ser resolvidas apenas se não for o caso de prolação de sentença sem resolução do mérito ou de julgamento *antecipado* do mérito. Como já registrado, a redação do *caput* do artigo 357 do Código de Processo Civil pode levar à falsa impressão de que, se houver a prolação da sentença com base no artigo 354 do Código de Processo Civil ou se houver o julgamento *antecipado* do mérito, a teor dos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil, não seria necessário resolver questão processual alguma. Não é verdade, muito pelo contrário.

O artigo 485 do Código de Processo Civil traz inúmeras hipóteses de questões processuais que devem ser analisadas e que, inclusive, podem levar à consequência do artigo 354 do Código de Processo Civil. Por isso que, ainda que seja o caso de se decretar a prescrição, é preciso antes resolver eventuais questões que digam respeito à competência, à existência ou não de convenção de arbitragem, à capacidade processual, e por aí vai. A mesma coisa pode ser dita quanto à hipótese de julgamento *antecipado* do mérito, pois antes que ele ocorra não deve haver questão processual pendente de apreciação.

A necessidade de serem resolvidas as questões processuais pendentes deve ser considerada, na mais tardia das hipóteses, quando o juiz passa a conjecturar se é caso de julgamento sem resolução do mérito (artigo 354 do Código de Processo Civil), de julgamento *antecipado* do mérito (artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil) ou de prosseguir no curso do processo com o desenvolvimento da fase instrutória (artigo 357 do Código de Processo Civil).

O que o legislador possivelmente pretendeu com o inciso I do artigo 357 do Código de Processo Civil foi convocar o juiz a, uma vez mais e antes de iniciar a atividade probatória, debruçar-se sobre o processo para constatar se ainda há alguma irregularidade que possa ser sanada ou para resolver eventuais questões processuais ainda pendentes, para que as atividades possam seguir adiante com a produção das provas relevantes para o julgamento do mérito, evitando que uma irregularidade qualquer ou uma questão processual não solucionada – e que poderia ter sido solucionada - coloque tudo a perder ou atrase a marcha processual.

⁴⁵⁷ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 651-652.

5.3. A delimitação das questões de fato e a atividade probatória

Já se teve a oportunidade de afirmar que as questões de fato que serão objeto de apreciação resultam de movimentos primordialmente realizados pelas partes, mas que podem contar com a contribuição do juiz. O demandante apresenta suas alegações e formula seu pedido; o demandado também apresenta seus argumentos, defende-se e pode até reconvir (colocando-se como demandante sob esse aspecto); ao juiz, por sua vez, é permitido acrescentar ao que foi apresentado pelas partes as questões que possam ser conhecidas de ofício.

A delimitação das questões de fato é importante para que uma sentença adequada seja proferida, sobretudo quando exista alguma complexidade na disputa. Nessa oportunidade, o juiz demarca a discussão travada no processo e esclarece o que é relevante para ser objeto da atividade probatória, tomando as providências necessárias para que ela seja realizada.⁴⁵⁸

A literalidade do artigo 357, II, do Código de Processo Civil pode levar à conclusão de que apenas as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória é que devem ser delimitadas, ou seja, não precisariam ser preconizadas as questões que dispensariam a dilação probatória. Essa, porém, não parece ser a melhor conduta a ser adotada pelo juiz, que deve delimitar todas as questões que serão úteis para o julgamento, e não apenas aquelas sobre as quais recairá a atividade probatória.⁴⁵⁹ Isso porque a utilidade dessa providência não se confina apenas a bem definir as provas a serem produzidas na fase de instrução, mas igualmente a demarcar a disputa como um todo, estabelecendo uma

⁴⁵⁸ “A expressão ‘*delimitar as questões de fato*’ utilizada pela lei, inc. II do art. 357 do CPC, é equivalente à expressão ‘*questões controvertidas*’ ou, como querem os portugueses, o *questionário*, e tem por finalidade delimitar as questões sobre as quais recairá a prova. É o chamado *thema probandum* que se refere à necessidade concreta de se fazer prova sobre algo que se encontra duvidoso na cabeça do juiz, mais especificamente, as questões de fato”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195).

⁴⁵⁹ Segundo Darci Guimarães Ribeiro: “[i]mpõe-se, nesse momento, frisar que não só os fatos controvertidos deverão ser fixados pelo juiz nesta fase, porque ele também poderá convencer-se de fatos que não precisam ser provados, v.g., os fatos alegados por uma das partes e não contestados pela parte contrária, os fatos notórios, e que ainda assim poderão ser influentes na hora da sentença, necessitando, conseqüentemente, uma delimitação no sentido de não mais poderem ser alterados logo adiante”. (O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195).

espécie de roteiro⁴⁶⁰ para que o juiz possa, ao final, proferir uma sentença que compreenda todas as questões relevantes e que ainda não foram solucionadas.

Como bem recorda José Rogério Cruz e Tucci, a delimitação dessas questões fáticas ainda exerce o valioso papel de contribuir para que seja observado o princípio da adstrição, pois o juiz e as partes terão uma visão consolidada do litígio e poderão prevenir a prolação de sentença *extra, ultra* ou *citra petita*.⁴⁶¹

Mas a importância dessa delimitação está mesmo muito proximamente relacionada à atividade probatória que se desenvolverá na sequência, de modo a orientar a conduta das partes e do juiz nos atos processuais subsequentes relativos à produção da prova.⁴⁶² Esse é o momento no qual o juiz deve revelar às partes o que, em sua compreensão, é discutido, o que é desnecessário provar, o que já está suficientemente demonstrado pelas provas já produzidas e o que ainda precisa ser objeto de prova, tanto para que as partes possam discutir as conclusões a que ele chegou como para que elas evoluam com a prática dos demais atos processuais e tenham condições de se desincumbirem dos seus ônus probatórios.

Está na essência dessa delimitação fática a lealdade e o interesse que devem orientar a postura do juiz, pois não faria sentido que se chegasse ao final e fosse proferida uma sentença que julgasse apenas parte dos pedidos, que deixasse de considerar fundamentações relevantes para solução da controvérsia ou que se valesse da regra do ônus da prova quando a relevância da prova não produzida não tivesse sido sequer cogitada.

Trata-se de mais um traço inconfundível das características publicistas do processo, que realça a figura do juiz ativo, que a seu turno encontra nessa ocasião uma das mais expressivas oportunidades de participar.

⁴⁶⁰ “Assim, no momento da prolação da decisão saneadora, que representará um roteiro de organização e de julgamento do processo ao qual o magistrado está vinculado, permitir-se-á a fixação dos pontos controvertidos – por meio da delimitação das questões de fato e de direito relevantes ao julgamento da causa – e o deferimento das provas necessárias para a busca da verdade real, a partir da adequada imputação do ônus probatório entre os sujeitos do processo”. (GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 37-38).

⁴⁶¹ “[D]esempenha ainda outra relevante função, qual seja, a de simplificar o controle da regra da congruência. Uma vez fixadas as questões de fato relevantes para o julgamento da causa, mais facilmente se poderá constatar se o juiz a respeitou ou não. Se não foi respeitada a congruência, afere-se com maior objetividade se o julgamento desponta *extra, ultra* ou *citra petita* (art. 141 do CPC)”. (*Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 301).

⁴⁶² *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 301.

5.4. A delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito

Além da delimitação das questões de fato, deve o juiz delimitar as questões de direito relevantes (artigo 357, IV, do Código de Processo Civil), que podem ser compreendidas como a fundamentação jurídica e a qualificação jurídica dos fatos.⁴⁶³ Trata-se de uma novidade do Código de Processo Civil de 2015, pois o anterior não tratava especificamente do assunto,⁴⁶⁴ muito embora o juiz não estivesse impedido de delimitá-las ao estabelecer os pontos controvertidos (artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973).

A proposta dessa disposição é que o juiz seja transparente e revele às partes quais os fundamentos e temas jurídicos que são importantes e que devem ser observados para que haja um debate mais franco e aberto entre todos sobre eles, ainda mais pelo fato de ele não estar vinculado à qualificação jurídica dos fatos apresentada pelas partes.

É possível que a qualificação jurídica dos fatos tenha um espectro diverso do que foi trazido pelas partes em suas alegações. Diferente do que acontece com a delimitação dos fundamentos fáticos e jurídicos, em relação aos quais se deve observar uma limitação mais rígida e estrita ao que foi alegado pelas partes, o enquadramento jurídico das alegações, por força do *iura novit curia*, pode ir além ou ser diverso do que foi contemplado pelas partes,⁴⁶⁵ mas desde que o juiz assim o faça conferindo às partes a oportunidade de influírem na formação da sua convicção, a teor do artigo 10 do Código de Processo Civil.⁴⁶⁶

Isso também está relacionado à ideia de ser o juiz formador da norma jurídica pela aplicação de técnicas de interpretação ao texto normativo⁴⁶⁷ e de admitir que ele dite “para o episódio fático trazido à discussão uma adequação normativa diferente das

⁴⁶³ Ver itens 3.8.2.1 e 3.8.2.2.

⁴⁶⁴ Como consigna Cândido Rangel Dinamarco, “[a]o delimitar as questões de direito relevantes para o julgamento que virá, o juiz estará propiciando um debate sobre as teses jurídicas pertinentes a essa temática, com o exame da lei, de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, dos conceitos, precedentes *etc.*” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 652).

⁴⁶⁵ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “Por força do princípio *iura novit curia*, tais questões não ficam circunscritas àquelas pelos litigantes. Enfatiza, a respeito, Fredie Didier Júnior que o art. 10 do CPC impõe ao magistrado o dever de consultar as partes sobre qualquer questão de direito que tenha efeito significativo para o deslinde da controvérsia, afastando o perigo de ser proferida decisão baseada em fundamento-surpresa, expressamente vedada pelo novo diploma processual”. (*Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 306).

⁴⁶⁶ Ver OLIVERIA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 162-164.

⁴⁶⁷ Ver item 2.5.

sustentadas pelas partes (“terceira via”),⁴⁶⁸ mas sempre sem deixar de se atentar aos limites relativos aos fundamentos fáticos e jurídicos que tenham de ser suscitados pelas partes (artigo 141 do Código de Processo Civil) e aos limites que lhe impõem os métodos de interpretação.

É possível, por diversas razões, que o juiz não defina todas as consequências jurídicas dessas questões nessa ocasião; se assim não fizer, deve ser muito cauteloso e restabelecer o contraditório antes de julgar, de modo a evitar surpresas e um julgamento de *terza via* sem que as partes tenham antes tratado a respeito.⁴⁶⁹

5.5. A delimitação das questões prejudiciais das quais possa depender o julgamento do mérito e a possibilidade e/ou utilidade da solução antecipada delas por ocasião do saneamento e da organização do processo

Esse estudo não tem a pretensão de abordar o objeto de incidência da coisa julgada. Trabalhos específicos foram realizados para tratar desse tão instigante quanto complexo tema da coisa julgada.⁴⁷⁰ As polêmicas vão desde o conceito de coisa julgada, perpassam por seu conteúdo, limites, extensões e chegam às – possíveis - hipóteses nas quais se admite atenuações do fenômeno.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, graças à redação do parágrafo único do artigo 287, resultado da má tradução de dispositivo legal do projeto de Código de Processo Civil italiano, elaborado em 1926 por Comissão presidida por Ludovico Mortara,⁴⁷¹

⁴⁶⁸ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Iura Novit Curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 251/2016, São Paulo: RT, pp. 127-158, janeiro/2016.

⁴⁶⁹ Na concepção de Darci Guimarães Ribeiro, “fixados esses pontos controvertidos, não se pode extrair consequências jurídicas diversas daquelas delimitadas, sob pena de se produzir a *mutatio libelli*, proibida pelo direito pátrio, segundo se depreende do inc. II do art. 329 do CPC”. (O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 195-196).

⁴⁷⁰ Ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 4. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007; CRUZ E TUCCI. José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁷¹ “No passado, essa questão já teve enorme repercussão e despertou infindáveis controvérsias, mercê da defeituosa redação do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939, mal copiado do artigo 290 do Projeto MORTARA do Código de Processo Civil italiano que fora redigido por CERNELUTTI, em conformidade com os postulados da sua doutrina”. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76-77).

havia debate acalorado a respeito da incidência ou não da coisa julgada sobre questões resolvidas na fundamentação.⁴⁷²

O Código de Processo Civil de 1973 eliminou essa controvérsia e restringiu a incidência da coisa julgada ao dispositivo da sentença, de modo que, pelo que dispunha o seu artigo 469, não ficavam acobertados pela coisa julgada os motivos, mesmo que determinantes, a verdade dos fatos estabelecida na fundamentação e a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente. Se a parte almejasse que a questão prejudicial ficasse acobertada pela coisa julgada, deveria propor ação declaratória incidental (artigos 5º e 325), que a rigor a tornava questão *principaliter*.

O Código de Processo Civil de 2015 muda as coisas e passa a prever, em seu artigo 503, §1º, a possibilidade de a questão prejudicial⁴⁷³ ⁴⁷⁴ ser acobertada pela coisa julgada. Para que isso aconteça, devem ser preenchidos alguns requisitos. Além de o julgamento do mérito depender da resolução dessa questão prejudicial, ela tem de ser decidida expressamente, a seu respeito deve haver contraditório prévio e efetivo, o juízo deve ser o competente em razão da matéria e da pessoa e, ainda, ela não deve incidir se houver, no processo, restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão.⁴⁷⁵

A incidência da coisa julgada sobre questão prejudicial, que de algum modo carrega em si uma hostilidade à liberdade das partes e uma exceção ao princípio da

⁴⁷² Thiago Ferreira Siqueira faz alusão a essa controvérsia em seu estudo a respeito dos objetivos da coisa julgada (*Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 498-501).

⁴⁷³ Discussão estimulante diz respeito ao que seria prejudicialidade e, por conseguinte, questão prejudicial. Não é incomum negligenciar-se e aludir-se a questão prejudicial de modo um tanto quanto genérico, por vezes também abrangendo a ideia de questão preliminar. Muito embora preliminares e prejudiciais sejam questões prévias e antecedentes lógicos, melhor deixar, como bem resume Clarisse Frechiani Lara Leite, a noção de prejudicial “como o antecedente lógico apto a condicionar o *teor* da decisão que se haja de dar a uma questão posterior”, e reservar à preliminar a ideia de “outra espécie de antecedente lógico, caracterizado por condicionar a própria *existência* da questão posterior”. (*Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 50-51). Essa concepção, em verdade, vem de José Carlos Barbosa Moreira, cujos estudos parecem ter estabilizado as divergências sobre o tema (Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 73-93). Ver, também, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 187-194.

⁴⁷⁴ É dito que a coisa julgada sobre questão prejudicial é fruto da influência do *colateral estoppel* do sistema de *common law* americano. Sobre o tema e se de fato há tal influência, ver ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora. In *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, pp. 593-615.

⁴⁷⁵ Ver SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 518-554.

demanda,⁴⁷⁶ é tema atraente, despertou a atenção e é objeto de estudos.⁴⁷⁷ Nessa dissertação, não se pretende avançar no estudo a respeito dele. Simplesmente constata-se que a questão prejudicial pode ser acobertada pela coisa julgada.

Mas o que isso teria a ver com o saneamento e a organização do processo? Para que se decida bem e se solucione o litígio com qualidade, todas as questões, inclusive as eventuais questões prejudiciais, devem ser claramente delimitadas, para que sobre elas se possa exercer a atividade probatória complementar, se necessário. Portanto, se para solução da pretensão pode vir a ser necessária a prévia solução de uma questão prejudicial, que influenciará no resultado a que se chegará sobre a questão principal, ela deve ser delimitada.

Se nunca existiu diferença qualitativa⁴⁷⁸ entre o juízo de cognição da questão prejudicial e da questão principal, essa equivalência se reafirma, sobretudo porque, agora, a questão incidentalmente decidida pode ficar acobertada pela coisa julgada. E só será acobertada pela coisa julgada se houver efetivo contraditório,⁴⁷⁹ de tal modo que não apenas o juiz deve atentar-se ainda mais a ela como as partes devem zelar para que seja solucionada do modo mais adequado possível.

As próprias circunstâncias e requisitos exigidos para que a questão incidental venha a ficar acobertada pela coisa julgada revelam que ela tem de ser destacada e ser bem

⁴⁷⁶ Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann trazer, muito objetivamente, os argumentos favoráveis e contrários à extensão da coisa julgada à questão prejudicial, conforme Coisa julgada e questões prejudiciais. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 927-934.

⁴⁷⁷ Ver SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 252/2016, pp. 79-110, fevereiro/2016; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Coisa julgada e questões prejudiciais. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴⁷⁸ “O fato, contudo, é que *do ponto de vista da cognição judicial*, não há diferença qualitativa entre a operação lógica que o magistrado realiza para julgar a pretensão deduzida em caráter principal e aquela que recai sobre uma situação jurídica analisada de modo incidental. Em ambos os casos o juiz precisará avaliar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica, o que passará pela aferição de seus pressupostos de fato e da norma jurídica, aplicável ao caso, pela subsunção de um elemento ao outro, e pela verificação dos efeitos jurídicos produzidos”. (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 310).

⁴⁷⁹ Assim alude Thiago Ferreira Siqueira: “(...), o que nos parece é que, ao *qualificar o contraditório como efetivo*, o dispositivo torna necessário, além da *prévia* informação, que haja concreta *reação* a respeito da prejudicial. Em outras palavras, para que se possa falar em coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial incidental, é necessário que sobre ela tenha sido criada *controvérsia* entre as partes; ou seja, que se trate, de fato, de uma *questão (e não um simples ponto) prejudicial*”. (*Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 532).

solucionada.⁴⁸⁰ E o artigo 357, II e III, do Código de Processo Civil não restringe a natureza das questões que devem ser delimitadas, bastando que elas tenham de ser enfrentadas pelo juiz, então não haveria mesmo motivo para que a questão prejudicial não fosse demarcada.

E tudo isso se justifica ainda mais porque, a rigor, sob o olhar que ultrapassa a pretensão deduzida, é possível dizer que pode haver questões prejudiciais mais importantes do que questões principais. Para se chegar a essa conclusão, basta imaginar um processo cujo objeto seja a cobrança por uma das partes de uma multa contratual bastante singela pelo descumprimento de uma determinada obrigação e a discussão perpassa pela nulidade do contrato. Se reconhecida essa nulidade e ela ficar caracterizada como uma questão prejudicial cuja resolução dependeu o julgamento do mérito, para além do reflexo que isso trará à cobrança da multa, levará à derrogada de todo o negócio, com reflexos bem mais sérios e amplos.

Não seria exagero dizer que, se determinada questão prejudicial, especialmente se necessitar da extensão da atividade probatória, não for indicada por ocasião da delimitação das questões fáticas e jurídicas, ainda que possa vir a ser julgada e ser determinante no julgamento do mérito, dificilmente será acobertada pela coisa julgada, já que, no mínimo, dúvidas podem existir quanto à efetivação do contraditório em relação a ela.⁴⁸¹

E mesmo que inexistir a necessidade de produção de outras provas para que se decida sobre a questão prejudicial, é mais do que aconselhável que ela integre o rol das questões que serão delimitadas por ocasião da organização do processo,⁴⁸² de modo a ser adequadamente decidida ao final, por ocasião da prolação da sentença, e não haja dúvidas relacionadas a ela.

⁴⁸⁰ “É muito importante que o órgão julgador identifique, também, a questão prejudicial incidental relevante para a solução do caso. Isso porque o §1º do art. 503 do CPC estende a resolução dessa questão a coisa julgada. Identificada a questão no saneamento, as partes teriam mais segurança jurídica sobre as consequências do processo, além de a atuação processual das partes poder ser calibrada nesse sentido”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 803).

⁴⁸¹ Luiz Delloro pergunta e responde a questão: “6) O juiz precisa, na fase instrutória, formalizar a fixação da controvérsia sobre a questão prejudicial, de modo a assegurar a efetividade do contraditório? (...) 6) No momento do saneador, se ocorrer a fixação dos pontos e provas quanto à questão principal, também deverá ocorrer em relação à prejudicial, sob pena de contraditório incompleto, de modo que incapaz a ocorrência de coisa julgada sobre a prejudicial;” (Breve análise acerca dos limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, pp. 523-524).

⁴⁸² Ver MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 948.

E disso surge a necessidade de se avaliar a possibilidade/utilidade de o juiz não apenas bem identificar a questão prejudicial, mas decidi-la por ocasião do saneamento e organização do processo.⁴⁸³

Ao agitar essa possibilidade, deve-se atentar ao fato de que haveria decisão sobre questão que envolve a relação jurídica de direito material,^{484 485} até porque esta questão prejudicial, para tais fins, teria aptidão para ser objeto de um processo autônomo.⁴⁸⁶

Se estiverem presentes todos os elementos necessários para que essa questão prejudicial seja decidida por ocasião do saneamento e da organização do processo, ela o deve ser? O artigo 356 do Código de Processo Civil permite ao juiz julgar *antecipada* e parcialmente o mérito, e não exatamente questão prejudicial da qual dependa o julgamento do mérito, então teria de existir um *exercício* de interpretação para admitir o julgamento *antecipado* da questão prejudicial, o que já provocaria algum ruído com o que estabeleceu o legislador.⁴⁸⁷

Deve-se ainda levar em consideração que, ao aplicar o artigo 356 do Código de Processo Civil, o mérito (pretensão) é julgado parcialmente, de modo que aquela porção do conflito está sendo definitivamente resolvida, o que, a rigor, não aconteceria quando apenas uma questão prejudicial fosse decidida, por maior que seja a repercussão que ela tenha na relação jurídica de direito material.

Não suficiente isso, a prejudicialidade de determinada questão, que leve à incidência da coisa julgada, só poderá mesmo ser confirmada ao final, quando o mérito for julgado e essa relação lógica de influência no conteúdo de uma questão sobre a outra se concretizar.

⁴⁸³ É preciso considerar que a relação de prejudicialidade se realiza em abstrato, de modo abstrato, pelo que não é necessária a concretização da atuação entre elas. Ver SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 194.

⁴⁸⁴ “(...) a prejudicialidade é um fenômeno que decorre, em grande medida, das conexões que, no plano substancial, se podem estabelecer entre as relações jurídicas. São, afinal, as normas materiais que estabelecem as condições para que se possa afirmar existente ou inexistente um determinado direito, e, que, portanto, podem vincular das mais variadas formas uma situação jurídica à outra”. (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 195).

⁴⁸⁵ Não se ignora a prejudicialidade quanto a questões de natureza processual, embora para os fins dessa dissertação o interesse maior fique restrito às questões de direito material. Sobre o tema, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares. Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 83-85.

⁴⁸⁶ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 183-186; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 219-221.

⁴⁸⁷ Viviane Siqueira Rodrigues entende que a questão prejudicial passa a integrar o mérito, conforme *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 282.

Diante disso, empresta-se a compreensão de Thiago Ferreira Siqueira, para quem a “sua análise [da questão prejudicial] deverá ocorrer *na medida do necessário* para que o mérito possa ser julgado e para que a respectiva decisão seja *adequadamente fundamentada*”.⁴⁸⁸ Assim, embora a questão prejudicial possa até vir a ser objeto de demanda autônoma e, por isso, possa, em tese, reunir elementos para ser julgada *antecipadamente*, não é recomendável que o seja.⁴⁸⁹

A utilidade de se resolver *antecipadamente* a questão prejudicial pode ser nenhuma, ou quase nenhuma, já que, como assinalado, sequer se poderá assegurar que ela venha a ser influente para o julgamento do mérito ou que seja utilizada para tanto.⁴⁹⁰

Antonio Carlos Nachif Correia Filho, a seu turno, embora sem tratar específica e expressamente de questão prejudicial, admite que questões que digam respeito ou influenciem no julgamento do mérito, ainda que não possam vir a ser objeto de demanda autônoma, sejam julgadas *antecipadamente*, e dá exemplos como a decisão sobre determinado contrato ser ou não de adesão e sobre a relação ser ou não de consumo, com impacto na distribuição diversa do ônus da prova.⁴⁹¹ Nesses casos, houve utilidade na decisão *antecipada*, mas elas não parecem ser prejudiciais ao mérito.

Viviane Siqueira Rodrigues admite a possibilidade de questões prejudiciais serem decididas *antecipadamente* ao tratar da recorribilidade delas por agravo de instrumento, dando o exemplo do reconhecimento da união estável para aferir a legitimidade ativa em demanda para cobrança de indenização securitária.⁴⁹²

Talvez seja possível admitir o julgamento prévio de questão prejudicial se ela for determinante para os rumos do processo e o desenvolvimento da atividade probatória, de modo que haja uma utilidade prática expressiva, mas esses seriam casos excepcionais.

⁴⁸⁸ *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 200. De modo ainda mais detalhado, ver pp. 321-353 da mesma obra.

⁴⁸⁹ Heitor Vitor Mendonça Sica, que admitia o julgamento parcial do mérito na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já colocava ressalvas, e “[a] primeira é a de que a autorização dada ao juiz para proferir sentenças parciais de mérito *não* inclui, segundo entendemos, o proferimento de decisões que resolvam *apenas questões de mérito, sem aplicação de alguma das hipóteses do art. 269.*” (*Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 197).

⁴⁹⁰ Sobre a essencialidade da questão para o julgamento do mérito, ver SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 521-529.

⁴⁹¹ *Julgamentos parciais no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, pp. 25-29.

⁴⁹² *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp. 281-283.

De todo modo, ainda que se admita que essa questão possa ser decidida *antecipadamente*, não é certo que ficará acobertada pela coisa julgada, pois não é possível garantir nem mesmo que o mérito seja julgado e/ou que a questão prejudicial que potencialmente seria determinante tenha influência na solução da disputa.

Assim, salvo quando a questão prejudicial impactar diretamente o curso que o processo terá depois do seu saneamento e organização, não parece existir benefício ou utilidade que justifique a sua solução prévia.

5.6. A delimitação pelas partes das questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, sua homologação pelo juiz e a vinculação por ela exercida

O artigo 357, §2º, do Código de Processo Civil admite que as partes, de modo consensual, apresentem ao juiz a delimitação das questões de fato e de direito que, se homologada, vincula os sujeitos processuais.

José Rogério Cruz e Tucci⁴⁹³ consigna que essa possibilidade de delimitação da controvérsia tem origem no artigo 12 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês,⁴⁹⁴ alinhado à atual concepção participativa de processo.

Destacou-se antes que a delimitação das questões de fato e de direito é resultado de trabalho tanto das partes como do juiz. O que as partes fazem ao delimitarem essas questões e submeterem essa delimitação à homologação do juiz nada mais é do que consolidarem – ou tentarem consolidar - tudo aquilo que, na concepção delas, foi debatido ao longo do processo e o enquadramento jurídico que essas situações poderão ter, para que se defina o curso da atividade probatória subsequente.

Além das questões fáticas que deverão ser objeto da atividade probatória, importante que também sejam circunscritas as questões fáticas que independam de outras

⁴⁹³ “Tal regra tem certamente como fonte inspiradora o art. 12 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, que autoriza as partes, de comum acordo, a delimitarem a extensão da matéria que será objeto de debate” (*Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 307).

⁴⁹⁴ “O juiz decide o litígio de acordo com as regras de direito que lhe são aplicáveis. Ele deve dar ou restituir a qualificação exata dos fatos e atos em disputa, sem se ater à denominação que as partes tenham proposto. Todavia, ele não pode alterar a denominação nem a fundamentação jurídica quando as partes, por força de acordo expresso e pelos direitos que elas dispõem livremente, o vinculam pelas qualificações e cláusulas de direito a que elas pretendem limitar o debate. Estabelecida a controvérsia, as partes também podem, nas mesmas matérias e nas mesmas condições, conferir ao juiz o poder de conciliador, podendo apelar se não o tiverem expressamente renunciado” (tradução livre).

provas, mas que tenham, de alguma forma, de ser consideradas por ocasião da sentença. O importante é que sejam definidos os contornos da disputa para que, ao final, todos os elementos relevantes sejam apreciados pelo juiz.

A delimitação consensual deve ser realizada logo depois das providências preliminares, caso contrário será o juiz quem fará as delimitações necessárias, a teor do artigo 357 do Código de Processo Civil.

Reconhece-se que será incomum as partes delimitarem consensualmente as questões de fato e de direito. Então, nada impede que o juiz, antes de fazê-lo, estimule-as para que o façam.⁴⁹⁵ Mas, para que isso seja realizado, elas - especialmente seus advogados - devem estar predispostas a assim agirem e se conscientizarem da importância disso, caso contrário haverá apenas perda de tempo e consumo de recursos. Pode-se até admitir que as partes apresentem, individualmente, as delimitações das questões que julgarem adequadas. O problema é que a delimitação, realizada individualmente por cada uma delas, tende a se aproximar de uma exposição de defesa dos próprios interesses, e não é disso que se precisa ou se espera nessa etapa do processo. Ao delimitarem consensualmente as questões, há uma fiscalização mútua que, em tese, impede que a manifestação se torne uma peça de defesa, o que pode não acontecer se ambas apresentarem sugestões individualizadas. Por isso, quando o juiz estimular as partes a delimitarem consensualmente as questões de fato e de direito, o melhor resultado advirá se fizerem em conjunto.

Com todo respeito, não parece, como entende José Rogério Cruz e Tucci,⁴⁹⁶ que a delimitação consensual esteja tão intimamente relacionada ao artigo 190 do Código de Processo Civil, que permite às partes entabularem negócios processuais atípicos. A delimitação das questões de fato e de direito pelas partes não é, por si só, suficiente para propriamente caracterizar uma alteração ou um ajuste no procedimento de modo a adaptá-lo às peculiaridades da causa e não retrata, também, convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Tanto assim que Eduardo Talamini denominou essa providência de delimitar consensualmente as questões de fato e de direito como *ato de verdade*, restrito a uma descrição daquilo que, na concepção das partes, deva ser objeto da atividade probatória e tenha de ser considerado por ocasião da prolação da sentença, diferenciando-o do *ato de*

⁴⁹⁵ Gustavo Gonçalves Gomes é um entusiasta da delimitação consensual das questões fáticas e chega a defender que, como regra, o juiz conceda-lhes essa oportunidade, conforme *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 304-312.

⁴⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 308.

vontade, esse sim relacionado à ideia de negócio processual, tendo de observar os requisitos a ele inerentes.⁴⁹⁷

Antes de se aproximar de um negócio processual, essa possibilidade que é concedida às partes parece mais aliar a ideia de participação ao efeito pedagógico de lhes chamar a atenção para se importarem com a condução do processo. Funcionaria como um alerta do legislador para que elas e seus advogados, maiores interessados no processo, atentem-se para que todas as questões sejam bem delimitadas, inclusive tomando eles essa providência, submetendo-a à homologação do juiz.

Isso não significa que com as providências de delimitação consensual das questões de fato e de direito as partes não possam se valer dos permissivos do artigo 190 do Código de Processo Civil e entabulem negócios processuais, e essa parece mesmo ser uma das boas oportunidades para elas fazerem ajustes no procedimento.

Thadeu Augimeri de Goes Lima chega a fazer alusão a uma – questionável – possibilidade de as partes, nessa oportunidade, delimitarem até mesmo as normas jurídicas incidentes, particularmente quando estão em jogo direitos disponíveis.⁴⁹⁸ Não parece possível às partes disporem sobre a aplicação do direito material, já que o *iura novit curia* é regido pela indisponibilidade⁴⁹⁹ e as partes não teriam como moldá-lo a seus próprios e peculiares interesses,⁵⁰⁰ mas não parece haver dúvidas de que elas possam aproveitar essa oportunidade para entabulem outros negócios processuais, como a desistência de parte da

⁴⁹⁷ Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, outubro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/infomatico>. Acesso em 23.10.2020.

⁴⁹⁸ “Já o §2º do art. 357 estabelece que as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incs. II e IV do caput, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. Acerca dessa regra, pensamos primeiramente que só é aplicável quando o direito substancial discutido no feito comportar alguma disponibilidade, e tão somente dentro dos lindes desta disponibilidade, por interpretação sistemática com o art. 487, III, do novo CPC. Não seria cogitável, por conseguinte, a sua incidência sobre casos que versem sobre direitos materiais marcados pela indisponibilidade. Aceita, no âmbito ora indicado, a possibilidade da supracitada delimitação consensual, e uma vez homologada, com a vinculação das partes e do juiz, cremos que este, tal qual ocorre nas formas autocompositivas de resolução do litígio, queda verdadeiramente privado do poder de investigar e declara a(s) norma(s) jurídica(s) incidente(s) sobre a situação controvertida fora daquela(s) invocada(s) pelos litigantes. Erige-se, portanto mais uma exceção ao *iura novit curia*, decorrente do acordo de vontade dos sujeitos interessados do processo. Em outras palavras, institui-se um limite absolutamente impeditivo da utilização do *iura novit curia*, que envolve a retirada do poder do julgador de agir diversamente do pactuado pelas partes, guardando por isso uma feição processual”. (LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Iura Novit Curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC*. *Revista de Processo*, vol. 251/2016, São Paulo: RT, pp. 127-158, janeiro/2016).

⁴⁹⁹ Ver OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 190-199.

⁵⁰⁰ Sobre a indisponibilidade jurídica, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 309-30. Eduardo Talamini, ao que parece, admite esse tipo de convenção e para tanto ver Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, outubro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/infomatico>. Acesso em 23.10.2020.

demanda, a alteração da causa de pedir ou do pedido,⁵⁰¹ a não nomeação de assistentes técnicos, a alteração na ordem de produção dos meios de prova, a limitação do número de testemunhas, a renúncia à apresentação das razões finais.

Apresentada pelas partes a delimitação consensual dessas questões, o juiz não deve se portar de modo passivo, homologando-a ou não. Ele deve avaliá-la e, se o caso, sugerir ajustes e acrescentar questões que passaram despercebidas ou que possam ser por ele colocadas de ofício. Ele pode, até mesmo, pedir esclarecimentos às partes, já que a organização do processo servirá de roteiro preliminar para prolação da sentença.⁵⁰² Isso configura, de algum modo, a complexidade desse ato.⁵⁰³

A delimitação das questões de fato e de direito é um dever do juiz, e ele não fica dispensado disso apenas porque as partes apresentaram uma delimitação consensual, muito embora tenha de considerá-la e, o quanto possível, respeitá-la. Ele não pode restringir ou tolher a liberdade delas naquilo que a elas cabe definir, mas também não pode se omitir e tomar como suficiente uma delimitação imprecisa, insuficiente ou falha.⁵⁰⁴

Não é improvável que essa delimitação consensual venha acompanhada da especificação das provas que as partes pretendem produzir para comprovar suas alegações e da distribuição do ônus da produção delas. Isso, porém, não dispensa o juiz de reavaliar as provas que forem sugeridas, inclusive para indicar outras que ele entende necessárias para formar a sua convicção, caso se dê conta de que o meio de prova que ele julga relevante não tenha sido sequer cogitado e passou despercebido às partes.

Questão interessante é saber se é possível, no futuro, a produção de algum meio de prova que não tenha sido cogitado por ocasião da homologação da delimitação consensual. A resposta não é tão simples. Caso estejam em jogo direitos indisponíveis ou houver questão que possa ser conhecida de ofício, se o juiz entender relevante a prova, ela acabará sendo produzida, inclusive de ofício. Se estiverem em jogo direitos disponíveis, deve-se apurar se as partes conscientemente a dispensaram ou se a sua relevância não foi notada naquela ocasião. Se as partes a dispensaram, salvo se houver uma comunhão de

⁵⁰¹ “Note que, neste caso, temos um *negócio bilateral*, em que as partes chegam a um consenso em torno dos limites do seu dissenso – uma *litiscontestatio* contemporânea. Ou seja: as partes concordam que controvertem sobre tais ou quais pontos de fato. Podem, inclusive, por este acordo, agregar ao processo questões de fato até então não deduzidas”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 806).

⁵⁰² Ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 37-38.

⁵⁰³ Ver item 3.3.

⁵⁰⁴ Ver TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, outubro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/infomatico>. Acesso em 23.10.2020.

vontades, a força vinculante da delimitação consensual impede que ela seja produzida. Se a sua relevância foi notada apenas depois, deve ser concedida às partes a oportunidade de produzi-la.

Se ao apresentarem a delimitação consensual as partes deixam passar questão relevante a ser abordada, que também não é notada pelo juiz, isso não significa que, no futuro, ao se darem conta dessa falha, ela não possa ser ajustada, inclusive com a produção da prova que venha a ser relevante para solucioná-la, o que já revela ser um tanto quanto rarefeita a vinculação que essa delimitação provoca. Em verdade, a vinculação a que se refere a parte final do §2º do artigo 357 do Código de Processo Civil terá aplicabilidade às declarações expressas ou logicamente incompatíveis com o teor da delimitação consensual e que estejam na esfera de liberdade das partes, desde que haja homologação pelo juiz.

Imagine-se que o demandado, ao se defender da cobrança de uma dívida, primeiro alega que ela não existe e, depois, se existir, que deverá ser compensada com crédito seu; ao delimitarem as questões, o demandado acaba por admitir que a dívida exista e concentra sua defesa na compensação; nesse caso, não poderá, na sequência, voltar a dizer que a dívida não existe, de modo que ficou vinculado ao seu reconhecimento pretérito. O mesmo acontece se o demandado por uma dívida alega prescrição e pagamento. Se, ao delimitar as questões, reconhece que *renunciou* à prescrição e exclui essa matéria da discussão, não poderá voltar a tratar do assunto. Situação semelhante se dá quando o demandante pede a resolução do contrato pela prática de dois atos infracionais e, ao delimitarem as questões, ele reconhece que uma dessas infrações não aconteceu, pelo que não poderá voltar a discuti-la. Da mesma forma, o demandado que alegou incompetência relativa, ao renunciar a essa alegação, não pode nela insistir. Isso também se aplica se as partes, quando estiver em disputa direito disponível, expressamente renunciarem à produção de determinado meio de prova.

Agora, se não homologada a delimitação das questões fáticas e jurídicas, as declarações expressas de vontade que lá foram realizadas perdem a eficácia por completo e não vinculam as partes e o juiz. Isso significa que, se não homologada a delimitação, mesmo que o demandado tenha renunciado à prescrição, essa renúncia torna-se ineficaz; se o demandado reconheceu a existência da dívida, essa sua declaração não poderá ser considerada; se o demandante desistiu de um dos pedidos, poderá voltar a tratar dele; se renunciou à alegação de incompetência relativa, pode voltar a discuti-la; se renunciou a um meio de prova, poderá voltar a requerê-lo. Ao tratar de temas que não sejam meramente descritivos na delimitação consensual, concebe-se que as partes acabam fazendo concessões

mútuas que pressupõem equilíbrio de forças. Não parece razoável que, não homologada a delimitação, algumas declarações mantenham sua eficácia e outras, não. Basta imaginar o caso com pedidos de lado a lado (com reconvenção) em que uma das partes renuncia a uma de suas pretensões porque a parte contrária concordou em não produzir determinado meio de prova em relação a alegação sobre a um de seus pedidos; não é correto que, não homologada a delimitação consensual, apenas a renúncia se mantenha.

Por motivos semelhantes, também não parece factível que o juiz possa homologar apenas parcialmente a delimitação consensual. Ou ele a homologa por inteiro, ou não a homologa. Talvez se possa admitir a hipótese de o juiz homologar a delimitação no que toca aos *atos de verdade*, e não no que se refere aos *atos de vontade*, mas desde que inexista reflexo algum entre uns e outros. O que se pretende com isso é que o juiz não desvirtue ou desnature a delimitação consensual a que chegaram as partes e os negócios processuais por elas entabulados, prejudicando, mesmo que involuntariamente, uma delas. Pelo exemplo acima, no qual uma das partes renunciou a uma de suas pretensões porque a outra dispensou a produção de uma determinada prova, não faria sentido o juiz homologar a delimitação consensual, mas produzir de ofício a prova dispensada pela parte por entender que pode exercer seus poderes instrutórios.

A ideia da vinculação dessa delimitação possivelmente foi pensada para evitar situações como essa, de que haja uma combinação, haja ajustes prévios e concessões recíprocas, mas, no futuro, com uma singela alteração, todo esse equilíbrio se desfaça.

Por isso que, ao avaliar essa delimitação consensual, o juiz deve ter muita atenção para diferenciar uma delimitação consensual como *ato de verdade*, quando, então, terá uma certa liberdade para que novos elementos sejam considerados, de uma delimitação consensual como *ato de vontade*, quando as partes realizam expressamente ajustes ampliativos e limitativos do que foi até então abordado. Na prática, pode vir a ser uma providência laboriosa para o juiz, por isso ele deve ter atenção redobrada e contar com a participação das partes para esclarecimentos que sejam necessários.

Isso também se aplica quanto a eventuais ajustes depois de homologada a delimitação consensual. Se alguma adequação for necessária e tiver cabimento, deve ser precedida de debate entre os sujeitos processuais e as partes não podem ser, de modo algum, prejudicadas por isso,⁵⁰⁵ de modo que isso não pode desvirtuar o que foi por elas

⁵⁰⁵ “De qualquer modo, ainda que não concordem com a revogação ou modificação pelo juiz, deverão as partes ser previamente ouvidas. Ademais, a revogação pelo juiz não deverá afetar a autonomia da vontade das partes na fixação do objeto litigioso e das questões de direito material de que podem livremente dispor, preservando

estabelecido, o que leva a crer que, se não se tratar de um *ato de verdade*, e sim de um *ato de vontade*, terá de contar com a concordância de todos os envolvidos.

5.7. O saneamento e a organização do processo e a possibilidade de julgamento parcial do mérito

A cisão do julgamento do mérito foi assunto debatido na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e, apesar de parte da doutrina a admitir,⁵⁰⁶ sedimentou-se o entendimento de que o juiz não poderia julgar apenas parte do mérito.⁵⁰⁷ Ele deveria concentrar todo o julgamento na sentença, ainda que existissem elementos suficientes para que parte dos pedidos fosse julgada de imediato.⁵⁰⁸

Segundo anota José Rogério Cruz e Tucci,⁵⁰⁹ com a Lei 10.444, de 2002, ao introduzir-se o §6º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, pretendia-se de alguma forma autorizar o julgamento *antecipado* parcial do mérito quando um ou mais pedidos fossem tidos por incontroversos. Porém, tanto a redação do parágrafo como a sua inclusão no artigo que tratava da antecipação dos efeitos da tutela impediam que se chegasse à conclusão de que a partir de então o juiz poderia *antecipar* parcialmente o julgamento do mérito.

os efeitos de todos os atos praticados na vigência da convenção revogada, direitos adquiridos e expectativas legítimas das partes. Deverá manter a paridade de armas e dar oportunidade às partes de exercerem as faculdades de apresentar alegações, propor e produzir provas, como decorrência da nova situação jurídica por ela criada”. (GRECO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JU_LGADA. Acesso em 10.1.2020). Não há como concordar que a revogação da convenção sempre preserva os efeitos dos atos praticados na sua vigência e que não interfere na disposição das questões de direito material, ainda mais quando as manifestações de vontade das partes estiverem entrelaçadas.

⁵⁰⁶ Viviane Siqueira Rodrigues retrata a situação na vigência do Código de Processo Civil de 1973, conforme *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp. 279-280. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 112-132, em defesa da possibilidade de cisão do julgamento do mérito.

⁵⁰⁷ Ver REsp 1.281.978/RS, com relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que assim sintetiza: “(...), a sentença parcial de mérito é incompatível com o direito processual civil brasileiro atualmente em vigor, sendo vedado ao juiz proferir, no curso do processo, tantas sentenças de mérito/terminativas quantos forem os capítulos (pedidos cumulados) apresentados pelo autor da demanda”.

⁵⁰⁸ A despeito disso, não eram incomuns decisões que tratassem de prescrição, especialmente quando as afastava. Como prescrição é mérito, na prática havia julgamento de parte do mérito antes da sentença. Ainda, nem sempre a decisão que acolhe a alegação de prescrição coloca fim à fase cognitiva, pois é possível que apenas em relação a determinada pretensão houvesse a discussão quanto à prescrição.

⁵⁰⁹ Ver *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, Coordenadores José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, pp. 282-283. Luciano Viana Araújo retrata, em sua opinião, a possibilidade de, com o artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil de 1973, cindir-se o julgamento do mérito, fenômeno que, também em sua opinião, já seria possível ao se julgar a ação declaratória incidental, conforme *Sentenças parciais?*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 112-132.

O Código de Processo Civil de 2015 passa a admitir, agora sem ambiguidade alguma, o julgamento *antecipado* parcial do mérito, que se dará quando não for necessária a produção de outras provas.⁵¹⁰ Vale para o julgamento *antecipado* parcial do mérito o que foi dito para o julgamento *antecipado* (total) do mérito no item 4.3.2. Não se trata propriamente de um julgamento *antecipado*, mas de um julgamento realizado no momento adequado. As explicações dessa conclusão podem ser tiradas daquele item.

É bem possível que o julgamento parcial do mérito aconteça na mesma decisão que organiza o processo. Ele poderá vir a ser um dos capítulos dessa decisão,⁵¹¹ que resolverá questões processuais ainda pendentes, julgará *antecipada* e parcialmente o mérito e, quanto à parcela de mérito ainda não julgada, delimitará questões de fato e de direito, definirá sobre a atividade probatória e distribuirá o ônus sobre ela.

Porém, o juiz deveria, antes de julgar parcialmente o mérito, certificar-se de que não há mesmo outras provas a serem produzidas. Então, melhor seria que esse julgamento parcial do mérito viesse depois da delimitação das questões fáticas e de direito, para que houvesse a certificação de que aquela parcela do mérito devesse mesmo ser julgada *antecipadamente*. Portanto, ainda que, topologicamente, no Código de Processo Civil, o julgamento parcial do mérito preceda o artigo 357, é mais indicado que antes seja realizada toda essa organização e certificada a ausência de outras provas a serem produzidas em relação à parcela do mérito que será julgada *antecipadamente*.

Então, se a leitura linear do Código de Processo Civil passa a impressão de que o esperado seja o juiz eliminar irregularidades, julgar *antecipadamente* parte do mérito, para depois delimitar as questões de fato e de direito, com especificação das provas e distribuição do ônus de produção delas, o melhor mesmo é que o julgamento *antecipado* de parte do mérito se dê logo depois disso, em ato prévio ao início da fase instrutória, com a consolidação da inexistência de outras provas a serem produzidas sobre a parcela do mérito que será julgada.

Pode-se imaginar variações disso, como parte do mérito que independe de outras provas a serem produzidas, parte que poderia depender, mas as partes deixam de requerer a produção de outras provas e admitem, em última hipótese, a adoção da regra do ônus da prova e, finalmente, parte que será objeto de outras provas. Em relação às duas primeiras

⁵¹⁰ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 257/2016, pp. 125-150, julho/2016.

⁵¹¹ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Marcelo José Magalhães Bonizzi tratou da cisão do julgamento do mérito e exaltava os resultados positivos que a sua admissão geraria no processo, conforme *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 146-160.

situações, nada parece impedir que o juiz julgue parcialmente o mérito e deixe para o final apenas a parcela dele que aguarda a produção de outras provas.

Deve-se ter atenção quanto aos impedimentos lógicos do julgamento *antecipado* parcial do mérito.⁵¹² Não faria sentido julgar *antecipadamente* o pedido subsidiário, que não depende de outras provas para ser julgado, se o principal depender; assim como não faria sentido julgar *antecipadamente* pedido sucessivo quando o principal, ao qual ele está vinculado, depender de outras provas.⁵¹³ A ideia de dependência e subordinação, enfrentada por Marcelo José Magalhães Bonizzi ao tratar de capítulos de sentença e efeitos dos recursos,⁵¹⁴ também pode ser útil por ocasião da definição da utilidade e logicidade do julgamento *antecipado* parcial, de modo que não haveria como julgar *antecipadamente* apenas o capítulo subordinado. Não seria adequado e - talvez - até possível julgar *antecipadamente* que o demandado tenha de pagar pensão alimentícia se o pedido de reconhecimento de paternidade não tiver em condições de ser julgado; assim como não seria possível a condenação *antecipada* do demandado ao pagamento da multa antes do julgamento do pedido sobre o descumprimento da obrigação principal.⁵¹⁵

Mas não parece correto prorrogar o julgamento da parte do mérito que já possa ser julgada para o futuro, para que seja proferida sentença sobre todas as pretensões deduzidas. Se o processo já se encontrar com todos os elementos necessários e plenamente apto a ser julgado quanto a parte do mérito, não há razões para que se aguarde a conformação dele em relação a todos os demais pedidos para que apenas então seja integralmente julgado,⁵¹⁶ prejudicando aquele que já tenha direito a determinado bem da vida.

Para além de já conferir a quem tenha direito a tutela jurisdicional, o julgamento *antecipado* parcial do mérito também é bastante relevante sob o aspecto da organização do

⁵¹² Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 257/2016, pp. 125-150, julho/2016.

⁵¹³ Ver considerações de Viviane Siqueira Rodrigues sobre julgamento *antecipado* parcial do mérito e a cumulação própria e imprópria de pedidos, conforme *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp. 271-276.

⁵¹⁴ *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 45-60.

⁵¹⁵ Tanto o exemplo sobre investigação de paternidade e pensão alimentícia como o de obrigação principal e multa são muito explorados por Marcelo José Magalhães Bonizzi em sua obra *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

⁵¹⁶ Como bem coloca Rodrigo Ramina de Lucca, o legislador poderia ter disciplinado melhor o recurso cabível da decisão que *antecipa* o julgamento parcial do mérito, pois o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo automático, dele não cabe recurso adesivo e no seu julgamento não cabe sustentação oral, o que indica revela restrições se comprado à apelação. Ver Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 257/2016, pp. 125-150, julho/2016. Ainda que assim seja, isso não justifica que o juiz deixe de julgar *antecipada* e parcialmente o mérito quando for o caso.

processo. Tão mais fácil, eficaz e focada será a continuidade dos atos processuais se o juiz puder superar, ainda que parcialmente, disputas que já estejam aptas a ser resolvidas.

Pode parecer não causar problemas o juiz guardar essa porção do mérito em determinado compartimento para de lá retirá-la quando redigir a sentença. Foi assim ao longo de todos esses anos antes do Código de Processo Civil de 2015, não? O fato de ter sido assim ao longo de todos esses anos não significa que foi bom, mas apenas que foi assim.

5.8. As provas na fase de saneamento e organização do processo

5.8.1. A especificação dos meios de prova admitidos e a atuação do juiz e das partes

Pela literalidade da lei (artigos 319, VI, e 336 do Código de Processo Civil), as partes já teriam indicado, na petição inicial e na contestação/resposta, as provas que pretendem produzir. Há certa incoerência nessa determinação, pois o demandante não sabe ao certo se precisará produzir as provas que indicou para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, assim como, a depender da reação do demandante, pode se mostrar desnecessário produzir provas de fatos impeditivos, modificativos e extintivos deduzidos pelo demandado.⁵¹⁷ Seja como for, demandante e demandado acabam por indicar logo no início as provas que julgam relevantes e que pretendem produzir.

Estabelece a parte final do artigo 357, II, do Código de Processo Civil que, delimitadas as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, o juiz deve especificar os meios de prova que serão admitidos, independentemente do que houver sido requerido pelas partes na petição inicial e na contestação/resposta.

Há uma sutileza que parece fazer todo sentido: a parte final desse dispositivo determina ao juiz que especifique os meios de prova que serão admitidos, o que não significa que ele tenha, agora, de determinar as provas que serão produzidas, mas apenas indicá-las, a não ser que as partes já as tenham requerido na petição inicial e na contestação/resposta e a relevância delas tenha se confirmado. Se nenhuma das partes requereu a produção de

⁵¹⁷ Merece destaque a crítica de José Rogério Cruz e Tucci a essa indicação de provas pelo demandante na petição inicial, já que “na dinâmica lógica do processo, apenas depois de apresentada a resposta é que o demandante terá condições de aquilatar quais fatos reclamam a respectiva comprovação. Deduzidos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu, faz-se o controle de quais irrompem controvertidos, cuja prova se impõe”. (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368), coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 68). Em sentido contrário, Marcelo José Magalhães Bonizzi entende que as provas devem ser requeridas na petição inicial e na contestação/resposta, concebendo como equivocado o requerimento genérico de provas. (*Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 33-34).

determinado meio de prova que o juiz entender ser relevante, por agora ele apenas o especifica e passa a aguardar a manifestação delas.

O que deve ser considerado, agora, é que o juiz apenas indique as provas que, na sua concepção, serão admitidas, para que as partes, se não o fizeram antes, exercendo a liberdade que lhes cabe, digam quais as que pretendem produzir.⁵¹⁸

O artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, em seu §2º, estipulava que, se não obtida a conciliação, o juiz deveria fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas. Esse dispositivo era bem mais contundente que o atual, talvez presumindo que as partes já teriam esgotado as possibilidades de indicação das provas na petição inicial e na contestação/resposta. Hoje, antes de determinar a produção das provas, o juiz deve apenas especificá-las, para que então as partes as requeiram, sem prejuízo do exercício pelo juiz - quando isso for possível - dos seus poderes *a posteriori*.⁵¹⁹

Essa parece ser a melhor compreensão do Código de Processo Civil de 2015, aliado que está à liberdade das partes de bem reger as suas condutas e assumir as responsabilidades pelas suas ações e omissões. O juiz terá de ser claro quanto às provas que serão admitidas, cabendo às partes a ação de requerê-las, sugerir outras ou, até mesmo, desistir das que tenham requerido inicialmente, explicitando os motivos que as levam entender ser a prova especificada irrelevante ou supérflua e a relevância da produção de outros meios de prova.

Eventualmente, o juiz até pode determinar, depois da resposta ou da réplica, que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir e complemente as requeridas com a petição inicial e a contestação/resposta, mas isso não o desincumbirá de delimitar as questões de fato e de direito e, ainda, de especificar algum meio de prova que não foi requerido e que ele julga relevante, para que as partes tratem a respeito.

Isso não significa que o juiz esteja impedido de determinar de ofício a produção dos meios de prova que julgar relevantes para solução de questões que possam ser conhecidas de ofício ou quando em disputa direitos indisponíveis, mas ainda assim o exercício desse poder deve ser supletivo.

⁵¹⁸ Ver item 2.8.

⁵¹⁹ Sem prejuízo do que foi consignado ao longo dessa dissertação, o mero regime de adiantamento das despesas revela que o juiz, antes de exercer seu poder de determinar a produção de provas, deve aguardar o requerimento das partes. Se a prova interessa ao demandado, não pode o demandante ficar suscetível de ter de adiantar os valores para sua produção porque o juiz a requereu de ofício. Por isso que, mesmo para os que defendem o mais amplo e irrestrito poder instrutório do juiz, ele deve exercê-lo depois de a parte interessada deixar de cumprir os ônus que lhe cabem.

Mesmo que o juiz tenha sido expresso ao admitir determinado meio de prova, se nenhuma das partes o requereu – ou o requerer - e se o direito em discussão for disponível e a questão à qual é destinada a prova não puder ser conhecida de ofício, por mais que sua função imponha a busca de elementos para se chegar à *verdade*,⁵²⁰ deve ele ceder ao que pensam as partes sobre como deve ser conduzida a atividade probatória, quer convencendo-se de que a prova é desnecessária e de que a alegação possa ser provada de outro modo, quer, então e em última hipótese, aplicando, ao final, a regra do ônus da prova.⁵²¹

Essa postura das partes, ademais, pode servir como avaliação pelo juiz do real interesse delas em buscar provar as alegações que fazem, funcionando como transmissão de credibilidade e segurança na defesa de seus interesses. Por mais que se admita que o juiz possa produzir provas de ofício e que não interessa como a prova chegou ao processo, não há como negar que conta muito o empenho da parte em trabalhar para se sagrar vencedora.⁵²²

De todo modo, nem sempre o juiz delimita as questões de fato e de direito e acaba por meramente conceder às partes a oportunidade para especificarem provas, normalmente acompanhada da *ameaça* da incidência de preclusão se nada disserem ou se

⁵²⁰ A utilização da expressão *verdade* se dá por hábito, pois “[e]mbora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calcada na ideia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto) não se pode negar que a ideia de se atingir, através do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 7.10.2020).

⁵²¹ “Para não se substituir à atividade das partes, cumpre ao Juiz apenas indicar os meios de prova que lhe parecem relevantes para o caso concreto. Fica a cargo de cada parte avaliar se suas fontes de prova são compatíveis com os meios escolhidos pelo Juiz. Caso a parte não se valha dos meios de prova definidos pelo Juiz ou não requeira outros por ocasião da elaboração do programa processual, suas omissões autorizam que se aplique a preclusão quanto à possibilidade de requerer outro meio de prova e se imponha o ônus probatório por não ter sido trazida a fonte de prova nos meios deferidos pelos Juiz. (...). Caso identifique a necessidade de ampliar a instrução probatória, o Juiz pode determinar a produção dessa prova complementar, *ex officio*, sendo facultado às partes insurgirem-se contra tal determinação se lhes parecer que o ponto fático é irrelevante, que o meio probatório é inadequado ou, ainda, se importar em violação a alguma regra ou princípio processual”. (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 264-265)

⁵²² “(...), embora sem tentar penetrar no impenetrável domínio da psique do juiz, também não soa realista afirmar que o esmero ou a indiferença das partes – de um modo geral e, portanto, também em matéria de prova – sejam absolutamente indiferentes ao magistrado. O grau de empenho e de comprometimento das partes com o processo – não apenas sob o ângulo contrário e negativo da improbidade processual – parece ser um dado considerado pelo julgador, ainda que inconscientemente, quando tem que apreciar a prova e ‘intuir o correto enquadramento jurídico’. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62). Em sentido um tanto mais abrangente, ver BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 79-82.

fizerem um pedido genérico. Essa condução do processo não é adequada,^{523 524} ainda mais quando o juiz, depois disso, não volta a tratar do assunto.

Transferir às partes a incumbência de especificar e requerer as provas que entendem necessárias e não delimitar as questões de fato e de direito revela falta de compromisso do juiz com o caso concreto, impondo-lhes um ônus cujo desencargo poderá ter algum grau de complexidade. Se a parte tiver de especificar as provas sem que as questões estejam delimitadas, na incerteza do que esteja pensando o juiz, ela poderá requerer a produção de provas irrelevantes ou, então, no extremo oposto, deixar de requerer provas relevantes.

Entra-se, desnecessariamente, em um jogo de adivinhação, pois a parte – seu advogado – fica exaustivamente refletindo sobre qual prova é relevante, quando bastaria que o juiz dissesse o que pensa a respeito e, então, fosse iniciado o diálogo, com a incumbência

⁵²³ Exatamente nessa linha a crítica de Heitor Vitor Mendonça Sica: “Em outras palavras: ou o juiz não dialogará suficientemente com as partes para definir como se desenvolverá a fase instrutória, ou ele atrasará severamente a marcha do procedimento para que as partes debatam essas questões por meio de petições escritas. Tal risco poderá se revelar ainda mais insidioso se continuar a ser aplicado o ‘costume judiciário’ (completamente incompatível com o sistema processo, seja à luz do Código de Processo Civil de 1973, seja sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015), de os juízes, antes de praticarem qualquer ato de organização do processo (em especial a fixação de questões fáticas controvertidas), determinarem às partes que ‘especifiquem’ as provas que ‘realmente’ pretendem produzir, justificando sua pertinência, sob pena de preclusão. Essa prática – observada no dia a dia do foro ao longo de mais de 40 anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973 –, além de colocar ‘o carro à frente dos bois’ (discutem-se os meios de prova, antes de analisar sobre que alegações fáticas eles recairão), impede injustamente que as partes complementem o pedido de realização de provas depois e identificar sobre que elementos eles recairão”. (Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016).

⁵²⁴ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, assim se expressou Paulo Hoffman: “Inicialmente, há de se repudiar a inútil praxe forense do despacho padrão que determina que as partes informem as provas que pretendem produzir. (...). Não se duvida de que compete à parte a prova de seu direito e ela deve estar pronta a fazê-lo. Porém, claro o equívoco de imaginar que o juiz depende de prévia exemplificação, até mesmo porque isso leva a um jogo de erro e acerto em que a parte tenta imaginar o que precisa provar, sem nunca saber ao certo quando acertou até ser proferida a sentença. Argumenta-se, ainda, que, se a parte fizer o requerimento padrão e não específico de quais provas pretende produzir, poderia o juiz considerar preclusa a oportunidade de prova e até julgar de plano o pedido, com o que não podemos concordar. Indeferir uma prova claramente necessária pela simples falta de prévia especificação representará cerceamento de defesa a levar à futura anulação do processo, o que também atenta contra o direito à razoável duração do processo e da ampla defesa, sendo também, portanto, inconstitucional. (...). É o juiz quem deve dizer quais são as provas pertinentes, diante daquilo que já considera provado e do que ainda não lhe está claro. (...). Como é o juiz (sujeito imparcial e a quem, afinal, a prova é dirigida) quem fixa os pontos controvertidos, realmente, então, não cabe às partes (sujeitos parciais) dizer quais provas pretendem produzir, até mesmo porque elas imaginam que suas teses e provas já apresentadas são suficientes e sempre estiveram convencidas de suas razões. (...). É inegável que o grau de convencimento pode variar de pessoa para pessoa (de um juiz ao outro), pois não se trata de atividade matemática, ainda mais se se levar em conta que o juiz que profere o saneamento e estabelece os pontos controvertidos pode não ser o mesmo que julgará depois o processo. Assim, resta ao juiz dizer se já está ou não convencido e o que falta ser provado e isso de forma clara, aberta, transparente, sem jogo de palavras e adivinhações”. (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, pp. 124-129).

de a parte requerer as provas especificadas ou tentar convencer o juiz de que outro meio de prova é mais adequado ou até mesmo de que a prova especificada não é relevante.

Essa situação não pode ser confundida com aquela na qual as partes delimitam consensualmente as questões fáticas e jurídicas, ainda que estimuladas pelo juiz. Na delimitação consensual, além de as partes trabalharem em conjunto, o juiz participará do ato por ocasião da homologação ou não do que for por elas proposto; se não homologar, deve passar ele a realizar essa delimitação. Se mesmo estimuladas as partes não conseguirem apresentar uma delimitação consensual, deve o juiz fazer o trabalho que lhe cabe e delimitar as questões fáticas e jurídicas, para então especificar as provas.

Depois de especificadas as provas pelo juiz, passa-se a discutir sobre a produção delas, o que se dará pelo que vier a ser ou já tiver sido requerido pelas partes e, na sequência, puder o juiz produzir de ofício. Aliás, como já tratado antes, os poderes do juiz na determinação de ofício da produção da prova não é tema dos mais simples. Ainda que se conceba um juiz participativo, empenhado na solução adequada do litígio, o assunto merece uma criteriosa avaliação.

Que a diretriz atual do processo é publicista parece não haver dúvida, então a ideia de que os contornos gerais que envolvem a admissão e produção das provas é função exclusiva das partes não se sustenta. Todavia, também é verdade que alguns limites devam ser impostos ao juiz por ocasião da decisão quanto às provas a serem produzidas, como já se teve a oportunidade de colocar no item 2.8.

Circunstâncias relacionadas à natureza do direito em discussão, ao custo da prova e ao relacionamento com terceiros,⁵²⁵ por exemplo, podem levar a parte a optar por não produzir todas as provas que estejam a seu alcance e assumir as consequências por isso, pelo que a atividade probatória de ofício do juiz tem mesmo de ser repensada.

Talvez seja exagerada a concepção de que, se a parte optou por resolver seus conflitos no Poder Judiciário, deve esperar que o juiz possa sempre agir de ofício quando

⁵²⁵ Nos contratos relacionados à construção civil, é comuníssima a possibilidade de a empreiteira (contratada) subcontratar parte dos serviços. E são comuns, também, discussões envolvendo a empreiteira e a subempreiteira. É mais do que esperado que a contratante (cliente, no jargão da construção civil) não queira, de modo algum, se envolver nessa discussão. Assim, a depender da discussão, a mera e simples convocação de representantes ou colaboradores da contratante para prestarem depoimento em processo que litigam contratada e subcontratada implica desgaste comercial que a contratada não está disposta a sofrer, pelo que, conscientemente, opta por não os arrolar como testemunhas.

tratar de tema relativo à prova, já que acima de tudo estaria a constante busca pela *verdade* com a reprodução mais precisa possível dos fatos.^{526 527}

A despeito de outros métodos de solução de conflitos estarem à disposição das partes, como a arbitragem,⁵²⁸ a conciliação e a mediação, é ignorar a realidade conceber que a parte sempre possa resolver seus litígios por outro caminho que não pelo processo judicial.

Ainda, o próprio sistema processual, em alguma medida, reconhece a relatividade da *verdade*, tanto que se aceita com naturalidade a incidência do efeito material da revelia quando em disputa direitos disponíveis, afastado apenas nas hipóteses dos incisos I, III e IV do artigo 345 do Código de Processo Civil.

A natureza pública do processo se mede menos pelos poderes do juiz na determinação da produção de ofício da prova e mais pela participação dele, pelo que parece ter mais importância o juiz delimitar adequadamente a disputa e especificar as provas que julga relevantes do que não fazer nada disso e se julgar apto a produzir, sempre, toda e qualquer prova.

O que deve se extrair disso tudo é que o juiz e as partes têm a incumbência de tratar abertamente do assunto para definirem quais as provas que de fato são relevantes para solução do conflito, quais as que eventualmente possam ser substituídas por outras, e quais as consequências pela não utilização de um determinado meio de prova, para que não haja surpresa ao final do processo.

5.8.2. A prova necessária e útil (a relevância da prova)

Se, como já se assinalou antes, é utópica a busca da verdade em um sentido purista ou ideal, não se pode dizer que a noção de verdade seja indiferente para o processo.⁵²⁹

⁵²⁶ Sobre “[o] mito da atribuição de poderes ao juiz para a busca da verdade material”, ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 133-137.

⁵²⁷ “A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 7.10.2020).

⁵²⁸ Sabe-se que a arbitragem, nos dias de hoje, revela-se muito custosa, cuja utilização não se justifica em todo e qualquer conflito. Assim, na prática, as partes não *podem* optar pela arbitragem para solução de seus conflitos. Assim, talvez seja restritivo demais impedir que elas optem por não produzir determinada prova.

⁵²⁹ “[S]e a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade”. (BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e*

Melhor seria conceber essa *verdade* como a mais alta probabilidade à qual se é capaz de chegar,⁵³⁰ pelos instrumentos dialogais oferecidos pelo sistema.

A prova,⁵³¹ então, prestar-se-ia “como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”,⁵³² por isso são concebidos mecanismos para que seja possível escolher, entre as alegações apresentadas, aquela que reúna as melhores condições de prosperar. Valendo-se desses mecanismos, as partes passam a argumentar de modo a tentar convencer o juiz da correção de suas alegações e da procedência de seus pedidos, tudo de modo claro e participativo.^{533 534}

Para que haja legitimidade e adequação no exercício desse direito de provar, nem todas as provas, aleatoriamente, devem ser produzidas, independentemente das características de cada uma delas e das conformações que as identificam. Por isso que o artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece que serão determinadas (admitidas) as provas *necessárias* ao julgamento do mérito,⁵³⁵ e o seu parágrafo único

relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221).

⁵³⁰ Nas palavras de Piero Calamandrei: “todas as provas, vistas mais de perto, nada mais são do que provas de verossimilhança. Esta afirmação do relativismo processual, feita para o processo civil por um grande jurista [Vorträge Wach], pode igualmente valer não só para o processo penal, mas também fora do campo mais diretamente processual, para qualquer juízo histórico sobre fatos que se dizem ocorridos: quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer substancialmente que ele atingiu, na consciência de quem o julga, aquele grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que dispõe o juiz, é suficiente para lhe dar certeza subjetiva que aquele fato aconteceu” (tradução livre). (Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. V, pp. 615-616).

⁵³¹ “A verdade processual é relativa também em outro sentido muito importante, qual seja, o sentido no qual ela se funda exclusivamente sobre as provas que venham adquiridas no processo e, portanto, é relativa ao grau de confirmar que a prova pode atribuir às afirmações relativas os fatos do caso. Portanto, pode haver diferentes graus de verdade na apuração dos fatos, dependendo do fundamento que as provas atribuem à afirmação de que esses fatos são verdadeiros ou falsos”. (tradução livre) (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, vol. 151/2007, São Paulo: RT, pp. 229-240, setembro/2007).

⁵³² ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 7.10.2020.

⁵³³ Além das considerações já trazidas sobre a verdade, muito úteis as de Piero Calamandrei: “É verdade que, na destinação pretendida pelas leis, os meios de prova são instrumentos para se chegar à descoberta da verdade; e também é correto que o juiz possa se comparar, como um pesquisador imparcial da verdade, ao historiador. Mas, na realidade, a história que escreve o juiz não é simplesmente a história da verdade, mas a história (a 'crônica esportiva', se poderia dizer) do jogo através do qual uma das partes conseguiu triunfar no processo, *secundum alligata et probata*, a sua verdade”. (tradução livre) (Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. V – parte I, 1950, p. 44).

⁵³⁴ Sobre os modelos probatórios, ver interessante artigo de ZANETI JR., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. Coordenação Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 179-227.

⁵³⁵ Como explica Cândido Rangel Dinamarco: “Não só em relação ao julgamento do mérito os fatos podem ser relevantes mas de igual modo na preparação de decisões sobre o processo em si mesmo ou os pressupostos para o julgamento do mérito – quer se trate de julgamentos a proferir no próprio curso do procedimento

consigna que o juiz indeferirá diligências (entre elas as provas) *inúteis* ou *meramente protelatórias*.

Portanto, para ser admitida e produzida, a prova deve ser necessária (não pode ser inútil) e não protelatória. Debate-se sobre as características que devem ter as provas para que sejam admitidas, e parece existir alguma convergência quanto à prescrição de que sejam elas *relevantes*.⁵³⁶

Por algum tempo, entendeu-se que a prova teria de ser pertinente com as alegações formuladas e ter relevância em relação a elas. A pertinência fática implicaria a existência de relação do que se pretende provar com a causa; a relevância, por sua vez, aludiria à influência que os fatos poderiam gerar na decisão, proporcionando alguma extensão constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva. Isso significa que todo fato relevante, obrigatoriamente, seria pertinente, mas nem todo fato pertinente seria relevante. Por isso, acaba ficando claro que mais interessa o fato relevante, não o pertinente,⁵³⁷ ainda que a pertinência possa se caracterizar como um indício da relevância.

Isso não significa que toda prova relevante deva ser admitida e produzida, pois há limites, de ordem política ou provenientes de conflitos com determinados princípios, que levam em consideração outros valores e implicam restrição à produção da prova, como acontece com a impossibilidade de se admitir a prova ilícita⁵³⁸ e a desnecessidade de se produzir a prova supérflua, ainda que isso seja realizado com redobrada cautela para evitar cerceamento de defesa da parte.⁵³⁹

principal ou em *incidentes processuais*". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 72-73).

⁵³⁶ Como pondera Gustavo Badaró: "No contexto processual, a admissibilidade da prova se expressa por meio do princípio da relevância, que positivamente significa que toda prova relevante deve ser admitida, mas é frequentemente representada pela máxima inversa: *frustra probatur quod probatum non relevant*". (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 230).

⁵³⁷ "A *pertinência*, às vezes indicada também como predicado indispensável aos fatos cuja alegação deva ser objeto de prova, é aspecto da própria relevância e não merece tratamento autônomo. É *impertinente* o fato que não diga respeito à causa, i.é, que não guarde pertinência com ela ou não lhe diga respeito. Todo fato impertinente é irrelevante e a irrelevância é que, em si mesma, exclui o fato do objeto da prova. Mas há fatos concretamente irrelevantes, sem que sejam impertinentes – como no exemplo da autoria atribuída a um sujeito que não figura no processo, estando já provado que o réu não foi o autor do fato danoso". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 72).

⁵³⁸ Ver BONIZZII, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 26-27.

⁵³⁹ "Como a prova visa convencer o juiz, cabe a ele avaliar se sua convicção sobre a verdade dos fatos está, em sentido positivo ou negativo, plenamente alcançada: admitir novas provas sobre fatos cuja verdade já está convicto seria supérfluo; mas seria igualmente inútil admitir novas provas destinadas a refutar uma convicção que ele tem, em sua consciência, plena e inabalável". (tradução livre). (CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. V, p. 625). Essa inutilidade da prova quando o juiz já está convicto do contrário deve ser recebida *cum grano salis*, pois, mesmo

Assim, a despeito de o Código de Processo Civil de 2015 utilizar expressões como necessárias, úteis/inúteis e protelatórias, é possível compreender o fenômeno da admissibilidade da prova a partir da concepção de *relevância*, pela qual se “permita inferir, com base nas máximas de experiência normalmente aceitas, a ocorrência ou inoocorrência de um aspecto fático da imputação ou da causa de pedir”,⁵⁴⁰ excluída a admissibilidade de certos meios de prova em atenção a determinados princípios.

Essa discussão ganha importância se o juiz, ao especificar as provas, não admite um determinado meio que a parte julga relevante para desincumbir-se do seu encargo probatório. Se o juiz e as partes estiverem sincronizados quanto às provas que devem ser produzidas, não há questões a serem tratadas.

Considerados esses critérios de admissibilidade da prova, devem ser enfrentadas, à luz do processo atual, duas questões centrais a respeito dessa matéria: o conjunto de ideias relativo à concepção inclusionista ou exclusionista⁵⁴¹ do sistema probatório e a perspectiva de visualização da relevância para a produção da prova.

Como o direito de provar (ou o direito à prova) está interligado ao direito de ação⁵⁴² e ao princípio do contraditório, não é possível concebê-lo se não de modo amplo, isto é, o direito/poder das partes de provar deve ser interpretado do modo mais extenso possível.

Por isso, a regra é a de que as provas requeridas pelas partes devam ser produzidas, e só excluídas quando forem nitidamente irrelevantes⁵⁴³ ou supérfluas. Essa é a

que a sua convicção esteja formada, se em tese ela for capaz de modificá-la, deve ser produzida. Sobre a cautela ao se indeferir provas supérfluas, ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 35-38. Sobre a prova ilícita e supérflua, ver, também, BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 226-230.

⁵⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 254.

⁵⁴¹ Expressões cunhadas por BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 249.

⁵⁴² Ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 25-26.

⁵⁴³ “O aprimoramento veio mais tarde, consoante a exposição, ainda, de Nicolás Trocker, mediante a fixação do princípio de que o direito à prova ‘não deve ser subordinado a limitações irracionais derivadas de avaliações apressadas ou preconceituosas’ (...), devendo tornar-se o critério da ‘relevância’ não mais no sentido positivo, mas no negativo; ou seja: só será lícito ao juiz indeferir a produção da prova, no caso de sua ‘manifestação irrelevância’ (...)” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Prova: limitações ao poder de indeferi-la. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, vol. 3, p. 154).

perspectiva inclusionista do direito que a parte tem de comprovar as alegações que apresenta, pelo que apenas casos extraordinários justificam o indeferimento.⁵⁴⁴

Se basta mesmo à parte requerer a produção da prova, cabe ao juiz que pretenda indeferi-la demonstrar que ela é irrelevante ou supérflua. Isso não autoriza a parte a não explicitar minimamente as razões que a levaram a requerer a prova que não tenha sido antes especificada pelo juiz (se o juiz já a admitiu, basta à parte requerê-la), mas não precisa trazer elementos minuciosos sobre a relevância dela. Então, pode-se conceber que à parte bastaria indicar a pertinência da prova com o fato a ser provado, cabendo ao juiz que pretenda indeferi-la o exercício de demonstrar a sua irrelevância, caso contrário o meio de prova deve ser admitido.

Está muito longe de ser suficiente o juiz singelamente dizer que a prova é irrelevante para não a produzir, pois deve dizer por qual motivo ela é irrelevante e conferir à parte a oportunidade real de contrapô-lo.⁵⁴⁵ Essa, em verdade, é uma forte característica do publicismo processual e da participação do juiz, pois lhe é concedido o poder de indeferir provas irrelevantes, desde que fundamentadamente, de modo que não deve funcionar como um *homologador* ou não de provas requeridas pelas partes.

E por aqui entra a perspectiva de visualização pela qual deve ser compreendida a admissibilidade probatória. Não faz sentido e caracteriza restrição ao direito de provar conjecturar a admissibilidade de determinado meio de prova a partir de um juízo concreto do resultado, isto é, partindo-se da premissa de que a prova terá esse ou aquele fim. É a partir de um juízo hipotético positivo de subsunção que o meio de prova requerido deve ser

⁵⁴⁴ Como pondera Gustavo Badaró, “[c]onsequência disso é que os motivos lógicos de exclusão das provas somente justificarão o indeferimento em casos extremos, de evidente ausência de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o *thema probandum*”. (Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 249); ver, também, BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Prova: limitações ao poder de indeferi-la. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, vol. 3, pp. 152-155.

⁵⁴⁵ “E, tudo isso, está a exigir decisão fundamentada, na medida em que, o indeferimento de prova, implicará restrição ao direito fundamental à prova. Para sofrer restrição legítima, deve passar por controle judicial com base em elementos concretos do caso. Deverá o magistrado, portanto, fundamentar a sua decisão, demonstrando argumentativamente, porque a prova requerida seria manifestamente ‘impertinente ou irrelevante’. Embora essa questão seja central para a efetividade do direito à prova, de inegável caráter constitucional, por questões técnicas e, provavelmente, inspirado pelo escopo de redução da atividade recursal, o STF vem se negando a fazer tal controle, sob o fundamento que a análise da pertinência e relevância da prova é algo que diga respeito ao ‘juízo de conveniência do magistrado’ que indefere o meio de prova. Não é possível concordar com tal posicionamento”. (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 250).

admitido ou não.⁵⁴⁶ ⁵⁴⁷ Assim, se há, ainda que potencialmente, relevância hipotética em determinado meio probatório, de modo a influir no resultado do processo, ele deve ser admitido. Portanto, se o meio de prova puder ter, em tese, o condão de influenciar no resultado de uma forma ou de outra, ele deve ser admitido.⁵⁴⁸

A avaliação precisa sobre a relevância de determinado meio de prova ocorrerá depois de o juiz delimitar as questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, pois será na ocasião em que ele especificar os meios de prova admitidos que passará a refletir sobre a relevância dessa ou daquela prova, para que então as partes possam requerer a produção de algum outro meio de prova que não tenha sido já requerido ou até mesmo demonstrar que o meio especificado é irrelevante ou supérfluo.

Ao sinal da menor dúvida a respeito da relevância ou não do meio de prova, o juiz deve admiti-lo, mesmo que para tanto tenha de ficar ainda mais alerta para mitigar os impactos que a produção dessa prova causará, que recaem, em boa parte, sobre o custo e o tempo de duração do processo. Em palavras simples, se estiverem em jogo o balanço entre o direito de provar e os princípios da celeridade e economia processuais, a balança deve pender, em última análise, para o direito de provar.

⁵⁴⁶ “A relevância, por outro lado, é um requisito que compromete, ainda que preliminarmente, a ‘prudente apreciação’ do juiz, chamado a fazer uma avaliação antecipada e hipotética das consequências jurídicas que decorreriam dos fatos deduzidos como prova, caso fossem provados”. (tradução livre) (CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. V, p. 623).

⁵⁴⁷ “Neste sentido, acompanhando a lição de L. Rosenberg, podemos dizer que relevantes são todas aquelas alegações de fato que, se tomadas em consideração pela sentença, conduziriam a uma decisão diferente daquele que seria dada, no caso de não serem levadas em conta”. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Prova: limitações ao poder de indeferi-la. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, vol. 3, p. 155).

⁵⁴⁸ “Sendo a relevância da prova um juízo de relação entre o fato a ser provado pelo meio proposto e o fato alegado que se enquadra no tipo abstrato descrito na norma, o controle judicial para a admissibilidade da prova envolve um processo de subsunção. Não um juízo concreto de subsunção entre o fato que restou provado e o fato imputado, mas um juízo hipotético de subsunção, entre o fato abstrato que se pretende provar pelo meio requerido e o fato imputado. Logo um indevido indeferimento de um meio de prova requerido, sob o fundamento de que seria irrelevante ou impertinente, enquadra-se conceito de *error iuris*, devendo e podendo ser controlado mediante recurso especial e extraordinário”. (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 251).

5.8.3. Os negócios processuais em matéria probatória e o calendário da prova pericial

Por conta do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, proliferaram estudos sobre negócios processuais,⁵⁴⁹ inclusive sobre aqueles que tratam de matéria de natureza probatória. O propósito desse tópico é contextualizar, muito objetivamente, a possibilidade de serem realizados negócios processuais em matéria probatória e a importância deles para o saneamento e, principalmente, para a organização do processo.

O negócio processual não é novidade do Código de Processo Civil de 2015, pois já existia no Código de Processo Civil de 1973, como revelam a possibilidade de alteração da distribuição do ônus da prova e a de dilatação de prazos,⁵⁵⁰ e até mesmo no vigência do Código de Processo Civil de 1939, como se vê pela admissão, à época, da cláusula de eleição de foro.⁵⁵¹ O Código de Processo Civil de 2015, além de ter dado ênfase e permitido às partes convencionarem de modo geral (negócio processual atípico), procurou estimulá-las a terem uma participação mais expressiva no curso do processo. Trata-se de uma expressão da liberdade das partes no processo.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Para Flávio Luiz Yarshell, bastaria fazer referência a *negócio processual*: “Trata-se, sem dúvida, de negócio jurídico bilateral – ressalva feita ao estabelecimento de um calendário, tratado em dispositivo legal próprio. Tal negócio é uni e não se confunde – conforme já alertara a doutrina precedente – com a concordância de um dos litigantes que é exigida para que o juiz defira determinada providência requerida pelo adversário. Em termos pragmáticos, parece possível passar ao largo de tais polêmicas (conquanto relevantes), bastando que o exame das convenções das partes em matéria processual civil seja feito sob a metodologia empregada para a análise do negócio jurídico, tomando-se os planos da existência, validade e eficácia. Daí porque a referência doravante será a *negócio processual*”. (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 65). José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, em clássico artigo, prefere a terminologia *convenção processual*: “[a] expressão ‘contrato processual’ não é encontrada na literatura pátria. Tem-se antes falado de ‘avenças’ ou ‘acordos processuais’. A essas maneiras de dizer parece-nos preferível a locução ‘convenções processuais’, de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente a linguagem do Código [1973], (...)”. (Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 33/1984, pp. 182-191, janeiro-março/1984).

⁵⁵⁰ “A possibilidade de convenção das partes em matéria processual não é algo propriamente novo no sistema. No direito positivo, para ilustrar, a disciplina legal da *arbitragem* ganhou fôlego inegável com a Lei 9307/96; mas, a rigor, já vigorava antes disso. Além disso, no Código de Processo Civil de 1973, desde sempre se facultou convenção sobre competência (eleição de foro) e distribuição do ônus da prova, dentre outros”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 63).

⁵⁵¹ Embora inexistisse dispositivo legal expresso, o Supremo Tribunal Federal à época já admitia a cláusula de eleição de for, conforme enunciado 335 de sua Súmula, aprovado em 13 de dezembro de 1963.

⁵⁵² Para José Carlos Baptista Puoli, além de “ensejar uma menor rigidez procedimental (...) por força de convenção entre as partes”, o negócio processual permite “uma maior participação dos diretos interessados no processo que, assim, passariam a ter condição de influir no desfecho do exercício do poder jurisdicional não apenas com argumentos e provas, mas também com o estipular de procedimento ou atos diferenciados, convencionando, inclusive, a respeito de ‘ônus, poderes, faculdades e deveres processuais’, e fazendo-o ‘antes ou durante o processo’”. (PUOLI, José Carlos Baptista. *Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020). Ver, também, RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: RT, 2019, pp. 344-365.

Para além de conferir liberdade às partes, a proposta por trás dos negócios processuais tem a ver com uma possível adaptação e otimização do procedimento em razão das particularidades do caso concreto. Isso significa que eles não devem provocar tumulto e dificultar a marcha do processo. Os negócios processuais não se prestam a invencionices, caprichos e experimentos das partes.⁵⁵³

O negócio processual é permitido nos processos que admitem autocomposição. A noção de autocomposição é mais ampla que a de disponibilidade, então é possível que um direito indisponível admita autocomposição dentro de alguns limites.⁵⁵⁴ Seja como for, é preciso superar o dogma de que, mesmo que não seja admissível autocomposição, em hipótese alguma será possível entabular um negócio processual. Deve-se recordar que as limitações buscam proteger determinados interesses, e desde que eles se mantenham resguardados, não há por que mantê-las pelo simples fato de existirem.⁵⁵⁵ Desde que o negócio processual não implique prejuízo algum à esfera de interesse das partes, particularmente àquela que a norma protege, não é razoável previamente descartá-lo apenas porque a disputa refira-se a direito que não admite autocomposição.

As partes poderão estipular negócios processuais antes ou durante o processo. Os negócios processuais durante o processo encontram ambiente mais propício para serem realizados especialmente em duas oportunidades: (a) a da delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, §2º, do Código de Processo Civil) e (b) a da audiência de saneamento e organização do processo (artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil).⁵⁵⁶

Antes do processo, são nas relações de natureza contratual que as partes encontram ambiente favorável para a realização de negócios processuais, sobretudo se forem

⁵⁵³ Ver YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

⁵⁵⁴ Ver YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 69.

⁵⁵⁵ Ao tratar da alteração convencional do ônus da prova, assim ponderou Marcelo José Magalhães Bonizzi: “[o]corre que a indisponibilidade não é um fim em si mesma, mas sim um modo de proteger determinados direitos ou interesses. É o caso em que, por exemplo, há convenção redistribuindo os ônus probatórios quase que integralmente para o réu de uma determinada demanda, em que o autor é absolutamente incapaz. Nessa hipótese, ao menos em princípio, não há sentido algum na aplicação da regra contida no art. 373, §3º, inciso I, porque a redistribuição praticamente não tem chances de prejudicar os interesses da parte que é incapaz”. (*Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 65).

⁵⁵⁶ “Ambiente propício para a celebração de acordos processuais é a audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, §3º, CPC). Nesse momento, as partes podem, por exemplo, acordar para alterar ou ampliar o objeto litigioso, dispensar perito ou celebrar o negócio de organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC)”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 451).

realizados no formato de cláusulas-padrão, como a já comuníssima cláusula de foro de eleição, o que evitaria debates mais trabalhosos sobre assuntos que, na oportunidade em que os negócios são *fechados*, são tidos como periféricos.⁵⁵⁷

Ao entabularem o contrato, as partes podem, por exemplo, combinar sobre a produção de prova extrajudicial,⁵⁵⁸ que deve ser admitida no processo, ainda que valorada no momento oportuno; as partes podem acordar que elas mesmas colem depoimentos de testemunhas, apresentando ao juiz a mídia eletrônica com os áudios e vídeos, que serão valorados e considerados conforme as circunstâncias particulares da causa e,⁵⁵⁹ se o juiz estiver satisfeito com as informações obtidas, sequer há de se cogitar de novos depoimentos de quem já depôs; as partes também podem combinar de os depoimentos das testemunhas serem realizados por escrito, de modo que a parte contrária realize suas perguntas em depoimento oral e a parte que as arrolou faça apenas reperguntas; as partes podem, também, realizar *perícia* extrajudicial, que inclusive pode evitar a instauração do processo, mas que, caso não a evite, deve ser valorada segundo apreciação específica pelo juiz; o artigo 472 do Código de Processo Civil, ademais, expressamente admite que a prova pericial seja substituída por pareceres técnicos, então é possível conceber a realização de um único parecer, produzido por profissional aceito pelas partes.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ É possível, em tese, conceber a realização de negócios processuais em relações não contratuais ou depois de identificado o conflito a ser solucionado (mesmo em relações de natureza contratual), mas antes de iniciado o processo.

⁵⁵⁸ Válidas as palavras de Flávio Luiz Yarshell: “Portanto, este trabalho aceita e parte da premissa de que, embora a prova seja instituto de natureza processual, é perfeitamente possível sua formação fora do processo; e – com maior razão – fora do processo ‘principal’, isto é, do processo cujo objeto é a declaração (ou a atuação prática) do direito. (...). Sem propriamente pretender escapar dessas e de outras divergências que marcam a teoria da prova, parece possível reconhecer que é dado às pessoas, fora de um processo estatal, unilateralmente ou mediante atuação conjunta, realizar atividade de verificação, demonstração e registro de fatos; o que se pode – ainda que com alguma generalidade, mas sem transgressão de ordem técnica e com importante proveito metodológico – qualificar de *atividade probatória*”. (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 26-28).

⁵⁵⁹ “No âmbito da prova testemunhal a experiência de outros ordenamentos, que é válida sob o prisma conceitual, mostra existir uma tendência para que referida prova seja mesmo produzida fora do processo judicial, embora posteriormente sujeita ao eventual controle e, naturalmente, à valoração pelo juiz”. (...). Portanto, se entre nós a prova testemunhal é produzida em juízo, nada impede, conceitualmente falando, que a atividade dirigida ao mesmo resultado seja realizada fora dele. Mais uma vez, a eficácia probatória e o peso que tal elemento possa ter na formação do convencimento do juiz são dados estranhos à atividade empreendida pelas partes”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 30 e 32).

⁵⁶⁰ “No campo da prova pericial, novamente para ilustrar, lembre-se a regra contida no art. 427 do nosso CPC [1973], que expressamente alude a pareceres técnicos cuja confecção (e, portanto, efetiva produção) as partes podem providenciar de sorte a eventualmente até dispensar a realização da prova pericial, isto é, sua produção dentro do processo. A propósito, saber se a regra é efetivamente aplicada, embora seja relevante, é problema que não afastar o aspecto conceitual exposto”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32).

Admitido que seja o negócio processual em matéria probatória, tenha sido ele entabulado antes ou durante o processo, deve-se estar atento a restrições que provoquem desequilíbrio da ampla defesa.⁵⁶¹ Sobretudo se o negócio processual tiver sido firmado antes de o litígio ter sido gerado,⁵⁶² é preciso ter atenção redobrada aos desequilíbrios que ele pode provocar. Já se o negócio processual foi firmado depois do litígio ter sido gerado e, até mesmo, quando em curso o processo, a presunção deve ser a de que eventual desequilíbrio advém de uma estratégia processual e da assunção do risco inerente às escolhas que a parte fez.⁵⁶³ Convenções restritivas que não impliquem desequilíbrio entre as partes não estão vedadas, como, por exemplo, a restrição do número de testemunhas por fato, a não nomeação de assistente técnico entre partes qualificadas, a combinação sobre a divisão dos custos da produção das provas.

Assim como as restrições às provas podem encontrar alguns obstáculos, a ampliação delas ainda mais, mas não diretamente na afronta ao contraditório e à ampla defesa, e sim à efetividade do processo, cujo controle deve ser realizado pelo juiz à luz das noções de relevância da prova e de refutação da prova supérflua. As partes podem estipular, por exemplo, que inexistirá limites de testemunhas para deporem sobre as alegações fáticas, podem acordar que sempre haverá três perícias para o mesmo assunto, podem estabelecer que serão ouvidas testemunhas com *notório saber jurídico* sobre questões de direito, e também podem combinar que o juiz terá sempre de realizar inspeções judiciais. A princípio, essas deliberações devem ser afastadas pelo juiz, salvo se houver alguma particularidade que as justifique, pois vão de encontro à ideia de relevância da prova e de efetividade do processo, muitas caracterizando-se como supérfluas. Se o juiz deve indeferir as provas irrelevantes e supérfluas, não pode estar vinculado a produzir determinado meio de prova ou a admitir determinada extensão daqueles meios por ele admitidos se detectar que tais

⁵⁶¹ Como esclarece José Carlos Baptista Puoli, “(...), se na situação específica, a convenção processual acarretar mácula ao devido processo legal, se terá de decretar a nulidade e impedir que tais efeitos se verifiquem”. (*Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020).

⁵⁶² RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, pp. 348-354.

⁵⁶³ “Podem existir motivos relevantes que evidenciem que um dos sujeitos, no momento da prática do ato, não poderia ter razoavelmente previsto as consequências fáticas e jurídicas que poderiam dele decorrer no processo e que essas consequências o coloquem numa posição de nítida desvantagem no acesso aos meios de defesa ou de impossibilidade de exercê-la plenamente. Essas mutações imprevisíveis são mais comuns nas convenções processuais celebradas antes do processo, muito suscetíveis da aplicação da teoria da imprevisão. Já nas celebradas no curso do processo, a imprevisibilidade deve ser analisada com mais rigor, mas ainda pode ocorrer, especialmente quando o processo se prolonga demasiadamente, aumentando a distância de tempo entre o momento em que a convenção foi celebrada e o momento em que deva ser aplicada. Além disso, o incipiente grau de informação dos litigantes pode aumentar a possibilidade de ocorrência da imprevisão”. (GRECO, Leonardo. *A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais*. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx).

providências são irrelevantes ou supérfluas, ainda que advenham da comunhão de vontade das partes. Portanto, embora o artigo 190 do Código de Processo Civil consigne que o juiz só possa recusar a aplicação de negócio processual nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta vulnerabilidade, não há como admitir negócios processuais que combinem a produção de prova irrelevante ou supérflua, em afronta à efetividade do processo.⁵⁶⁴

Uma questão delicada para ser tratada diz respeito a negócio processual que eventualmente limite poderes instrutórios do juiz. Ao considerar disputas nas quais o direito em discussão seja indisponível ou cuja prova a ser produzida é destinada à solução de questão que possa ser conhecida de ofício, esses poderes não poderão ser restringidos, até porque os negócios processuais são severamente limitados quando em disputa direitos que não admitam autocomposição⁵⁶⁵ e o juiz, a rigor, sequer integra essa relação.⁵⁶⁶ No entanto, se o direito em disputa for disponível, como se defende que nessas hipóteses os poderes instrutórios do juiz já são limitados, não parece existir dificuldade em aceitar que ele respeite a vontade das partes sobre limitações na produção da prova, especialmente quando isso se dá depois de já identificado o conflito. Não se trataria especificamente de limitar os poderes do juiz, pois o artigo 190 do Código de Processo Civil, a rigor, não admite que as partes convençionem sobre poderes que não os seus,⁵⁶⁷ mas sim de se conformar de modo ainda mais claro a impossibilidade de o juiz, nessas situações, ir além do que optaram as partes percorrer, respeitando a liberdade delas, sem que isso o impeça de identificar eventual desequilíbrio injustificado da ampla defesa.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Para interessante abordagem sobre as convenções processuais, ver GRECO, Leonardo. *A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais*. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx. Acesso em 15.2.2020. O autor admite convenções de três espécies. A primeira afeta interesses apenas das partes, a segunda afeta poderes do juiz que, por lei ou pela natureza, podem ser limitados, então dispensariam concordância do juiz; por fim, a terceira afeta poderes do juiz que, para gerarem efeitos, precisam da concordância dele.

⁵⁶⁵ Como consignado nesse item, não é possível descartar em absoluto a admissão de negócios processuais em casos que versem sobre direitos que não admitam autocomposição.

⁵⁶⁶ Ver YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, pp. 67-68.

⁵⁶⁷ Para Leonardo Greco, é possível que negócios jurídicos afetem poderes do juiz e não precisem da sua concordância para gerarem efeitos, desde que esses poderes possam ser limitados por força de lei ou pela própria natureza, conforme *A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais*. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx. Acesso em 15.2.2020.

⁵⁶⁸ Leonardo Greco admite convenções sobre matéria probatória, mas com restrições sobre a possibilidade de limitar a iniciativa judicial, sobretudo quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis: “Convenções probatórias, determinando a produção de determinadas provas ou reduzindo a instrução apenas a algumas delas,

Por agora, vale uma rápida consideração sobre a prova pericial, já que o artigo 357, §8º, do Código de Processo Civil estabelece que, caso ela seja determinada, poderá ser estabelecido um calendário para sua realização.

Não há que se confundir o calendário para produção da prova pericial com o calendário processual do artigo 191 do Código de Processo Civil,⁵⁶⁹ que deve ser confeccionado de comum acordo entre as partes e o juiz. Se entabulado logo no início do processo, ainda que nada impeça que esse calendário do artigo 191 do Código de Processo Civil avance em questões relativas à organização do processo e à produção da prova, deve-se reconhecer que será um pouco difícil projetar, em estágio tão inicial, o desenvolvimento que o processo terá e as nuances que ele enfrentará até as fases de organização e instrução, por isso a propensão de esse calendário, se estabelecido, não tratar de como deve ser realizada a produção da prova pericial, mesmo que nada impeça que o faça.

Já o calendário da prova pericial, que a rigor dispensa a concordância das partes para ser fixado, em tese cuidaria exclusivamente do procedimento relativo à perícia, nada mais. Ainda que esse calendário possa ser estabelecido sem a concordância das partes, parece estar claro que elas têm de ter a oportunidade de influírem no convencimento do juiz tanto sobre a necessidade como sobre o conteúdo dele, apresentando sugestões e eventuais impedimentos que possam existir, até porque, a rigor, a depender da natureza do direito em disputa, cabe às partes a deliberação pela produção ou não desse meio de prova.⁵⁷⁰

Mas, para além disso, o juiz e as partes devem aproveitar essa oportunidade não apenas para formularem um calendário para a prova pericial, mas para avançarem em uma combinação que trate de toda a produção probatória. Restringir a possibilidade de elaboração desse calendário para a prova pericial e ignorar que outras combinações possam ser pactuadas para envolver outros meios de prova é explorar muito timidamente os mecanismos

são plenamente admissíveis, mas não podem limitar a iniciativa probatória subsidiária do juiz, especialmente se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Algumas delas exigirão adaptação do procedimento legal, como, por hipótese, a definição em comum de um rol de 30 testemunhas ou a tomada do seu depoimento em local diverso da sede do juízo ou a produção da prova testemunhal antes da prova pericial. Estas são convenções da terceira espécie, sujeitas à homologação judicial para controle de legalidade, de conveniência, oportunidade e adequação”. (*Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020); ver nota de rodapé n. 34, em GRECO, Leonardo. *A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais*. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx. Acesso em 15.2.2020; ver, também, PUOLI, José Carlos Baptista. *Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020.

⁵⁶⁹ Ver MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, pp. 339-342.

⁵⁷⁰ Para tanto, ver item 2.8.

que o sistema coloca à disposição dos sujeitos processuais para que o processo seja bem gerido. Ou seja, nessa oportunidade, mais do que um calendário para a prova pericial, o juiz e as partes devem pactuar sobre a produção das provas e calendários para os meios de prova que serão relevantes para solução da disputa.

Não se nega que essas providências ficarão reservadas para casos que tenham maior complexidade e que exijam essa condução particular, tanto que tendem a ser adotadas nos casos cujo saneamento e organização sejam realizados em audiência ou de modo consensual (artigo 357, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil).

Se as partes e o juiz estiverem dispostos a participar do processo,⁵⁷¹ esse é o momento ideal para definirem questões gerais relativas à produção das provas, como a limitação ou majoração do número de testemunhas, a possibilidade de as partes indicarem o perito e dispensarem assistentes,⁵⁷² a necessidade da realização de inspeção judicial, a admissão da juntada de outros documentos, a alteração na ordem de produção das provas e, até mesmo, a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova.

A tendência é a de se encontrar, nessa fase, um juiz menos resistente e mais tolerante às sugestões vindas das partes. Isso porque, antes ou logo no início do processo, o juiz, que ainda não terá conhecimento amplo dos elementos que conformam a disputa, poderá relutar em fazer concessões e projetar hipóteses. Isso se pode dizer também das partes, que estarão mais seguras e não ficarão desconfiadas de alguma proposta cujas consequências, no início do processo, não poderiam ser dimensionadas com precisão.

Se a organização do processo for mesmo compartilhada, é possível que os sujeitos concluam, nesse momento, que não seja possível avaliar a relevância da produção de prova pericial e optem por postergar sua admissão para o futuro, tratando a respeito de outros meios de prova e de outros calendários, como aquele que poderia ser estabelecido para juntada de documentos a serem utilizados em audiência, para a coleta do depoimento das partes e de testemunhas, para eventual inspeção judicial. Assim, a menção que o artigo 357, §8º, do Código de Processo Civil faz ao calendário para prova pericial deve funcionar

⁵⁷¹ Sobre o trabalho em conjunto das partes e do juiz no processo, ver BIDART, Adolfo Gelsi. Del principio de congruencia. *Revista de Processo*, vol. 32/1983, São Paulo: RT, pp. 293-307, outubro-dezembro/1983.

⁵⁷² A hipótese de perito escolhido em comum pelas partes e a dispensa de assistentes não é tão rara assim. O Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado de São Paulo, é sabidamente um dos órgãos mais capazes no Brasil para tratar de assuntos técnicos complexos que envolvem engenharia pesada, geologia, meio ambiente, e é muito comum que ambas as partes, assim como o juiz, se sintam seguros com trabalhos por ele produzidos, o que leva a uma imensa aceitabilidade de seus laudos e pareceres, o que viabilizaria, em tese, a indicação dele como órgão técnico único para realização do trabalho pericial, com a vinculação de um profissional ou de um conjunto de profissionais para que o trabalho possa ser reportado no processo.

como um estímulo para que os sujeitos também pactuem outras providências e outros calendários sobre outros meios de prova.

É verdade que as partes, como maiores interessadas, devem ter a iniciativa para que seja possível e útil essa adaptação no procedimento, o que pode acontecer por ocasião da apresentação, para homologação, da delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, §2º, do Código de Processo Civil). Entretanto, o juiz não precisa esperar que as partes tomem a iniciativa, pois pode, *sponte propria*, provocá-las para que, juntos, façam isso.

Mas, voltando especificamente ao calendário da prova pericial, aconselhável, o tanto quanto possível, que ele seja realizado com a participação do perito e dos eventuais assistentes das partes. Se o juiz admite a realização de prova pericial e as partes com ele concordam é porque chegaram à conclusão de que a solução da controvérsia depende de ao menos um conhecimento técnico especial. Assim, se há a necessidade desse conhecimento para comprovação das alegações, talvez não seja possível os sujeitos processuais, sozinhos, estabelecerem com precisão um calendário para que o trabalho seja realizado.⁵⁷³

Muito embora esse calendário possa ser estipulado quer a organização seja em gabinete, quer seja em audiência, a audiência de saneamento e organização do processo parece ser um ótimo momento para isso. Se houve a designação de audiência de saneamento e organização do processo é porque a causa apresenta complexidade. Essa complexidade pode se estender para a prova pericial. Com isso, valerá estabelecer um calendário para realização da prova pericial com a participação do perito e, eventualmente, dos assistentes técnicos das partes. Se há necessidade de prova pericial, e se ela for mesmo intrincada, não há justificativa para o juiz e as partes, a rigor leigos na matéria, definirem sozinhos como ela deva ser conduzida, especialmente quanto ao tempo necessário para sua realização.

Por isso, se for o caso de produção de prova pericial complexa, não há vedação para que as partes e o juiz tratem disso o quanto antes, e então o perito seja designado e as partes, convocadas, para que, se entenderem adequado, compareçam à audiência com seus assistentes, ainda que se relegue a um momento posterior a apresentação dos quesitos. Nesses casos, a presença do perito e dos assistentes pode auxiliar até mesmo na delimitação das questões fáticas e nos contornos que poderá ter a prova pericial, com o subsequente estabelecimento do calendário.

⁵⁷³ Quando se faz alusão ao calendário pericial, imagina-se a produção de prova pericial que tenha alguma complexidade, pois as simples podem observar o regramento comum, estabelecido pelos artigos 464 e seguintes do Código de Processo Civil.

Tudo isso comprova a utilidade da participação dos sujeitos processuais, reafirmando-se a ideia de que o publicismo processual daí advém e se caracteriza pela postura que o juiz deve ter nesses momentos.

5.8.4. Aspectos gerais concernentes à distribuição do ônus da prova

As partes se encontram em situações jurídicas ativas ou passivas ao longo do processo.^{574 575} Como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, “[o]s ônus situam-se em posição intermediária, porque se cumprem no interesse do titular mas sob a ameaça de que, se não forem cumpridos, ele se prejudica (ônus da prova *etc*)”.⁵⁷⁶

Isso significa que o ônus está relacionado a posições de vantagem ou desvantagem que o sujeito parcial – e não o juiz⁵⁷⁷ – possa obter no processo. A parte não está compelida a praticar aquela conduta que o ordenamento lhe permite, mas o seu não exercício pode lhe provocar uma situação de desvantagem. Ao não se desvencilhar do encargo (ônus) que lhe cabe, a parte não pratica ato ilícito e não descumpre um dever, mas ficará sujeita às – possíveis - desvantagens que isso provoca.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Como assinala Cândido Rangel Dinamarco, “[s]ão situações processuais *ativas* as que *permitem* realizar atos procesuais segundo a deliberação ou o interesse de seu titular ou exigir de outro sujeito processual a prática de algum ato. (...). Dizem-se *passivas* as situações jurídicas processuais que *impõem* o sujeito a um ato (*deveres e ônus*) ou lhe impõem a aceitação de um ato alheio” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 231-232).

⁵⁷⁵ Ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232-234.

⁵⁷⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 232.

⁵⁷⁷ “A ordem jurídico-processual não outorga *faculdades nem ônus* ao juiz. Aquelas têm por premissa a disponibilidade de bens ou de situações jurídicas, e daí serem conceituadas como *liberdade de conduta*: cada qual age ou omite-se segundo sua vontade e sua própria escolha, tendo em vista o resultado que mais lhe agrade. Mas o juiz não está no processo para gestão de seus próprios interesses, senão para regular os de outrem, ou seja, das partes. Não tem disponibilidade alguma sobre esses interesses, que não são seus, nem sobre as situações jurídico-processuais ocupadas por elas. Todos os *podere*s que a lei lhe outorga são acompanhados do *dever* de exercê-lo. Quando defere a produção de prova ele não o faz porque *optou* por isso, mas porque a parte que a requereu tem direito a ela; nem há *opção pessoal* do juiz, ou mesmo do Estado-jurisdição com referência ao processamento de uma causa, de um recurso *etc*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 232).

⁵⁷⁸ A parte que não se desincumbiu do seu encargo não estará, a rigor, influenciando na esfera jurídica de qualquer outro sujeito, mas indiretamente essa influência pode existir. Basta pensar no sujeito que não se desincumbe do ônus de recorrer da sentença que lhe é desfavorável. Essa sua postura *levará* à ocorrência do trânsito em julgado.

Como observa Alfredo Buzaid, no ônus, o titular de uma determinada posição processual, ao deixar de praticar o ato, assume o risco de essa inação lhe trazer algum prejuízo; mas se ele o praticar, abre-se uma janela para que possa obter uma vantagem.⁵⁷⁹

A ideia de ônus como risco talvez não retrate com precisão o fenômeno em todas as suas circunstâncias, tanto que Alfredo Buzaid dela se valeu ao tratar especificamente de ônus da prova. Em certas ocasiões, o não exercício de determinada posição não implicará risco de um mal, mas certeza dele. É o que acontece, por exemplo, ao não se atender uma determinação de emenda da petição inicial ou ao se deixar de interpor apelação da sentença. Daí a ideia de se classificar os ônus como relativos, se não provocarem invariavelmente um prejuízo, e absolutos, se provocarem.⁵⁸⁰

O ônus de provar determinada alegação insere-se na categoria de ônus relativos (ou imperfeitos), pois o não exercício dessa posição processual pode não implicar uma desvantagem ao seu titular, embora aquele que não se desincumbe de seu ônus probatório aumenta muito as chances de derrota.

Como assinalado por Flávio Luiz Yarshell,⁵⁸¹ essa é a concepção do ônus da prova sob uma perspectiva negativa, visto como um encargo da parte para se desonerar de uma possível situação de desvantagem ou para chegar a uma situação de vantagem. Mas não se deve desprezar a perspectiva positiva do ônus da prova, concebida na noção da prova como um direito autônomo (direito à prova). Por conta das concepções atuais sobre a prova, talvez não seja tão simples desconectar por completo as noções de prova como encargo e prova como direito, até porque elas, em alguma medida, se completam.

Também é muito comum a classificação do ônus da prova sob os aspectos subjetivo e objetivo. Sob o aspecto subjetivo, o ônus da prova é avaliado a partir da perspectiva das partes, como o encargo que elas têm de superar para provar as alegações que

⁵⁷⁹ Ver Do ônus da prova. *Estudos de Direito, I*. São Paulo: Saraiva, 1972. Sobre o ônus como risco, também ver AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 45.

⁵⁸⁰ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, pp. 236-237. Paulo Osternack Amaral utiliza classificação diversa, mas que revela os mesmos fenômenos. Ele faz alusão a ônus perfeito e a ônus imperfeito. Ônus perfeito equivaleria ao ônus absoluto, e ônus imperfeito, ao ônus relativo. ver *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 46.

⁵⁸¹ *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 46-49.

lhes interessam⁵⁸² e o direito de saberem, previamente, a carga que lhes é imposta.⁵⁸³ O aspecto objetivo, a seu turno, está relacionado ao “método de julgamento de que o juiz se valerá na hipótese de a matéria de fato não lhe parecer suficientemente comprovada”.⁵⁸⁴ Ao fim, os aspectos subjetivo e objetivo se inter-relacionam.⁵⁸⁵

Sem entrar na discussão se ao juiz importa saber quem trouxe a prova ao processo,⁵⁸⁶ opta-se por aceitar a ideia de bastar que a prova lá esteja e que seja suficiente para esclarecer as alegações que lhe foram apresentadas e formar seu convencimento (princípio da aquisição da prova – artigo 371 do Código de Processo Civil).⁵⁸⁷

A rigor, o juiz apenas se preocupa com a distribuição do ônus da prova quando, ao passar a refletir sobre o julgamento do caso, chegar à conclusão de que as provas existentes não foram suficientes para formar seu convencimento. Nesse caso, ele identificaria a quem incumbia o encargo de provar e dele não se desincumbiu para julgar em seu desfavor. Trata-se de uma solução preconizada pela lei para evitar-se o *non liquet*,⁵⁸⁸ de

⁵⁸² “Por largo tempo só se considerou o ônus da prova sob o aspecto *subjetivo*, isto é, como a teoria das consequências da prova frustrada. As definições e explicações dos autos ressaltam que o ônus da prova consiste na necessidade de provar para vencer. Não é um direito, nem um dever, mas a imposição de ser diligente a fim de evitar prejuízos e danos, isto é, para não sofrer o risco da demonstração falhada”. (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 64).

⁵⁸³ Ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 234-237.

⁵⁸⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, pp. 46-47.

⁵⁸⁵ Como coloca Paulo Henrique dos Santos Lucon: “[r]econhece-se, assim, uma ‘dupla dimensão’ da disciplina do ônus da prova. Por essa ótica, ônus objetivo (regra de julgamento) e ônus subjetivo (regra de comportamento) nada mais são do que dois lados de uma mesma moeda. E não se poderia chegar a conclusão diferente: ignorar o aspecto subjetivo das normas sobre o encargo de provar implicaria desconhecer conceito central para teoria do processo – i.e., desconhecer a própria definição de *ônus*, enquanto posição jurídica *subjetiva* das *partes* que se traduz em imperativo no interesse próprio”. (Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, Organizadora Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, p. 377).

⁵⁸⁶ Sobre o interesse ou não de saber quem produziu a prova e como se portam as partes, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 60-65).

⁵⁸⁷ “Ao proceder à *verificação da ocorrência ou não ocorrência dos fatos*, que é a última das operações mentais a realizar em preparação ao julgamento da causa (valoração do conjunto probatório...), o juiz levará em consideração todas as provas existentes nos autos, sem a mínima preocupação sobre a origem de cada uma ou quem as produzir. O que importa é a existência da prova, não as circunstâncias em que veio ter ao processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, pp. 94-95); ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 29; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. Coordenação Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 113-116.

⁵⁸⁸ Ao comentar o artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973, assim registrou Pontes de Miranda: “O que importa é que o juiz, pretextando lacuna ou obscuridade da lei (note-se: da *lie*, e não do ordenamento jurídico), não se furte àquele dever formal de obrar, que está à base da sua função específica” (*Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo II (artigos 46 a 153), p. 339). Ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: *Processo Civil: estudos em*

modo que se apura quem não conseguiu ou deixou de provar para que assuma as consequências dessa impossibilidade ou da sua incapacidade.⁵⁸⁹ Sob esse ponto de vista, as regras de distribuição do ônus da prova são de julgamento, já que o juiz se atenta a elas apenas ao final e somente se tiver de aplicá-las.

Mas a questão não é tão simples assim, pois “se existe realmente um direito à prova, e se a atribuição do ônus de provar está ligada a esse direito, então, é preciso que a parte tenha exato conhecimento do encargo que pesa contra si *antes* do momento do julgamento”.⁵⁹⁰

Isso levou à afirmação de que as regras de distribuição do ônus da prova seriam (ou deveriam ser), em verdade, de procedimento, e não de julgamento, já que precisariam ser externadas por ocasião do saneamento e da organização do processo, e não apenas ao final, ainda mais se elas forem distribuídas diversamente do padrão estabelecido pelo legislador.⁵⁹¹

Essas questões levaram José Carlos Baptista Puoli a afirmar que a regra de distribuição do ônus da prova seria de julgamento se mantida a regra de distribuição estática, mas de instrução se a opção fosse a de distribuição diversa.⁵⁹²

O enfrentamento do tema pode ser colocado de outra forma, sobretudo por estar, de certo modo, superada a ideia de os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova serem fenômenos diversos e tão estanques assim entre si.⁵⁹³

homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, Organizadora Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 375-6. Nas palavras de José Carlos Baptista Puoli, “[t]em-se, aqui, a revelação do aspecto objetivo do ônus de provas, qual é, em verdade, uma decorrência da vedação legal ao ‘*non liquet*’ de maneira que, com tal regra, ao processo se possa por fim mesmo nos casos em que a prova produzida não dá ao magistrado convencimento”. (O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 245).

⁵⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 80-82.

⁵⁹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

⁵⁹¹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. O princípio do contraditório, o direito de não ser surpreendido e seus reflexos. *In: Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 645-646.

⁵⁹² O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 245-247.

⁵⁹³ “A doutrina brasileira tradicional, por influência de processualistas austríacos, referia-se a essa regra de julgamento como *ônus objetivo da prova*, em oposição ao *ônus subjetivo*, que recai sobre as partes. Mas seria conceitualmente concebível algum ônus que seja objetivo e não subjetivo?” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 94).

A admissão da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento não impede – pelo contrário, até justifica – que as partes sejam esclarecidas sobre temas a ela relacionados antes que o julgamento aconteça. Exatamente porque a regra do ônus da prova é de julgamento que as partes têm de ser informadas sobre questões que dela advêm antes que ela seja aplicada.

O fato de o juiz ter de se preocupar por aplicar a regra de distribuição do ônus da prova apenas ao final não deve ser tido como obstáculo para que as partes tomem conhecimento prévio sobre o modo como ela será aplicada caso isso seja necessário e como será considerada - antes justifica que estejam cientes disso tudo.⁵⁹⁴

Se o modelo atual de processo exige clareza, dever de esclarecimento e de prevenção, não parece razoável que questão tão delicada e importante para o resultado do processo seja tratada apenas ao final, quando impossível será à parte se desincumbir do encargo, sem que isso signifique que a regra de distribuição do ônus da prova tenha de passar a ser de instrução.

5.8.4.1. A definição sobre a distribuição do ônus da prova e a leitura mais adequada do artigo 357, III, do Código de Processo Civil

O inciso III do artigo 357 do Código de Processo Civil determina que, depois de delimitadas as questões de fato e especificados os meios de prova admissíveis, o juiz definirá “a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”, que cuida exatamente da distribuição do ônus da prova, tanto sob o aspecto da regra geral (estática) como sob o da possibilidade de distribuição diversa.⁵⁹⁵

A primeira leitura do dispositivo pode levar à impressão de que o juiz deva definir/revelar detalhes sobre a distribuição do ônus da prova apenas nos casos em que vier a ser possível a sua alteração, a teor do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil.

⁵⁹⁴ Muito úteis as considerações de Rodrigo Ramina de Lucca: “Além disso, defendeu-se que os deveres-poderes instrutórios não são a solução para o problema das decisões fundadas em conclusões fictas sobre a veracidade das alegações fáticas das partes; propôs-se a sua substituição, ao menos em processos que versem sobre direitos disponíveis, pela instituição de um dever judicial de informar às partes, ao final da instrução, que as provas produzidas foram suficientes, oportunizando-lhes a complementação, inclusive com a *sugestão* de meios probatórios eventualmente úteis”. (*Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 306).

⁵⁹⁵ Conforme Cândido Rangel Dinamarco, “[a]s atividades probatórias a serem desenvolvidas na fase seguinte do procedimento (fase instrutória) devem ser programadas no saneamento do processo mediante (...) (c) a distribuição do *ônus da prova*, a qual se fará segundo o disposto no incs. I e II do art. 373 ou, se for o caso, por algum outro critério estabelecido pelo juiz com vista a possíveis peculiaridades do caso concreto”. (*Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 652).

Essa interpretação, à primeira vista, parece razoável, pois, se a lei já estabeleceu a regra a respeito do ônus da prova, só faria sentido a intervenção do juiz se estivesse em jogo alguma definição diversa daquela inicialmente estabelecida.⁵⁹⁶

No entanto, deve-se ir além na interpretação do artigo 357, III, do Código de Processo Civil, de modo a fazer com que ele tenha sentido e aplicabilidade também nas hipóteses nas quais não se discute a distribuição diversa do ônus da prova.

É de imensa utilidade tratar da distribuição do ônus da prova em todos os casos, e não apenas quando se altera a regra inicialmente estabelecida pelo legislador. Isso significa que, o quanto possível, deve o juiz identificar as alegações de parte a parte e deixar claro o que cada uma delas assumiu o encargo de provar, “[s]obretudo porque, na prática, é muitas vezes bastante difícil identificar quais fatos são constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, sobretudo em se tratando de litígios complexos”.⁵⁹⁷

Não deve prevalecer o entendimento de que, se o legislador estabeleceu uma regra estática de distribuição do ônus da prova e se o juiz não a alterar, a questão nem sequer deve ser tratada. Ainda que o juiz não tenha o dever de dizer que mantém a regra padrão de distribuição do ônus da prova, é apropriado que assim o faça e identifique quais, em sua concepção, são as alegações cujo encargo é de uma ou de outra parte. Em palavras simples, mesmo que não altere a distribuição do ônus da prova, o juiz deve ser o mais claro possível sobre quem deve provar o quê.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Nesse sentido, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 247.

⁵⁹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 146/2007, pp. 49-68, abril/2007.

⁵⁹⁸ Marcelo José Magalhães Bonizzi, ao tratar dos capítulos de sentença e efeitos dos recursos, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, quando cabia ao juiz de primeira instância o recebimento e primeiro juízo de admissibilidade da apelação, ressaltava a importância de ele ser ativo e, ao se deparar com o recurso, ser expresso ao identificar os capítulos impugnados, para que o demandante pudesse iniciar a execução (hoje, cumprimento de sentença) dos capítulos não impugnados, se não dependentes dos que foram impugnados. Esse raciocínio poderia se estender aos efeitos da apelação, para que o juiz identificasse os capítulos recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo e os recebidos apenas no efeito devolutivo. (*Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 188-193). Assim como o ônus da prova (artigo 373 do Código de Processo Civil), os efeitos da apelação foram previamente estabelecidos pelo legislador (artigo 1.012 do Código de Processo Civil), bem como a ausência de impugnação de determinado capítulo pode ser identificada pela parte sem declaração alguma do juiz. A despeito disso, o que está por trás do estímulo a essa postura ativa do juiz é a necessidade que ele tem de deixar o quanto possível as coisas claras e contribuir para a efetividade do processo. Portanto, mesmo que se possa entender que não haja uma imposição legal expressa para que ele declare que será mantida a regra padrão de distribuição do ônus da prova e quais as alegações a serem provadas por essa ou aquela parte, é indicado e razoável que o faça, pois é seu dever esclarecer as partes, potencializar o contraditório e prezar pela efetividade do processo.

As distinções entre as alegações a serem provadas pelo demandante ou pelo demandado, consideradas as características das defesas apresentadas,⁵⁹⁹ nem sempre são tão simples como pode parecer, por isso que o juiz deve deixar claro e ausente de dúvida quais, no caso concreto, as questões que devem ser objeto de prova e quais as alegações que devem ser provadas por uma parte ou por outra.

Claro que a situação ganha ares ainda mais acentuados quando for o caso – ou ao menos se cogitar – de alteração da regra que foi previamente estabelecida pelo legislador. Nesse caso, além de o tema ter de ser abordado por ocasião da organização do processo, com a participação das partes de modo ainda mais proeminente, a distribuição diversa do ônus deve ser clara e específica, jamais genérica.⁶⁰⁰ Isso, naturalmente, se as partes já não tiverem entabulado negócio processual sobre o ônus da prova nas hipóteses permitidas pelos artigos 190 e 373, §3º, do Código de Processo Civil,⁶⁰¹ pois aí o juiz deve se ater à deliberação a que elas chegaram, se não identificar algo que a macule.⁶⁰²

O Código de Processo Civil deixa expresso, em seu artigo 373, §1º, que a distribuição diversa do ônus da prova deve ser realizada por decisão anterior ao julgamento e à parte onerada tem de ser conferida a oportunidade de poder se desincumbir do ônus que

⁵⁹⁹ Ver SICA, Heitor Vítor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 121-125. Embora sob a perspectiva da defesa do demandado, o autor reconhece a dificuldade relatada.

⁶⁰⁰ José Carlos Baptista Puoli aborda as correntes sobre o assunto e declara seu entendimento no sentido de que “as partes sejam informadas antes do início da fase probatória das condições do litígio e da possibilidade concreta de haver inversão do ônus da prova no caso específico, em vista de tais e quais características da situação litigiosa”. (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 48-49). Flávio Luiz Yarshell, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, indicava que basta advertir a parte da possibilidade de inversão, e sim comunicá-la expressamente a respeito: “A discussão, como se percebe, pode ser vista como um desdobramento do tema anteriormente tratado: na perspectiva de que as normas sobre ônus da prova são uma regra de julgamento, dirigida ao juiz, então soa mesmo coerente afirmar que sua inversão ocorra tão-somente ao ensejo da decisão sobre a controvérsia; já na perspectiva, por certo diversa, de que tais normas são também determinantes da conduta das partes e que se relacionam, ainda que reflexamente, à produção da prova, então, só por isso, já é preciso reconhecer a necessidade de que tal inversão seja comunicada às partes em momento anterior ao ato de julgamento. E essa última posição é que deve prevalecer. (...). Se existe realmente um direito à prova, e se a atribuição do ônus de provar está ligada a esse direito, então, é preciso que a parte tenha exato conhecimento do encargo que pesa contra si *antes* do momento do julgamento. Vale dizer, a inversão do ônus da prova tão-somente no momento do julgamento não é compatível com a dimensão que se pretende dar à prova, como inerente às garantias da ação, da defesa e do contraditório”. (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90). Esse último posicionamento foi o adotado pelo artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil.

⁶⁰¹ Vale ressaltar a hipótese de as partes terem entabulado negócio processual pelo qual, expressamente, atribuem o ônus da prova tal como estabelecido pelo legislador. Nesse caso, não parece que o juiz possa distribuí-lo diversamente.

⁶⁰² É pertinente dizer que o juiz não poderá redistribuir o ônus da prova se as partes já convencionaram de modo diverso e observaram todos os requisitos exigidos pela lei. Sobre o assunto, ver MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. edição. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 121-130.

lhe foi imputado, resguardando-se seu direito de defesa.⁶⁰³ Por isso, sem que a regra de distribuição do ônus da prova deixe de ser uma regra de julgamento,⁶⁰⁴ o juiz deve tratar do assunto ao organizar o processo, mesmo que não esteja em discussão a sua alteração.⁶⁰⁵

Assim, delimitadas as questões de fato e de direito e especificadas as provas, deve o juiz cuidar da distribuição do ônus a elas relativo, ainda que não seja o caso de aplicar a distribuição diversa da previamente estabelecida. Esse é o processo probo e leal. Se o juiz delimitou as questões fáticas e jurídicas, especificou as provas que admitirá e na sequência deixou claro quem deve provar o quê,⁶⁰⁶ a parte terá todo o cenário necessário para que possa definir sua estratégia de requerer ou não a produção da prova que o juiz entendeu relevante ou de procurar demovê-lo da ideia de produzir determinado meio de prova, substituindo-o por outro ou não, assumindo o risco de suas opções.

Se as circunstâncias do caso concreto forem claras o suficiente para que as partes consigam identificar os ônus da prova que cabem ao demandante e os que cabem ao demandado, a necessidade de deixá-los expresso pode até se esvaír; todavia, em casos mais complexos, nos quais os fatos se entrelaçam e muitas vezes se confundem, não há – não deve haver – mal algum em o juiz deixar claro qual alegação deve ser provada por qual parte,

⁶⁰³ De modo algum isso poderia caracterizar uma eventual antecipação do julgamento do mérito ou um pré-julgamento do juiz, pois tratar do ônus da prova, alterando ou não a sua distribuição, nada mais significa do que uma reflexão do juiz quanto às alegações que foram realizadas e, eventualmente, das melhores condições dessa ou daquela parte para produzir a prova necessária para formação do seu convencimento. Sobre a concessão de oportunidade da parte se desincumbir do seu ônus que lhe foi imputado, ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 60-61.

⁶⁰⁴ No sentido de que, com a distribuição diversa, a regra deixa de ser de julgamento, ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 60-61.

⁶⁰⁵ “O enfoque do ônus da prova como *regra de conduta* traz consigo um ‘*princípio de autorresponsabilidade*’, a partir da qual é facultada às partes a produção de provas, submetendo-as ao risco de sofrer uma consequência desfavorável pela sua não produção. As regras sobre ônus, portanto, não se destinam propriamente a definir quem deve levar determinada prova ao processo, mas quem assume o risco da sua não produção. Essa assertiva permite concluir que as regras acerca da distribuição dos ônus da prova são regras tanto de julgamento (ou de *juízo*) quanto de orientação às partes acerca de sua atividade probatória”. (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, pp. 47-48).

⁶⁰⁶ A título de exemplo, ver decisão tomada em audiência de saneamento e organização do processo realizada nos autos eletrônicos n. 1026237-27.2017.8.26.0562, em trâmite pela 6ª Vara Cível da Comarca em Santos, presidida pelo juiz Leonardo Grecco.

adotando postura transparente e informativa, até para que seja possível às partes impugnarem essa deliberação.⁶⁰⁷ O propósito é que não haja desinformação e surpresa.⁶⁰⁸

O processo não deve ser ambiente de dúvidas, e sim de garantias. A decisão pela produção de determinada prova não é tão simples como pode parecer, pois por ela passam questões relativas ao custo, ao tempo, ao envolvimento de pessoas e até mesmo um possível desgaste pessoal com terceiros. Não há e não pode haver relutância alguma em admitir que a parte se valha de estratégias processuais para que seu interesse seja atendido, e entre essas táticas encontra-se a possibilidade/necessidade de ter de provar apenas as alegações que lhe cabem, sem que tal represente conduta desleal,⁶⁰⁹ por isso é importante que o juiz deixe claro quem tem o ônus de provar o quê.

⁶⁰⁷ Logo depois da alteração do Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 8.952, de 13.12.1994, ao tratar da audiência preliminar, Cândido Rangel Dinamarco reconhece o dever do juiz de deixar claro as provas que julga necessárias serem produzidas e quais as questões a serem por elas abordadas, mas não chega a exigir que ele indique quem deva provar o quê: “Prestigiosíssima doutrina sustenta que a distribuição do ônus probatória é questão que surge para o juiz somente no momento de sentenciar: antes disso incumbiria somente a cada um dos litigantes avaliar a medida em que o ônus é seu, para desincumbir-se dele como entendesse adequado. Ainda que tal posição fosse correta, com a edição da lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, ela terá deixado de sê-lo. *Legem habemus*. Ao exigir que o juiz antecipe os pontos que pretende ver provados, a lei está impondo a ele um momento de *diálogo*, no sentido em que este vem sendo incluído na órbita da garantia do contraditório. É dever do juiz, nesse momento, exteriorizar seu pensamento e deixar muito claro qual prova espera, referente a quais pontos. Sabido que a cada um dos litigantes compete a prova dos fatos de seu interesse (constitutivos a cargo do autor, extintivos a cargo do réu *etc.*), não precisará o juiz declinar expressamente qual dos litigantes cabe demonstrar cada um dos pontos. Mas sabem todos que, no momento de julgar, para o juiz *fato não provado é fato inexistente* – tal é a *regra de julgamento* integrante da disciplina do ônus da prova. Assim, cada um entenderá facilmente desde logo quais dos fatos lhe convém provar e quais lhe convém que não fiquem provados”. (*A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do agravo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 134). Ver, também, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 94.

⁶⁰⁸ Imagine-se o caso no qual o demandante cobra do demandado determinada quantia pela prestação de serviços de sinalização de rodovia, apurados por medição, e o demandado se defende alegando que os serviços foram prestados inapropriadamente, por isso foram glosados e tiveram de ser refeitos por outro prestador. Nesse caso, se a compreensão for a de que, mesmo inexistindo medição, o demandado trouxe um fato impeditivo do direito do demandante, deve o juiz ser claro o suficiente no sentido de que cabe a ele provar que o serviço prestado foi inadequado e quais os meios de provas de que ele poderá se valer, pois poderia ocorrer dúvida objetiva de o ônus, em vez de ser do demandado, ser do demandante de provar que prestou um serviço adequado, já que não houve medição, isto é, que ele deve provar que pintou as faixas das pistas da rodovia e instalou as placas de modo adequado.

⁶⁰⁹ Por isso mesmo, acertadas as considerações de José Carlos Baptista Puoli, para quem “é razoável e plenamente lícito que os sujeitos, como autores ou réus em demandas, possam estabelecer uma estratégia de conduta que conte sim com esta regra do jogo, qual seja a prévia distribuição do ônus que é, reiterar-se, a norma básica posta pelo legislador do NCPC para solução da generalidade de casos que sejam levados para apreciação perante o Judiciário. Importante asseverar que a legislação veda a litigância de má-fé, mas não fecha as portas para esta lícita e legítima programação de condutas no processo. Dizer o contrário, numa extrapolação de uma mal explicada ideia de colaboração que sirva como um suposto ‘dever’, ou mesmo um constrangimento, para a parte é querer impor um sistema de processo civil autoritário que deturpa o caráter de liberdade inerente à ideia de ônus e, ainda, impõe maltrato à Constituição Federal que, s.m.j., repele a ideia de que, diretamente ou indiretamente, se tenha no processo civil instrumentos para exigir da parte que produza provas contra si e no interesse de outrem. Tal afirmação, que já poderia ser feita antes do advento do NCPC (como decorrência do devido processo legal), ganha agora maior relevo e nitidez, posto que o legislador de forma expressa passou a contemplar, também para o processo civil, o direito de não produzir prova contra si mesmo, nos termos do que consta do *caput* do art. 379 do NCPC”. (*O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de*

Por isso que é importante atentar-se às situações nas quais o juiz deve deixar claro o cenário processual e como a disputa poderá ser mais bem solucionada, para que as partes exerçam suas liberdades e assumam responsabilidades pelas suas ações e omissões. Cuida-se, essa, de mais uma característica do publicismo processual.

5.8.4.2. A distribuição diversa do ônus da prova por obra do juiz

Como observam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza”⁶¹⁰, daí a importância de a regra sobre a distribuição do ônus da prova (a) estar previamente estabelecida e (b) não poder ser alterada com facilidade.

A alteração da regra de distribuição do ônus da prova alinha-se, para muitos,⁶¹¹ à noção do que se possa vir a ter de modelo cooperativo de processo, já que imputa a quem tenha mais facilidade o encargo de provar.⁶¹² Ainda que se admita, de algum modo, que a alteração da regra de distribuição do ônus da prova pelo juiz possa alinhar-se à concepção de processo cooperativo, essa solução deve ser extraordinária.⁶¹³

Processo Civil, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 236-237).

⁶¹⁰ *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 2, p. 129.

⁶¹¹ Sobre o assunto, ver MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. edição. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 43-47. Para uma concepção diversa sobre carga dinâmica da prova e colaboração, ver GIANNINI, Leandro J. Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba. Disponível em

https://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboración_y_carga_dinámica_de_la_prueba_una_distinción_necesaria. Acesso em 16.11.2018, para quem não deveria confundir a colaboração processual com a carga dinâmica da prova. Leandro J. Giannini se vale do exemplo do médico que fornece todas as provas e elementos necessários para o julgamento, ou seja, que colabora, mas pode ter contra si a tutela jurisdicional do paciente se houver a alteração do ônus da prova e não ficar comprovada sua ausência de culpa.

⁶¹² “(...) É visão cujo mérito não apenas não se nega, como se afirma, dado que parte da premissa de que o encargo deve ser atribuído conforme a maior ou menor facilidade de acesso e de produção da prova”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87); ver, ainda, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, Organizadora Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, p. 380. Jorge W. Peyrano foi um dos expoentes da doutrina da carga dinâmica das provas, e uns elementos do seu pensamento podem ser extraídos de Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 217/2013, pp. 205-224.

⁶¹³ Ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, Organizadora Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012, p. 383. Nas palavras de José Carlos Baptista Puoli: “[v]isando contemplar casos excepcionalíssimos em que a regra geral da distribuição estática possa levar a situações de insuportável injustiça, o legislador brasileiro passou a contemplar, no §1º do art. 373 do NCPC, a assim chamada teoria da carga dinâmica das provas”; e continua o autor: “[d]esde logo, necessário salientar que a própria técnica de redação legislativa adotada pelo NCPC evidencia ser excepcional a possibilidade de adoção, num caso concreto, da distribuição dinâmica do ônus da prova”. (O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo

Essa alteração da distribuição do ônus da prova, que terá de ser realizada na fase de organização do processo,⁶¹⁴ não é aleatória e deve observar rigidamente determinados requisitos,⁶¹⁵ ⁶¹⁶ caracterizando uma adaptação específica do procedimento.⁶¹⁷ Essa rigidez é salutar, pois, se houvesse flexibilidade nesse mecanismo, instalar-se-ia insegurança e estimular-se-ia certo descompromisso das partes com o resguardo dos subsídios necessários para comprovação de suas alegações, já que a regra de distribuição do ônus da prova deve ser considerada por elas nas diversas relações sociais que mantêm, inclusive na constituição e na conservação dos elementos que possam vir a ser necessários em eventual disputa.⁶¹⁸

O tema em si merece e vem recebendo estudos muito mais aprofundados do que seria possível aqui desenvolver.⁶¹⁹ O que cabe, agora, é tratar da possibilidade de alteração da distribuição do ônus da prova e cotejá-la à noção de organização do processo.

A distribuição estática do ônus da prova, isto é, aquela que atribui ao demandante o ônus de provar os fatos constitutivos (*rectius*, as alegações) de seu direito, e ao demandado o de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (*rectius*, as alegações) do direito do demandante, está diretamente relacionada ao interesse das partes e é o padrão

Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 237-238).

⁶¹⁴ Assim se dá para evitar surpresas, como o próprio Jorge W. Peyrano admite, conforme Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 217/2013, pp. 205-224.

⁶¹⁵ Antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, Flávio Luiz Yarshell observava a importância de serem estabelecidos requisitos pelo legislador para a alteração da regra geral do ônus da prova: “(...), não há razão plausível para recursar que a avaliação de tais circunstâncias seja feita primeiramente pelo legislador, sabendo-se que, em qualquer caso, a atribuição do ônus da prova a uma das partes e a desoneração de outra, mesmo que justificadas em tais argumentos, não podem ser geradoras de um ônus desproporcional e não razoável”. (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87).

⁶¹⁶ Sobre requisitos expressa e não expressamente previstas em lei, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 237-245.

⁶¹⁷ “Conclui-se que a técnica de adequação do procedimento conforme a Constituição, pela dinamização da carga probatória, é expressão, também, do princípio constitucional da igualdade substancial, na medida em que garante aos litigantes uma maior equalização do poder de influência sobre a prestação jurisdicional, superando óbices ao acesso à justa tutela dos direitos. (MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52).

⁶¹⁸ “Quanto às partes, conforme já se acenou, sua avaliação de chances e riscos em um dado processo – futuro ou mesmo em curso – é influenciada, de forma relevante, pela prova de que disponham ou de que necessitem dispor – sendo essas últimas determinadas justamente em função dos ônus que tenham para si atribuído”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66).

⁶¹⁹ A título de exemplo, ver conciso, mas completo e profundo artigo de PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, assim como as ótimas monografias sobre o assunto de MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016 e GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

adotado pelo legislador.⁶²⁰ Observados estritamente os critérios pré-estabelecidos pelo legislador (§§2º e 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil), admite-se que o juiz atribua o ônus da prova de forma diversa da estabelecida inicialmente.⁶²¹

Para que haja a atribuição diversa do ônus da prova, o juiz deve avaliar se a parte que originalmente tinha o ônus de provar está impossibilitada ou teria dificuldade excessiva para cumprir o encargo ou, ainda, se a outra parte teria maior facilidade de obter a prova do fato contrário.⁶²² O legislador optou pela utilização da conjunção coordenativa alternativa “ou”, então basta que uma das partes tenha maior facilidade na produção da prova do fato contrário para que receba o encargo que originalmente não lhe cabia. Não parece ter andado bem o legislador, pois melhor seria que, além da maior facilidade de uma das partes, ficasse comprovada também a dificuldade excessiva da outra para cumprimento do encargo. Não parece razoável que o ônus de produzir a prova, originalmente de uma das partes, seja transferido à outra porque ela tem mais facilidade na produção da prova do fato contrário.⁶²³

Por conta disso, a mera dificuldade não deveria justificar a alteração da distribuição do ônus probatório, mesmo que a parte contrária, aparentemente, tenha mais facilidade na produção da prova do fato contrário. Seria preferível respeitar a distribuição estática do ônus da prova, signo de segurança, a transferi-la na hipótese de a produção da prova por quem originalmente esteja incumbido ser apenas difícil, mas não excessivamente difícil.⁶²⁴ No entanto, essa não parece ter sido a opção do legislador ao autorizar a alteração

⁶²⁰ Como considera Jorge W. Peyrano, “[b]asicamente, as regras do ônus da prova seguem sendo estáticas e não eram outras que não as delineadas acima, em termos fundamentais. Porém, já mais modernamente, a prática - mais uma vez - alertou a doutrina a respeito de que tais bases eram às vezes insuficientes ou bem inadequadas” (tradução livre) (Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 217/2013, pp. 205-224).

⁶²¹ Esse não é o entendimento de Leandro J. Giannini, para quem, considerado o sistema jurídico argentino, haveria uma confusão entre o princípio da colaboração e a dinamização do ônus prova, de modo que não seria necessária a adoção da dinamização do ônus da prova se o princípio da colaboração fosse aperfeiçoado. Para Leandro J. Giannini, aquele que estivesse em melhores condições de provar deveria colaborar para produção da prova, mesmo que o encargo não lhe coubesse; se mesmo colaborando para a produção da prova não fosse possível se chegar a uma conclusão, não seria adequada a transferência da consequência dessa ausência de conclusão apenas porque ela estava em melhores condições de produzir a prova; se não houve colaboração, aí sim a parte assumiria os encargos da ausência de conclusão. (*Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba*. Disponível em https://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboración_y_carga_dinámica_de_la_prueba_una_distinción_necesaria. Acesso em 16.11.2018).

⁶²² Como ressalta, com razão, Marcelo José Magalhães Bonizzi, bastaria ao legislador fazer menção à dificuldade excessiva, pois nela estaria inserida a ideia de impossibilidade, conforme *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 51.

⁶²³ Ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240, que adota essa compreensão. Entendendo que basta ou a dificuldade excessiva ou a maior facilidade, BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 51-53.

⁶²⁴ Esse é o posicionamento de José Carlos Baptista Puoli: “insista-se, mesmo para estas situações (excessiva dificuldade para um e facilidade para o outro), com a devida análise e fundamentação do juiz no caso concreto,

da distribuição quando a parte não originalmente incumbida tenha maior facilidade na produção da prova do fato contrário.

É preciso dizer, ainda, que mesmo que a parte originalmente onerada tenha extrema dificuldade na produção da prova, esse ônus não pode ser transferido à parte contrária se tal gerar excessiva dificuldade para que ela se desincumba desse peso, como estabelece o §2º do artigo 373 do Código de Processo Civil.

E por aqui surge um outro ônus à parte interessada em alterar a distribuição original do ônus da prova, que é o de provar que ocorre a situação que justifica essa alteração, isto é, que ela está impossibilitada ou terá excessiva dificuldade para se desincumbir do seu ônus ou que a parte contrária poderá fazê-lo mais facilmente quanto ao fato contrário.⁶²⁵

Nessa linha de compreensão, a impossibilidade ou a excessiva dificuldade não podem ter sido provocadas pela parte que originalmente estava encarregada do encargo, já que, como interessada, cabe a ela preservar os meios de prova aptos a comprovar as alegações que deduziu, pelo que seria inadequado que, por culpa *lato sensu* dela, a parte contrária se visse onerada.

A distribuição diversa do ônus da prova caracteriza ampliação dos poderes do juiz e, por conseguinte, o risco de ocorrerem excessos.⁶²⁶ Por isso devem ser aplicados mecanismos de controle para que tais excessos sejam contidos ou não ocorram.

A alteração da distribuição do ônus da prova não deveria ocorrer sem que antes fosse instaurado o contraditório, para primeiro o interessado provar que tem extrema dificuldade para produzir a prova e que a parte contrária tem mais facilidade para se desincumbir do encargo e, depois, para que à parte contrária fosse oportunizada a possibilidade de contrapor as alegações deduzidas por quem se beneficiaria com a distribuição diversa. Ou seja, dever-se-ia estabelecer um contraditório prévio (e não diferido) para somente depois se decidir sobre se a distribuição do ônus da prova será ou não alterada. Todavia, não é isso que se vem constatando, de tal sorte que a distribuição diversa acontece

sob pena de haver afronta ao devido processo legal. É dizer, sem esta dupla e concomitante presença de requisitos, a eventual aplicação da dinamização apenas resultará na cristalização de ‘uma outra’ solução injusta, na qual terá havido o mero ‘definir’ prévio, mas agora judicialmente, da parte que será derrotada no embate judicial”. (O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil, *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 242-243).

⁶²⁵ “Cumpra salientar que a dinamização do ônus da prova não implica em total desoneração da parte, pois, para requerê-la, deverá trazer elementos probatórios que evidenciem: a) a existência de dificuldade probatória de sua parte e b) facilidade probatória da outra. Assim, para o deferimento da dinamização, a parte tem, ao menos, o ônus de provar a diferença de condições probatórias entre as partes”. (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200).

⁶²⁶ Essa é a crítica formulada pela doutrina garantista, que foi resumida por MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 146-148.

sem que haja debate sobre o tema, apesar de o §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil reafirmar a necessidade de o juiz decidir fundamentadamente a questão,⁶²⁷ evitando que sejam proferidas decisões concisas e genéricas e a exigindo do juiz cautela dobrada sobre o tema.⁶²⁸

E é exatamente por conta disso que parece ser açodada a decisão que opta pela alteração da distribuição do ônus da prova sem que haja pedido expresso da parte interessada, ainda que a lei não preveja esse requisito. Se o ônus da prova atende a questões de interesse das partes, o mínimo que se exige é que, *interessadamente*, a parte que esteja em situação extremamente difícil e pretenda a distribuição diversa do ônus da prova requeira isso ao juiz, demonstrando o preenchimento dos requisitos autorizadores para tanto.⁶²⁹ Se a parte não se julga em dificuldade para produzir a prova, por que o juiz a teria nessa condição? Seria bem mais indicado que essa iniciativa se dê pela parte que pretenda a alteração, e não de ofício.

Seja como for, decidida a alteração da distribuição do ônus da prova, o juiz deve conferir à parte onerada totais condições de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, por isso mesmo que o artigo 357, III, do Código de Processo Civil determina que a distribuição do ônus da prova se dê por ocasião da organização do processo, pois ela ainda terá a oportunidade de se desincumbir do encargo que lhe foi lançado.⁶³⁰

5.8.4.3. O julgamento com base na regra do ônus da prova

Ao longo desse trabalho, foi concebida uma distinção na extensão dos poderes do juiz na determinação da produção da prova de ofício, a depender da natureza do direito

⁶²⁷ Da fundamentação provém elementos para controle da decisão, pois dela se notará se o juiz proporcionou às partes meios para influir na formação da convicção dele.

⁶²⁸ “Salvo melhor juízo, a única explicação plausível para esta repetição [necessidade de decisão fundamentada] encontra-se no desejo do legislador de exigir do juiz ainda maior cautela quando da eventual dinamização, posto que ela tem enorme potencial para influir no resultado do processo, com eventual alteração da regra geral posta pela lei como critério básico”. (PUOLI, José Carlos Baptista. *O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil*, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244).

⁶²⁹ Para José Carlos Baptista Puoli, “a situação que assim se caracterize deve ser alegada por quem a sente. Em outras palavras, não cabe ao juiz, mesmo sem existir sequer pedido decorrente da suposta dificuldade, imiscuir-se no caso concreto e desde logo realizar uma distribuição dinâmica se nem mesmo o interessado na prova vislumbra a ‘dificuldade’ de obtê-la. Vale lembrar que, como visto acima, o ônus da prova tem umbilical ligação com a regra do interesse, de forma que não se deve prescindir do pedido do interessado como condição para aplicar a norma de exceção”. (*O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil*, In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 238).

⁶³⁰ “O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2018, v. 2, p. 145).

material em disputa. Quando em discussão direitos indisponíveis ou quando haja questões que possam ser conhecidas de ofício, o sistema admite com mais naturalidade a atuação de ofício do juiz. Por outro lado, quando o direito em disputa seja disponível e não existam questões que possam ser conhecidas de ofício, ele deve circunscrever-se ao que for requerido pelas partes.^{631 632}

Não parece que esse posicionamento negue a autonomia do direito processual, que caracterize retrocesso à fase sincretista ou desconsidere a sua natureza pública. Diferente do que, com todo respeito, prega Luiz Guilherme Marinoni,⁶³³ essa restrição à produção da prova de ofício em determinadas ocasiões não pode ser vista como uma agressão à sociedade, à previsibilidade das decisões judiciais e à formação da convicção judicial, mas sim como um respeito à liberdade que as partes podem exercer no processo, desde que bem informadas. O interesse de terceiros na produção de determinada prova, se existente for, é muito colateral; a ausência de previsibilidade das decisões judiciais não é ocasionada pela restrição à produção de determinada prova, cujos impactos são apenas factuais; e, por fim, a formação da convicção judicial para que seja proferida sentença não é princípio absoluto, caso contrário seria admissível o *non liquet*.

Ainda, não é possível aceitar a ideia de o juiz, sejam os direitos em disputa disponíveis ou indisponíveis, ter amplos poderes instrutórios e mera *faculdade*⁶³⁴ de exercê-los.⁶³⁵ Se assim for, deve-se reconhecer que haveria uma discricionariedade (ou

⁶³¹ A influência do direito material sobre o processo não leva à perda da autonomia que conquistou há mais de século. Por isso, sem temor, não se pode negar que a compreensão do processo está relacionada ao direito material: “[i]mpossível, por isso mesmo, a análise e compreensão dos institutos processuais, mormente no que se relaciona aos procedimentos e seus objetivos, sem um relacionamento com as regras de direito material que haverão de atuar, no caso concreto, por meio da tutela jurisdicional”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Divagações em torno do tema “direito e processo”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 332, outubro-novembro-dezembro/1995, p. 52).

⁶³² Swarai Cervone de Oliveira defende posicionamento contrário, no sentido de que os poderes do juiz, inclusive no campo probatório, não devem ser diferentes se em disputa direitos disponíveis ou indisponíveis. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, pp. 78-82).

⁶³³ A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288/2019, pp. 127-153, fevereiro/2019.

⁶³⁴ Sabe-se que o juiz não tem faculdades processuais. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “[a] ordem jurídico-processual não outorga *faculdades nem ônus* ao juiz”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 238).

⁶³⁵ “Também se depreende algum exagero, de ambos os lados, no intenso debate sobre os ‘poderes’ instrutórios do juiz. Menos importante do que os ‘poderes’ em si é o modo pelo qual esses ‘poderes’ são exercidos. É inadmissível, portanto, concebê-los como *faculdades* a serem exercidas ao livre arbítrio do julgador. Ou o juiz possui deveres-poderes instrutórios ou não possui nenhum poder. O que não se pode é supor que existem poderes judiciais exercidos facultativa e arbitrariamente. Ademais, a solução para que se profiram decisões com mais qualidade é o diálogo com as partes, e não o exercício autoritário, inesperado e não raro improdutivo de um poder estatal”. (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 368).

arbitrariedade?) do juiz em definir, sem maiores justificativas e casuisticamente, em quais processos ele deve e em quais não deve produzir prova de ofício. Seria admitir que o juiz pode realizar uma seleção de casos nos quais atua de ofício. Aceitar essa forma de ser das coisas leva à perigosa conclusão de que o juiz *pode*, em um determinado processo, produzir a prova e, em outro, idêntico ao anterior, não a produzir, o que causaria severa insegurança e revelaria sua parcialidade, caracterizada pelo trato diverso a casos *idênticos*.⁶³⁶

O Estado, personificado na figura do juiz, não pode, por princípio, ter atuações díspares em situações semelhantes. Ou o Estado-juiz sempre produz a prova de ofício quando não chegar a uma conclusão e alguma prova ainda puder ser produzida, ou não a produz de ofício em hipótese alguma. Admitir que ele a produza se e quando quiser afronta as noções de igualdade e de imparcialidade, revela interesse na solução do litígio a favor de uma das partes.

E deve-se receber *cum grano salis* a afirmação de que o juiz não tem interesse no desfecho do processo ao determinar a produção da prova de ofício por não saber o resultado dela, pois se não sabe o resultado da prova, sabe a quem prejudicará a sua não produção.⁶³⁷ Assim, se ao determinar a produção de ofício de uma prova ele procura, diretamente, *descobrir a verdade*, indiretamente acaba por procurar eliminar os efeitos que a não desoneração do encargo por uma das partes provocaria, e ele sabe que parte é essa.

Dito isso, parece muito mais equilibrado e razoável que se admita essa extensão dos poderes do juiz no campo probatório quando em discussão direitos em relação aos quais confere-se uma importância mais acentuada, como são os indisponíveis – e ainda assim de modo supletivo -, pois os valores em jogo, nesses casos, justificam essa *intromissão* e os riscos daí advindos. Então, nessas hipóteses, o juiz deve avançar na busca da prova, e decidir

⁶³⁶ Marcelo José Magalhães Bonizzi admite, de algum modo, a limitação dos poderes do juiz na determinação da produção da prova de ofício, concebendo que ele atue apenas “após o esgotamento da atividade probatória das partes, caso (...) esteja em dúvida a respeito da reconstituição dos fatos feitas pelas provas que já estão no processo, (...)”. (*Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 43). Tomando-se como premissa essa linha de raciocínio, então o juiz deveria, sempre que estivesse em dúvida, determinar a produção da prova de ofício.

⁶³⁷ “Além disso, sob o ângulo estrito da imparcialidade, merece maior reflexão a assertiva segundo a qual o juiz, quando ordena a produção da prova, desconhece o respectivo resultado e que, portanto, não poderia, ao assim proceder, atuar de forma parcial. Se é verdade, por um lado, que o juiz desconhece a quem favorece certa prova, por outro lado, é rigorosamente certo que conhece a quem desfavorece a correspondente falta. Por outras palavras, quando o juiz determina a produção de certo meio de prova – o que presumivelmente ocorre diante da inércia dos sujeitos parciais -, sabe ele que a ignorância a respeito de certo fato controvertido ditará um resultado já antevisto (a partir das regras de distribuição do ônus da prova, visto em seu prisma objetivo) e, a seus olhos, indesejável sob o ângulo do escopo jurídico”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131).

com base na regra da distribuição do ônus da prova apenas quando não conseguir afastar a dúvida que o aflige, trazendo os motivos que o levaram a julgar com base nela.

Se essa compreensão das coisas tem reflexos no campo da produção da prova, também o terá no do julgamento que poderá se fazer com base na regra do ônus da prova. Em termos práticos, quando se discute no processo direito disponível e não há prova a ser produzida para solucionar questão que possa ser conhecida de ofício, deve-se aceitar melhor o julgamento com base na regra do ônus da prova, desde que o juiz tenha sido claro e tenha cumprido as providências que lhe cabiam ao sanear e organizar o processo. Mas, quando em jogo direito indisponível, ao se deparar com a impossibilidade de se chegar a uma conclusão (convicção) com o que foi requerido pelas partes e o juiz tenha condições de aplacar suas dúvidas indo além, deve determinar a produção de outras provas que, em sua concepção, são relevantes para eliminá-las e aptas a formar o seu convencimento.⁶³⁸ Isso não significa que o juiz não possa julgar com base na regra do ônus da prova em processos nos quais estão em disputa direitos indisponíveis. Ele pode, mas quando não consegue identificar outras provas capazes de deflagrar a dúvida que se instalou e não consiga (mesmo) chegar a uma conclusão.

Diante disso, não parece de todo inadequado o reconhecimento de nulidade por *error in procedendo* de julgamentos realizados com base na regra no ônus da prova, quando em discussão direitos indisponíveis, se o juiz não tomou a iniciativa de produzir provas que nitidamente poderiam ter sido produzidas e não o foram.

Mas há de se reconhecer, uma vez mais, que questões relativas aos poderes do juiz na produção de ofício da prova acabam sobrevalorizadas. Embora elas, evidentemente, tenham importância, mais relevante é a postura que o juiz deve ter ao deixar claro às partes quais as questões em discussão, quais as provas relevantes e quem tem o ônus de produzi-las, pois o processo, a partir daí, tende a ser bem instruído por iniciativa das partes.

5.8.5. A produção antecipada da prova como instrumento eficaz de organização do processo

O direito à prova pode ser concebido sob duas perspectivas. A mais comum está relacionada ao direito de provar, que remete à possibilidade de influir concretamente na formação do convencimento do juiz e de utilizar os meios disponíveis para a comprovação

⁶³⁸ A rigor, o juiz não deveria sequer chegar a tanto, já que o Ministério Público (artigo 176 do Código de Processo Civil) deveria ter a iniciativa da produção da prova.

da veracidade das alegações que são apresentadas para que determinada pretensão ou defesa prevaleça, como que um desdobramento do direito de ação e de defesa.⁶³⁹ A segunda diz respeito ao direito à prova, isto é, o direito autônomo de se produzir e obter a prova, sem que haja propriamente uma relação direta com o direito de ação ou de defesa e com uma pretensão concreta deduzida.⁶⁴⁰

A compreensão desses conceitos permite aferir a noção de produção antecipada da prova desvinculada da urgência. Assim, se a parte tem direito de provar para demonstrar a veracidade das alegações que apresenta e fazer valer sua pretensão ou defesa, ela também tem direito à mera produção da prova para melhor conformação do estado das coisas.

O Código de Processo Civil de 2015 confirmou e positivou o direito autônomo à prova em seus artigos 381 a 383, admitindo-o nas hipóteses em que a prova a ser produzida viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de conflito ou levar ao conhecimento de fatos que possam justificar ou evitar uma demanda.⁶⁴¹

Esse trabalho não tem o propósito de avançar sobre temas específicos relativos à produção antecipada da prova e ao direito autônomo a ela.⁶⁴² A proposta é avaliar se a produção antecipada da prova, especialmente aquela que dispensa o requisito da urgência, é instrumento eficaz para a organização do processo e como ele pode ser utilizado.

O artigo 381, II, do Código de Processo Civil concilia a produção antecipada da prova com a viabilização, ainda que potencial, de as partes se comporem ou de optarem por outro meio de solução de controvérsia.⁶⁴³

A mediação, conciliação, mas principalmente a arbitragem, como métodos alternativos de solução de conflitos, são capazes de proporcionar um modo específico de

⁶³⁹ “A primeira dessas expressões, coerentemente com o que já expôs, designa o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito. Tal locução designa também o direito de atuar concretamente na formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha. Nela estão abrangidos o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova em juízo”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 232-233).

⁶⁴⁰ “Sob ângulo diverso, o direito à prova, por seu turno, pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como uma prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 233-234).

⁶⁴¹ O Código de Processo Civil, em seu artigo 381, I, manteve a produção antecipada da prova na qual se exige o requisito da urgência, como fazia o seu antecessor de 1973.

⁶⁴² Ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁴³ Ver BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 95-97.

organização dos atos necessários para que a disputa seja resolvida.⁶⁴⁴ Então, se a produção antecipada da prova pode viabilizar a autocomposição ou qualquer outro método de solução de controvérsias, e se tais instrumentos representam uma maneira de organizar a forma como se soluciona a disputa, é preciso reconhecer que ela contribui para a organização desse método. O simples fato de a produção de uma prova pericial, por exemplo, revelar determinada situação que estimule uma autocomposição já é suficiente para reconhecer, ainda que de modo sutil, que ela foi útil para que as partes optassem por resolver suas disputas de modo diverso do atualmente mais comum, que é o judicial adjudicado.⁶⁴⁵

Não parece existir nada que impeça a antecipação da prova, para viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de controvérsia, depois de já iniciado o processo judicial. É possível admitir que as partes suspendam o curso da audiência inicial para mediação ou conciliação e optem pela produção de uma prova pericial, se essa prova pode auxiliar na realização de uma transação. Se a produção da prova não fosse antecipada, as partes encerrariam as negociações e retomariam o curso do processo judicial, para pouco tempo depois essa mesma prova ser produzida, quando a mediação ou a conciliação podem passar a ser mais difíceis e desinteressantes.⁶⁴⁶

A produção antecipada da prova, a teor do artigo 381, III, do Código de Processo Civil, também pode se dar para que haja um prévio conhecimento de fatos que justifiquem ou evitem demandas.⁶⁴⁷

Na hipótese em que ela evita a propositura de demandas, impede a judicialização de conflitos infundados ou duvidosos, contribuindo para a administração da justiça em sentido amplo.

⁶⁴⁴ Ver item 2.9.

⁶⁴⁵ “Primeiro de tudo, o poder de instrução voltado ao julgamento estatal está essencialmente ligado ao escopo jurídico da jurisdição, quer porque considera o impedimento ao *non liquet*, quer porque, ao buscar esclarecimento acerca dos fatos controvertidos, pretende que a declaração do direito no caso concreto se dê da forma mais fiel possível aos desígnios do direito material. Já o poder de instrução visto sob a ótica do convencimento das partes – fora do processo declaratório – está substancialmente ligado ao escopo social do processo, na medida em que atua como ferramenta para uma mais eficaz eliminação da controvérsia (se proporcionar soluções por autocomposição)”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140).

⁶⁴⁶ “É certo que, se a prova for produzida apenas na fase de instrução do processo declaratório, a função de esclarecimento e de estímulo às soluções de autocomposição não pode ser simplesmente negada: encerrada a instrução, e exceto se o magistrado proferir julgamento na imediata sequência, ainda há tempo para que as partes, valorando o quadro probatório que se formou, se proponham a adotar alguma solução de autocomposição, de sorte a evitar o julgamento estatal. Contudo, embora isso seja certo, fato é que, para a finalidade desejada, a prova colhida em tal momento parece se revelar menos eficaz, pelos estágios já ultrapassados pelas partes e pelo próprio órgão estatal”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277).

⁶⁴⁷ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 91-95.

Quando ela dá alguma guarida à propositura da demanda, é possível dizer que contribui para que o demandante possa formular melhor seus pedidos e avaliar seus riscos, trazendo o que de fato é essencial,⁶⁴⁸ para que o demandado possa se defender com mais propriedade e a delimitação das questões de fato e de direito venha a ser mais clara, de modo que eventual atividade probatória ainda restante seja mais prática e objetiva. O demandante pode evitar que sejam incluídas no polo passivo pessoas em relação às quais nada há a ser demandado, contribuindo para que a organização subjetiva do processo seja facilitada e todos os envolvidos se concentrem em fatos que realmente interessem.⁶⁴⁹

Por outro lado, ainda que a produção antecipada da prova com o requisito da urgência não esteja relacionada diretamente ao direito à prova, mas sim ao direito de provar, é possível dizer que, de alguma forma, ela também contribui para uma mais adequada organização do processo. O que está por trás dessa antecipação⁶⁵⁰ é o receio de a produção da prova no momento típico e esperado não ser mais possível ou ser muito difícil. A admissão dessa produção antecipada da prova revela uma necessidade especial de organização diversa do processo para que, ao final, seja possível a prolação da sentença com o maior número possível de elementos existentes para formação da convicção judicial.

Trata-se, na verdade, de uma forma específica de adaptabilidade procedimental, permitida pelo legislador, pela qual se antecipa, por conta de uma circunstância extraordinária, um ato processual que deveria ser realizado apenas no futuro. Não fosse a urgência, essa antecipação não se justificaria e o processo percorreria seu trâmite normal. No entanto, ele precisou ser adaptado para que a parte pudesse exercer melhor seu direito de provar, decorrente que é do direito de ação e de defesa, o que caracteriza uma organização específica do processo que contribui com a sua efetividade.

⁶⁴⁸ “Contudo, em coerência com as conclusões expostas anteriormente, a prova – incluindo-se aí as regras sobre a distribuição dos respectivos ônus – não desempenha no sistema apenas a função de esclarecimento do órgão julgador na missão de declarar o direito no caso concreto. Mais que isso, a prova pode e deve ser vista como elemento pelo qual os interessados avaliam suas chances, riscos e encargos em processo futuro, e pelo qual norteiam sua conduta, inclusive de sorte a evitar uma decisão imperativa”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137).

⁶⁴⁹ Há obras de duas empreiteiras próximas a uma casa que começa a sofrer com rachaduras. Não é possível, a não ser com uma perícia, indicar se esses impactos advêm de apenas uma ou das duas obras. Nesse caso, a produção antecipada pode esclarecer qual das obras ou se ambas provocam as avarias na casa.

⁶⁵⁰ É possível antecipar a produção de uma determinada prova, com fundamento na urgência, mesmo quando já existe o processo judicial, e para tanto basta admitir que ela seja produzida antes da fase instrutória. O depoimento de uma testemunha que sofre de grave moléstia antes da contestação ou a produção de uma prova pericial que se revelou urgente por conta de um abalo sísmico pouco depois da contestação, sem que sequer fosse ainda possível delimitar as questões fáticas.

5.8.6. A alteração na ordem de produção dos meios de prova

Já foi dito nessa dissertação que o formalismo processual funciona tanto como garantia e segurança do processo como instrumento de efetividade dele.⁶⁵¹ Essa dualidade abre espaço à possibilidade, muito criteriosa, para alguma adaptação do procedimento, para que, observados os critérios estabelecidos pelo legislador e todas as garantias processuais, o processo possa ser mais efetivo, sem perder em segurança.⁶⁵²

Com o Código de Processo Civil de 2015, passou-se a permitir ao juiz que altere a ordem de produção dos meios de prova (artigo 139, VI, do Código de Processo Civil), o que provavelmente ocorrerá por ocasião da organização do processo.

Como lembra Beatriz Valente Felitte, alterações no procedimento devem atentar-se aos critérios da finalidade, do contraditório e da motivação. Isto é, qualquer ajuste deve ser precedido de contraditório pleno, ter uma finalidade e ser motivado.⁶⁵³

A alteração na ordem de produção das provas pode ser um mecanismo apto a otimizar a efetividade processual,⁶⁵⁴ mas desde que se dê de modo muito ponderado e sejam

⁶⁵¹ O que se repudia é o formalismo inútil, o “culto irracional da forma”. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, pp. 100-102.

⁶⁵² A adaptabilidade procedimental pode ser concebida, a princípio, no plano legal, isto é, o próprio legislador pode prever situações abstratas, à luz do direito material, que recebem tratamento específico e diferenciado em relação ao procedimento padrão. Basicamente, é o que acontece com os procedimentos especiais. Assim reconhece Fernando da Fonseca Gajardoni: “[a] adaptação do processo ao seu objeto e sujeitos, assim, dá-se, em princípio, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades locais e temporais. A previsão de procedimentos especiais comprova a regra enunciada”. (*A flexibilização do processo e do procedimento*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/alfaiataria-no-novo-cpc-a-flexibilizacao-do-processo-e-do-procedimento-na-lei-13-1052015-09112015>, Acesso em 8.11.2018). No entanto, há situações em que essa adaptação pode ser realizada pelo juiz (*ope iudicis*), consideradas as particularidades do caso concreto e as permissões que lhe confere o legislador.

⁶⁵³ “[Q]ualquer modificação procedimental deve atender a 3 (três) critérios mínimos para que se justifique a sua aplicação, a saber: (i) a *finalidade*, ou seja, o escopo visado pela excepcional alteração, (ii) o *contraditório útil*, com a efetiva consideração das manifestações dos envolvidos na relação jurídica processual acerca da adaptação pretendida e (iii) a *motivação*, com expressa indicação pelo juiz das razões e fundamentos pelos quais se justifica a flexibilização das regras procedimentais previstas em lei”. (A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 126-127).

⁶⁵⁴ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, ao tratarem do tema, assim se posicionam: “[e]ssa regra está em perfeita consonância com a que permite às partes pactuar alterações no procedimento comum, de modo a torna-lo mais apropriado para a espécie de questão de direito material de que trate o contrato ou, em juízo, o litígio. A ideia é obter do processo o maior rendimento possível, para as partes e para todo o enorme espectro de interesses mediatos envolvidos em cada processo, sejam do próprio Judiciário, de ver solucionado mais um caso, seja da sociedade, que daquela solução poderá extrair parâmetros de conduta”. (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 265).

conferidas às partes condições de influir na formação do convencimento do juiz a respeito tanto da própria necessidade de alteração da ordem como da nova ordem estabelecida.

A depender das características da disputa, a alteração da ordem de produção dos meios de provas poderá otimizar o curso do processo, evitando a produção de provas que podem passar a ser irrelevantes ou supérfluas ou permitindo o julgamento parcial do mérito. Por exemplo, pode-se alterar a ordem de produção das provas para que primeiro seja julgado um determinado pedido; circunstâncias específicas do caso concreto podem recomendar que sejam ouvidas testemunhas antes da realização da prova pericial, ou que os depoimentos pessoais sejam realizados depois dos depoimentos das testemunhas.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, mesmo sem expressa autorização legal, não era incomum a realização de perícia prévia em demandas relativas à usucapião de imóvel, sobretudo quando houvesse dúvida sobre a delimitação do bem.^{655 656} Mesmo que os tribunais, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, pudessem admitir a alteração da ordem de produção dos meios de provas em determinadas circunstâncias, é sadia a positivação dessa possibilidade, sobretudo para que sejam evitados questionamentos quanto à legalidade da solução e se instaure insegurança jurídica e, sobretudo, para que haja uma mínima regulação dessa providência, muito embora o artigo 139, V, do Código de Processo Civil seja notoriamente *aberto*.

Seja como for, tão importante quanto o juiz ter, agora, poder expresso para alterar a ordem da produção dos meios de prova é ele ter consciência de que o exercício desse poder deve ser realizado conferindo às partes a oportunidade de influenciar na esfera de formação da sua convicção, o que deve acontecer depois de as provas terem sido requeridas.⁶⁵⁷

Os poderes do juiz de determinar de ofício a produção de determinado meio de prova não se confundem propriamente com o de alterar a ordem da produção delas. Se há limites a serem observados na produção da prova de ofício quando estiverem em disputa direitos disponíveis e não houver questão que possa ser conhecida de ofício, depois de já requeridas as provas o juiz passa a poder alterar a ordem da produção delas, o que não

⁶⁵⁵ Ver Agravo de Instrumento 9020749-56.1998.8.26.0000, com relatoria do desembargador Rebouças de Carvalho, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁶⁵⁶ Como já havia alguma aceitabilidade nos tribunais dessa alteração na ordem de produção da prova, Beatriz Valente Felitte não vê inovação no artigo 139, VI, do Código de Processo Civil, ver A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 130-131.

⁶⁵⁷ É possível imaginar que essa providência seja tomada, em casos complexos, em audiência.

significa que o fará sem que seja oportunizada a participação das partes para que influam na formação do seu convencimento⁶⁵⁸ e sem que ele motive sua decisão.

O tema ganha contornos ainda mais expressivos pelo fato de se tratar de uma adaptação judicial - e não voluntária - do procedimento, de ser possível mesmo que uma das partes discorde dessa alteração e de dificilmente tal provimento poder ser modificado, já que muito provavelmente não será admitido agravo de instrumento em relação à decisão.⁶⁵⁹

No entanto, não se pode esquecer que as partes, por serem as protagonistas factuais, têm, a rigor, melhores condições de avaliar a eficiência da alteração da ordem de produção dos meios de provas. Elas podem ressaltar circunstâncias ou pontos específicos que passaram despercebidos pelo juiz, ou até mesmo legitimar a pretensão de alteração da ordem, *transformando* uma adaptação que se iniciou judicial em voluntária, com propostas de ajustes que acabem por ser acolhidas pelo juiz. A consulta às partes não tem apenas o condão de legitimar a decisão, mas também de aperfeiçoá-la.

Ainda, embora o artigo 139, VI, do Código de Processo Civil não condicione a alteração da ordem de produção dos meios de provas à concordância das partes, se elas impugnarem essa providência e trouxerem elementos persuasivos, o juiz terá dificuldades para justificar a sua opção de adaptação procedimental. Seria como se as partes dissessem que preferem a modelagem padrão estabelecida pelo legislador, e terem resguardado o direito a ela. Se essa postura das partes não revelar que elas pretendem alcançar algum objetivo ilegal, não parece existirem forças suficientes para que isso seja contido.⁶⁶⁰

5.9. A audiência prevista pelo artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil

O artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil estabelece ao juiz que designe audiência para que o saneamento e a organização do processo sejam realizados em

⁶⁵⁸ “A dimensão substancial do contraditório supõe reconhecer às partes no apenas o direito de falar, mas também o de ser ouvidas” (tradução livre). (BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. In: *Proceso em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 879).

⁶⁵⁹ A decisão seria, na prática, definitiva porque, se o assunto chegar ao tribunal em apelação ou contrarrazões em apelação, a alteração na ordem de produção das provas já aconteceu e as provas já terão sido produzidas.

⁶⁶⁰ “É de se concluir, então, que, à luz da mais moderna interpretação do contraditório, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância – e isso sem adentrar nos limites impostos pelo próprio sistema”. (OLIVEIRA, Lucas Soares. Contraditório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 17-38, abril/2020).

cooperação com as partes se a causa apresentar complexidade fática ou jurídica.⁶⁶¹ A proposta é que os sujeitos processuais se reúnam e discutam abertamente sobre o caso e a melhor forma de conduzi-lo.

Ao tratar da audiência de saneamento e organização do processo, logo vem à mente a audiência preliminar, prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973.⁶⁶² Apesar de se poder pensar que a audiência de saneamento e organização do processo seja o sucedâneo da audiência preliminar, é preciso dizer que elas têm diferenças que não autorizam essa instintiva equiparação.

Por mais que à época das reformas ao Código de Processo Civil de 1973 se tenha procurado estimular a oralidade, que já havia sido mais impulsionada no Código de Processo Civil de 1939, e se tenha tentado justificar a necessidade de se designar a audiência preliminar sempre que não fosse o caso de extinção do processo ou de julgamento *antecipado*, acabou por prevalecer a posição de que ela não era obrigatória, nem mesmo quando a causa versasse sobre direitos disponíveis ou que admitissem transação, então raramente ela era designada.^{663 664}

Como revela Heitor Vitor Mendonça Sica, em verdade, o objetivo principal da audiência preliminar era a tentativa de conciliação, e não o saneamento e a organização do processo, que acabaram ficando em segundo plano.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ Leonardo Greco procurou conceber o que poderia vir a se caracterizar como causa complexa: “(...) a noção de causa complexa não se vincula à quantidade ou à dificuldade de configurar ou de equacionar as questões de fato ou de direito, ou ainda de organizar o processo para dar-lhes a melhor solução, mas à possibilidade de efetivamente atingir esse objetivo com a participação das partes e a sua interatividade com o juiz. Assim, toda vez em que o juiz se deparar com matéria nova, seja sob o aspecto processual ou de direito material, ele deverá designar audiência de saneamento”. (*Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020).

⁶⁶² A evolução legislativa do tema foi bem retratada por Heitor Vitor Mendonça Sica, conforme Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016.

⁶⁶³ O artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973 utilizava a expressão “versar a causa sobre direitos que admitam transação”.

⁶⁶⁴ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do Agravo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 113-137; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 108-111.

⁶⁶⁵ “O advento da Lei 10.444/2002, que novamente alterou o art. 331 do CPC/73, roborou a lição de Barbosa Moreira, demonstrando que o legislador elegeu como o objetivo mais importante da audiência preliminar a conciliação (e não o saneamento). Isso porque a audiência preliminar foi excluída em processos que envolvam direitos que não admitam transação e quando as circunstâncias da causa indiquem remotas das chances de conciliação. Tivesse o legislador considerado a importância ao saneamento oral do processo, teria mantido a audiência ao menos para realização dessas atividades”. (Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016); ver, também, GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 140-156.

Assim, se o direito não admitisse transação ou se ela fosse improvável, o juiz sequer cogitaria designar a audiência preliminar, passando a sanear e organizar o processo em gabinete. Na prática, ainda que se admitisse transação, nem sempre a audiência preliminar era designada. Portanto, por mais complexa que fosse a causa - e são nessas em que a conciliação tende a ser mais difícil -, o juiz não obrigatoriamente designaria a audiência preliminar.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 reconheceu que o saneamento e a organização do processo, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, devem ser realizados em conjunto e presencialmente pelas partes e pelo juiz. Agora sim é possível dizer que a proposta da audiência tem como objetivo principal sanear e organizar o processo, ainda que o juiz possa utilizá-la para estimular as partes a se comporem (artigo 139, V, do Código de Processo Civil).

Não se nega que o saneamento e a organização do processo realizados em conjunto e presencialmente pelas partes e pelo juiz configuram mecanismo participativo da maior expressão e acrescentariam na conformação do processo para que ele pudesse ser resolvido da melhor maneira possível. Entretanto, não há como ignorar a realidade e passar a defender com vigor a designação de uma audiência para esses fins em todo e qualquer processo.⁶⁶⁶ O idealismo, muitas vezes, deve ceder ao pragmatismo, sem que essa concessão implique alguma agressão à qualidade do processo. E o legislador parece ter se atentado a isso ao determinar que essa audiência fosse designada apenas quando houvesse complexidade fática ou jurídica.

Há casos que, embora exijam dilação probatória, não apresentam maiores dificuldades para ser solucionados. Nesses, não haveria necessidade de designação de uma audiência para que fossem tomadas as providências estipuladas pelo artigo 357 do Código de Processo Civil. Por mais que o processo judicial em si carregue importância e imponha esmero na condução pelo juiz e atenção das partes em suas atividades, nos casos mais simples não se justificaria mesmo a designação de audiência, que acabaria por implicar compromisso que afeta o cotidiano das pessoas (partes, advogados, juiz, servidores) e o curso do processo, com impacto temporal e financeiro, de modo que o processo já poderia estar saneado, organizado e resolvido enquanto estivesse aguardando o tempo necessário até que chegasse o dia da audiência.

⁶⁶⁶ Em sentido contrário, ver GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 258-263.

É possível que a disseminação da prática de atos processuais por meios virtuais, como sessões de julgamento e audiências, estimule e facilite a designação de audiências de saneamento e organização do processo; mas, para que elas sejam efetivas, partes, advogados e juízes têm de se preparar para realizá-las, caso contrário será tempo perdido.⁶⁶⁷

Assim, por mais que se exalte a realização dessa audiência, mais valem bons e adequados saneamento e organização em gabinete do que audiências realizadas *pro forma*, por juízes, partes e advogados despreparados e desinteressados. Se optar-se por designar essa audiência, advogados, partes e juiz têm de se preparar para realização do ato, para que dele se extraia todo o proveito possível.

Como essa audiência terá cabimento apenas quando houver complexidade fática ou jurídica, caberá ao juiz, de modo bastante criterioso e com a participação das partes, selecionar esses casos, pois a opção por uma expressão tão aberta (*causa complexa*) acabará por obrigá-lo a definir quais as causas simples e quais as complexas para esses fins.

Causas complexas parecem ser aquelas nas quais foram formulados muitos pedidos, inclusive reconventionais, subsidiários, alternativos ou, ainda, sucessivos; que envolvam partes múltiplas; que tratem de direitos e interesses coletivos *lato sensu*. São essas causas que acabam por exigir a participação de todos para que haja melhor delimitação fática e jurídica e a atividade probatória possa ser corretamente definida. Sob o aspecto jurídico, a complexidade pode advir dessa gama de pedidos, mas pode também dizer respeito a uma área muito específica do Direito, como mercado acionário, fusões e aquisições, proteção de dados, mineração, petróleo, inclusive com a possibilidade de envolver a aplicação de direito estrangeiro ou tratados internacionais.⁶⁶⁸

Nesses casos complexos, mais do que a lei determinar a designação de audiência para saneamento e organização do processo, deve o próprio juiz se dar conta de que é muito relevante a participação das partes para que ele possa bem organizar o processo. É

⁶⁶⁷ Por ocasião do isolamento provocado pelo surto de Sars-Cov-2, muitas são as notícias de tribunais arbitrais que realizaram virtualmente audiências para assinatura de termo de compromisso, para apresentação dos casos, para saneamento e organização do processo e até mesmo para oitiva de partes, testemunhas e peritos (audiência de instrução). O mesmo fenômeno foi visto também nos tribunais judiciais; muitos, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, rapidamente se organizaram e passaram a realizar os atos processuais virtualmente, inclusive audiências de instrução, que aparentemente é o mais complicado de todos.

⁶⁶⁸ Ao abordar o contraditório sobre as questões de direito, assim consigna Swarai Cervone de Oliveira quanto à importância da participação das partes e dos advogados: “[c]om efeito, a carga de trabalho a que são expostos os juízes e a extensa gama de novos temas jurídicos que lhes são apresentados impedem, de um lado, que aos processos e ainda ao estudo do direito se dediquem o tempo que seria necessário; de outro, que os juízes, mesmo os mais preparados, conheçam com profundidade os temas jurídicos discutidos. Ao contrário, sobretudo quando se trata de questões jurídicas especializadas, não é raro que os advogados as conheçam melhor do que os juízes”. (*Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 85).

interessante notar como, nesses casos, fica clara a necessidade de *diálogo* entre os sujeitos processuais, e por mais que as partes estejam genuinamente interessadas apenas em vencer a disputa, é imprescindível que elas contribuam com o juiz para que seja possível a prolação de uma sentença de qualidade.

Por isso mesmo que é recomendável às partes que, se entenderem necessário, estimulem o juiz a designar a audiência. Nada impede que a iniciativa para designação da audiência seja delas. E o juiz deve atentar-se ainda mais se o pedido partir de ambas, o que revela uma forte inclinação de que há mesmo a complexidade que justifica a sua designação.

Embora não seja o ideal, nada impede que a audiência seja realizada com a participação de apenas uma das partes. O juiz também tem interesse de que essa audiência, quando necessária, aconteça, para que possa compreender melhor o litígio e elaborar um roteiro a ser seguido para que uma sentença de qualidade seja proferida. Ainda que essas informações provenham de apenas uma das partes - já que a outra não se dispôs ou não se interessou em fornecê-las -, elas serão úteis e deverão ser consideradas do mesmo jeito.

Se a responsabilidade do juiz, nessa ocasião, é enorme, a das partes é igualmente grande ou ainda maior, pois são as maiores interessadas em que a disputa seja solucionada, então devem fazer valer o *dia na Corte* que lhes é proporcionado.

É verdade que, antes da audiência, ainda não foram delimitadas as questões fáticas e jurídicas e especificadas as provas a serem produzidas, mas as partes, zelosas que devem ser, já têm uma boa compreensão do caso e alguma ideia de quais os meios de prova que serão admitidos. Mesmo assim, soa um pouco exagerado o ônus do artigo 357, §5º, do Código de Processo Civil, que impõe às partes o encargo de levar à audiência o rol de testemunhas, de tal modo que nada impede o juiz de conceder-lhes prazo para que arrolem as testemunhas caso a prova oral seja admitida, ressaltando isso no provimento que designa a audiência.⁶⁶⁹

Afere-se a utilidade dessa audiência em um simples exemplo: delibera-se que o mais indicado seja que haja um julgamento parcial do mérito, depois de produzidas algumas determinadas provas, e que o restante seja definido na sequência; para que isso seja possível, o juiz e as partes alteram a ordem de produção dos meios de prova;⁶⁷⁰ definem por produzir primeiro a prova testemunhal, relevante para o julgamento parcial do mérito, que logo acontecerá, e, depois, produzem a prova pericial, relevante para o julgamento do que restou.

⁶⁶⁹ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O novo saneamento do processo*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 263-264.

⁶⁷⁰ Ver item 5.8.6.

Não se pretende, com isso, transformar o Poder Judiciário em um tribunal arbitral, ambiente no qual situações como essa são até corriqueiras. Todavia, se o sistema processual abre espaço para que causas complexas tenham um tratamento diferenciado, os instrumentos que estão à disposição devem ser utilizados, com real interesse e interação entre todos os sujeitos processuais.

5.10. A estabilização da demanda, o saneamento e a organização do processo

A estabilização da demanda está relacionada ao princípio da eventualidade⁶⁷¹ e, de alguma forma, à ideia de um sistema mais ou menos rígido de preclusão, caracterizando-se pela impossibilidade de o demandante alterar o pedido, a causa de pedir e até mesmo proceder a alguma alteração do elemento subjetivo da demanda a partir de um determinado estágio processual.⁶⁷²

Trata-se de instituto que atende à segurança jurídica, já que impede surpresas ao longo da marcha do processo e evita que ele retroceda indefinidamente e não se obtenha o resultado em tempo razoável.⁶⁷³

Há críticas quanto a um regime muito rígido de estabilização da demanda, que iria de encontro aos princípios da economia e eficiência do processo, pois impede que o processo seja utilizado para solucionar conflitos que originalmente não foram trazidos e que

⁶⁷¹ Ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, pp. 148-151.

⁶⁷² “Pela própria necessidade do processo, concebido como o instrumento para a entrega do bem da vida ao litigante que não o obteve, espontaneamente necessitar de uma pronta resposta do órgão estatal responsável por tal prestação, deve o mesmo se desenvolver de maneira ordenada, em que seus atos ocorram de forma em que os litigantes previamente tenham conhecimento destas realizações. Além disso, deve possuir fases distintas, com objetivos certos, voltados, em última análise, à obtenção de um resultado justo e favorável a quem realmente tenha razão. Por estes motivos, atingiu-se a noção da denominada estabilização da demanda, concebida como o momento em que apresentadas todas as alegações pelas partes, estas não mais podem ser modificadas, preparando o processo para uma fase seguinte, da realização das provas, em que cada litigante se incumbirá de demonstrar a veracidade de suas alegações, seja o autor provando o fato constitutivo de seu direito, seja o réu provando o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor”. (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 103).

⁶⁷³ “Essas limitações às modificações da demanda inicial (quer consistentes em *aditamentos* ou em *alterações* do pedido ou da causa de pedir) constituem um reflexo da *rigidez do procedimento* no sistema processual brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente. Não sendo possível retroceder no processo tantas vezes quantas o autor alterasse sua demanda e não sendo legítimo admitir nova causa de pedir ou novo pedido sem uma nova citação (...), a solução do direito brasileiro consiste nessas equilibradas limitações contidas nos incisos do art. 329 do Código de Processo Civil”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 78).

acabariam por gerar um novo processo, levando a um consumo ainda maior de tempo e de recursos.^{674 675}

Seja como for, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 manteve as bases da regra existente no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 264), de modo que o artigo 329 permite que o demandante altere o pedido e a causa de pedir, mesmo sem o consentimento do demandado, até a citação (inciso I), mas, se houver esse consentimento, até o saneamento do processo.

O tema é riquíssimo e gera uma série de questões, mas por agora basta constatar que o legislador *parece* ter estabelecido como termo final para a alteração do pedido e da causa de pedir o saneamento do processo. Assim, corrigidos os vícios processuais ou declarada a inexistência de máculas a serem sanadas, não seria mais permitida a alteração do pedido ou da causa de pedir. Esse *rigor* do legislador se justificaria pelo fato de o processo precisar prosseguir e esse ser o momento em que retroceder seria prejudicial, pois admitir a alteração do pedido ou da causa de pedir obrigaria a realização de debates sobre novos temas e a retomada de discussões que já deveriam estar superadas.⁶⁷⁶

Não poucas vezes, o juiz saneia o processo sem, ao mesmo tempo, organizá-lo adequadamente. Por isso, talvez o melhor fosse tomar a expressão *saneamento* utilizada pelo artigo 329, II, do Código de Processo Civil como saneamento e organização do processo. O problema seria de maior complexidade se o juiz não saneasse o processo e determinasse às partes que especificassem as provas que pretendessem produzir, outra prática recorrente. Nesse caso, seria possível dizer que a alteração do pedido ou da causa de pedir seria limitada pela decisão do juiz que determinasse a produção das provas que entende relevantes para solução da disputa, embora não se pudesse dizer que o processo houvesse sido saneado, e

⁶⁷⁴ Para uma rápida incursão comparativa e histórica sobre o assunto em sistemas como o alemão, o italiano e o português, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, pp. 123-130.

⁶⁷⁵ “É muito comum que se critique a regra da estabilização, não sendo raro, também, que autores apontem outros ordenamentos que permitem menor rigidez, com possibilidade de alteração da causa de pedir em momentos posteriores mesmo ao saneamento. Há, outrossim, críticas que se fazem à opção legislativa, no sentido de que ela enrijece muito o processo, depondo contra a busca da justa solução”. (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 158).

⁶⁷⁶ Fredie Didier Jr. critica essa posição adotada pelo legislador, considerando que “[é] realmente difícil entender essa vedação; parece um fóssil legislativo, remanescente de um sistema anterior, incompatível com o sistema atual, que permite a negociação processual. É, enfim, inegável, uma regra que restringe a negociação processual, pois, ao regular um negócio processual *típico*, impõe os seus limites” (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, p. 674).

muito menos organizado.^{677 678} Essa parece ser a saída, se não perfeita, possível para uma situação indesejada. Se o juiz designar a audiência prevista no artigo 357, §3º, do Código de Processo Civil, tem-se que o encerramento dela seria o termo final para que se pudesse alterar o pedido ou a causa de pedir.

Dito isso, é preciso reconhecer que há sutil diferença entre os regramentos sobre a estabilização da demanda do Código de Processo Civil de 2015 e do Código de Processo Civil de 1973. O parágrafo único do artigo 264 do Código de Processo Civil de 1973 não permitia, em hipótese alguma, a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento. Já o artigo 329, II, do Código de Processo Civil não é categórico a esse ponto, pois menciona apenas que o demandante poderá fazer essas alterações, com o consentimento do demandado, até o saneamento, e não que elas não poderão jamais acontecer.⁶⁷⁹

Assim, não se pode categoricamente negar modificações no pedido ou na causa de pedir depois de saneado o processo.⁶⁸⁰ Em última hipótese, é possível dizer que essa alteração deixa de estar na esfera de atribuição exclusiva das partes e passa a contar a participação do juiz. Se as partes concordarem com a alteração do pedido ou da causa de

⁶⁷⁷ Aqui se pode enfrentar a ideia de decisão (ou saneamento) implícita. O estágio atual de desenvolvimento do processo não deve admitir que sejam aceitas decisões implícitas e, por conseguinte, saneamentos implícitos. Sobre o assunto, ver GREGO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em

https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JU_LGADA. Acesso em 10.1.2020.

⁶⁷⁸ Em sentido contrário à decisão implícita, ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 151-157; SICA, Heitor Vitor Mendonça *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 208-212; admitindo, de alguma forma, a existência de decisão implícita, ver MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II, pp. 171-173. José Carlos Barbosa Moreira não chega a aceitar a possibilidade de decisão implícita, mas entende que determinadas questões não podem ser decididas depois do saneamento, o que acaba por aproximar demais os fenômenos, conforme *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53.

⁶⁷⁹“(…). O art. 329 do CPC (LGL\1973\5)/2015, ao contrário do art. 264, parágrafo único, do CPC/1973 (LGL\1973\5), não contém regra que inadmita, em hipótese alguma, a alteração do pedido ou da causa de pedir, após o saneamento do processo. O objetivo do art. 329 da lei nova é muito mais restrito do que o art. 264, parágrafo único, da lei velha. O que agora se cuida, sob o pretexto de estabilização da demanda, é apenas de disciplinar os casos de aditamento ou alteração do pedido por livre convenção das partes, sem que o juiz possa se opor às inovações decorrentes do ajuste dos interessados. Ultrapassado o saneamento, as modificações do pedido continuam sendo possíveis, mas terão de submeter-se a regramento específico, que dão poder de controle ao juiz, como no negócio jurídico processual (art. 190 do CPC (LGL\1973\5)/2015), e, às vezes, dispensam até o consenso entre as partes, como na superveniência de fato constitutivo, modificativo e extintivo de direito relevante para o julgamento do mérito da causa (art. 493 do CPC (LGL\1973\5)/2015). O novo Código, portanto, tratou separadamente os casos de livre modificabilidade do pedido pelas partes e aqueles cuja possibilidade de inovação do objeto litigioso pode ocorrer além do limite temporal traçado pelo art. 329, II, do CPC (LGL\1973\5)/2015”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, pp. 195-204).

⁶⁸⁰ Ver DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 673-675.

pedir e tiverem a aquiescência do juiz, não seria necessário iniciar um novo processo, cuja demanda poderia até mesmo ser conexa à já existente ou por ela influenciada.

E é possível ir além, sem ser contraditório com o que se disse até aqui. Na hipótese de alterações posteriores ao saneamento e à organização do processo, o juiz não tem discricionariedade para vetá-las. Se com elas não concordar, deve rigorosamente fundamentar sua decisão,⁶⁸¹ apresentando os motivos que o levaram a entender que as alterações seriam inapropriadas e trariam muitos mais malefícios do que benefícios ao processo, missão bastante desafiadora, já que terá de demonstrar que o ajustado entre as partes afrontaria valores e princípios mais expressivos aos quais estaria vinculado o juiz. Em termos simples, se as partes optarem por alterações depois do saneamento, não parece fazer sentido vetá-las, salvo se houver uma justificativa muito contundente.⁶⁸²

Assim, antes do saneamento e da organização do processo, o juiz não pode impedir alterações no pedido ou na causa de pedir; depois disso, ele até pode impedi-las, mas desde que fundamente muito bem.

Pode-se pensar que essas situações sejam úteis apenas para fomentar debates abstratos, e que teriam quase nenhuma repercussão prática, sobretudo porque dificilmente o demandado concordaria com a alteração do pedido ou da causa de pedir. Mas a situação pode acontecer no mundo dos fatos. Basta imaginar litígios de alta complexidade, em que há pedidos reconventionais equivalentes (em complexidade e importância econômico-financeira) aos deduzidos inicialmente pelo demandante e que provêm de uma mesma relação jurídica (situação muito comum em litígios que envolvem contratos relacionais ou coligados). Saneado e organizado o processo, dão conta as partes, pouco antes de iniciada a produção de uma prova pericial, que ela será útil, também, para solucionar outra controvérsia latente entre elas, que foi gerada até mesmo depois de iniciado o processo, e ambas têm o interesse de deduzir suas pretensões para resolvê-la. Nesse caso, não poderiam alterar os pedidos e as causas de pedir para que o processo resolva esse conflito, ainda que tal providência venha acarretar algum atraso no curso do processo? Parece que a resposta deva ser positiva, sem que, aparentemente, haja uma justificativa razoável do juiz para negar essas

⁶⁸¹ Inclusive para que ela possa ser impugnada, conforme PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: Uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 440.

⁶⁸² Ver DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 673-675. No mesmo sentido: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019, p. 180.

alterações, já que os benefícios são perceptíveis, como a solução de um maior número de controvérsias existentes entre as partes sem que seja necessária a instauração de outro processo, a redução relevante dos custos, com a realização de perícia única, ainda que relativamente mais extensa, pelo mesmo perito, e o julgamento do caso pelo mesmo juiz, com uma só sentença e um só recurso.

Essa parece ser a mais proveitosa concepção do processo visto sob a perspectiva do atendimento de seus escopos, não porque simplesmente a vontade das partes deva se sobrepor à do juiz, mas porque o juiz deve respeitar, sempre que possível, as liberdades delas e compreender a utilidade do processo.

5.11. O pedido de esclarecimento e de ajuste do §1º do artigo 357 do Código de Processo Civil

O artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil estabelece que, saneado e organizado o processo, “as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável”.

Para avançar na compreensão desse dispositivo, é preciso bem contextualizá-lo. Nesse momento, o juiz já deverá ter resolvido as questões processuais pendentes, delimitado as questões de fato sobre as quais incidirá a atividade probatória, especificado os meios de prova admitidos e, eventualmente, até já determinado a produção de provas já requeridas, delimitado as questões de direito relevantes e, também, tratado da distribuição do ônus da prova.

Ao especificar as provas, a não ser que as partes já a tenham requerido na petição inicial ou na contestação/resposta, o juiz não obrigatoriamente já determina a produção delas, pois essa providência deve ficar a cargo da parte que tenha interesse em produzi-las, sem prejuízo de o juiz exercer, em caráter supletivo, seu poder instrutório quando a disputa versar sobre direitos indisponíveis ou houver questão que possa ser conhecida de ofício.⁶⁸³ Portanto, observado que seja o procedimento pelo juiz, nesse momento, independentemente de ser necessário algum esclarecimento ou ajuste, a parte deve se manifestar sobre as provas que pretende produzir para se desincumbir do ônus que lhe caiba.

⁶⁸³ Leonardo Greco, ainda que em grau menos acentuado, identifica essa diferença de atuação do juiz a depender da natureza dos direitos e interesses em discussão, conforme *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I. pp. 454-459.

O pedido de esclarecimento e a solicitação de ajuste inserem-se na concepção de processo participativo e levam em conta a possibilidade de a parte poder detectar algo que não foi deliberado pelo juiz ou que mereça adequação. Com esse pedido de esclarecimento ou ajuste, o legislador procurou, em tom pedagógico, suprir uma possível ausência de diálogo entre os sujeitos processuais em momento tão importante do processo como é o do seu saneamento e organização, notadamente quando são realizados em gabinete pelo juiz.⁶⁸⁴

Isso não significa que o pedido de ajuste ou esclarecimento não possa ser realizado quando o saneamento e a organização se dão em audiência.⁶⁸⁵ Ele continua útil mesmo quando tudo seja realizado presencialmente, até porque o sistema não pode deixar de conferir à parte a oportunidade de pedir esclarecimentos ou ajustes de uma decisão proferida em audiência quando se sabe que o ritmo agitado dela, a apreensão típica que existe nessa espécie de ato, a ausência de tempo para bem refletir sobre tudo que foi tratado, entre outros fatores podem impedi-la de prontamente notar algo que deve ser esclarecido ou ajustado.⁶⁸⁶

Esse pedido de esclarecimento ou ajuste nunca deixou de poder ser formulado, antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Não é porque está expressamente previsto no §1º do artigo 357 do Código de Processo Civil que a parte passou a poder realizá-lo só agora. A possibilidade de se manifestar para buscar a persuasão do juiz é ínsita a um sistema que funciona movido a contraditório. Tanto é verdade que as partes acabavam se valendo dos embargos de declaração para tanto, e fazem isso até hoje, já que o pedido de esclarecimento ou ajuste não tem o condão de interromper o prazo recursal e a parte, prudente que deve ser, acaba se valendo dos embargos de declaração, que o

⁶⁸⁴ “Parece-me que o objetivo deste §1º é remediar esse déficit garantístico a que se sujeita o saneamento escrito e que, à falta de uma audiência preliminar, somente poderia ser suprido de modo mais completo se o juiz elaborasse um verdadeiro projeto de saneador, submetendo-o à prévia audiência das partes para em seguida proferi-lo.” (GREGO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JU_LGADA. Acesso em 10.1.2020).

⁶⁸⁵ Ver FERREIRA, William Santos; LECCIOLLI, Willian. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (case management). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 305/2020, pp. 111-137, julho/2020.

⁶⁸⁶ Em sentido contrário, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, p. 804.

interrompe.⁶⁸⁷ ⁶⁸⁸ Por isso mesmo arrisca-se afirmar que o pedido de esclarecimento ou ajuste acabará, na prática, por ser substituído pelos embargos de declaração,⁶⁸⁹ de modo que a sua previsão expressa, como já assinalado, procurou muito mais estimular as partes para que participem do processo e alertar o juiz para que se atente à influência que elas podem exercer na sua esfera de convicção do que servir de permissão para que se manifestem a respeito do que foi deliberado.⁶⁹⁰

5.12. A estabilidade das decisões de saneamento e de organização do processo

Tema tormentoso diz respeito à estabilidade das decisões que solucionam as questões relativas ao saneamento (irregularidades, pressupostos processuais, condições da ação) e que delimitam as questões de fato e de direito, especificam as provas e distribuem os ônus a elas relacionados.

⁶⁸⁷ Especialmente quando a questão definida for agravável, não parece ser prudente pedir esclarecimentos sobre ela sem que assim se faça mediante embargos de declaração, para que se mantenha aberta a via do agravo de instrumento e não se corra o risco de intempestividade. Se o juiz alterou a distribuição do ônus da prova, mas não foi muito claro quanto à extensão, a parte deve formular esse esclarecimento por embargos de declaração, e não por pedido de esclarecimento. Não que ela não possa formulá-lo por pedido de esclarecimento, mas corre-se o risco concreto de entender-se que ele não interrompe o prazo para interposição do agravo e, caso o juiz não esclareça suficientemente a dúvida, não haver mais prazo para interposição do agravo de instrumento.

⁶⁸⁸ Leonardo Greco reconhece a utilidade do pedido de esclarecimento ou ajuste e admite a sua utilização simultânea com outros instrumentos: “[s]empre as decisões interlocutórias de organização podem ser objeto de pedidos de esclarecimento ou de ajustes, pelo próprio dinamismo do processo e pelos imprevisíveis efeitos da sua projeção para o futuro. A nova via é mais uma via para provocar o esclarecimento ou a modificação da decisão, estranha ao sistema de impugnações formal, e a parte poderá usar simultânea e paralelamente ao manuseio de outros mecanismos, como os embargos declaratórios ou agravo de instrumento, que não suspende a eficácia da decisão nem interrompe o prazo para interposição desses recursos”. (*Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020).

⁶⁸⁹ “Ademais, verifica-se ser redundante tal disposição legal (art. 357, §1º), porque sempre possível, contra qualquer ato decisório, de acordo com o art. 1.022 do CPC, a oposição de embargos de declaração. Desde que seja caso de solicitar esclarecimento, será sempre preferível a parte valer-se dos embargos de declaração, que provocam a interrupção do prazo para a interposição do recurso cabível (art. 1.026), a correr o risco da preclusão, se o juiz simplesmente rejeitar o pedido de esclarecimento”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 307).

⁶⁹⁰ “(...). Vê-se que a solução do pedido de esclarecimento ou ajuste *a posteriori* pode remediar as deficiências de diálogo prévio e que o seu sentido é francamente positivo, se as partes e o juiz o encararem de boa-fé como instrumento de cooperação, aquelas na busca da adequação do saneador às necessidades de regularização e organização eficiente do processo e este na disposição de aperfeiçoá-lo, se necessário, para atender com mais plenitude às expectativas daquelas e à busca dos melhores caminhos para uma decisão final justa”. (GREGO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020).

A estabilidade das decisões judiciais está, basicamente, relacionada a dois fenômenos: o da coisa julgada e o da preclusão.

Durante muito tempo, a coisa julgada foi tida como o efeito da sentença^{691 692} - ao lado de outros efeitos por ela gerados - que a tornaria imutável e indiscutível. Com Enrico Tullio Liebman, ela passou de efeito da sentença para qualidade que acoberta tanto o conteúdo como os próprios efeitos dela e a impedia de ser modificada e rediscutida.⁶⁹³ Deixou-se, então, de compreender a coisa julgada como efeito da sentença e passou-se a concebê-la como uma qualidade dela.

José Carlos Barbosa Moreira, embora partindo das concepções de Enrico Tullio Liebman, concebe a coisa julgada como fenômeno que torna imutável e indiscutível não os efeitos da sentença, mas o seu conteúdo (forma-se uma *situação jurídica*), pelo que os efeitos dela podem ser modificados a qualquer momento.⁶⁹⁴ José Ignacio Botelho de Mesquita, por sua vez, um tanto próximo a José Carlos Barbosa Moreira, compreende a coisa julgada como a imutabilidade e indiscutibilidade do elemento declaratório da sentença (além de, no caso de procedência, da manifestação de vontade e, no caso de improcedência, do juízo de rejeição do pedido), que não se confunde com seu efeito declaratório.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ Ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 1965, v. 3, pp. 20-22.

⁶⁹² Atualmente, pela agora incontestável possibilidade de julgamento parcial do mérito (artigo 356 do Código de Processo Civil), é possível que uma decisão que julgue *antecipada* e parcialmente o mérito seja acobertada pela coisa julgada material, de modo que não apenas as sentenças estão mais sujeitas a esse fenômeno. Mesmo assim, por tradição, será utilizada a expressão “sentença” nas considerações sobre a coisa julgada.

⁶⁹³ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 4. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 38-70.

⁶⁹⁴ Ver Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁶⁹⁵ “[p]ara acolher ou rejeitar o pedido do autor, deve o juiz, na sentença, resolver diversas questões. Essas questões dizem respeito (a) à constituição e ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual, (b) às condições de admissibilidade da ação e, ainda, (c) às condições de fato e de direito a que o ordenamento jurídico subordina o acolhimento do pedido formulado pelo autor. A resolução de cada uma dessas questões favoravelmente ao autor condiciona a resolução de cada uma das subsequentes, e assim até a decisão da questão final que pode ser assim formulada: tem o autor direito ao que pretende? Sim ou não? A resposta a cada uma dessas questões contém um juízo (de fato, ou de direito) ou de fato e de direito que termina com uma conclusão. Todas essas conclusões são afirmações do juiz, ou declarações, que culminam com uma declaração principal, com base na qual o juiz deve acolher ou rejeitar o pedido do autor. Por força do que dispõe o art. 469 do CPC, só essa declaração principal adquire a autoridade da coisa julgada. É ela que, com o trânsito da sentença em julgado, irá se tornar imutável e indiscutível entre as partes. Em que consiste essa declaração principal? Nas ações condenatórias, consiste na conclusão de que o autor tem ou não, o direito de exigir do réu o cumprimento da obrigação. Nas ações constitutivas, consiste na conclusão de que o autor tem, ou não, o direito à modificação jurídica pretendida. E, nas ações meramente declaratórias, consiste na conclusão de que existe, ou não, a relação jurídica, a autenticidade ou a falsidade afirmadas pelo autor, ou na declaração de que não existe, ou existe, a relação jurídica negada pelo autor. A esse elemento da sentença podemos dar o nome de *elemento declaratório*, para distinguir do *efeito* declaratório, de que mais adiante trataremos”. (*Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2*. São Paulo: RT, 2005, pp. 156-157); ver, para síntese desse

Não mais se questiona a possibilidade de decisões de mérito – e não apenas sentenças - serem acobertadas pela coisa julgada, pois o Código de Processo Civil de 2015 expressamente permite a cisão do julgamento do mérito e parte dele será resolvido por decisão interlocutória, que também fica suscetível à coisa julgada. Até mesmo a questão prejudicial, como já tratado nessa dissertação, poderá ficar acobertada pela coisa julgada.⁶⁹⁶

Quando a decisão enfrenta e resolve o mérito, tem-se a coisa julgada material, que irradia seus efeitos no processo no qual foi gerada e para fora dele.⁶⁹⁷ Mas quando a sentença não resolve o mérito, tem-se apenas o que se passou a compreender como coisa julgada formal, que a acoberta apenas em relação ao processo no qual foi gerada.⁶⁹⁸ De um modo ou de outro, tanto a coisa julgada material como a formal provocam, em alguma medida, a estabilização das decisões judiciais por elas alcançadas, observadas as suas respectivas particularidades.

É preciso registrar que tanto a utilidade do conceito de coisa julgada formal como a ausência de irradiação de efeitos desse fenômeno para fora do processo no qual ele se originou vêm sendo questionadas. Se para muitos ela se equipara à preclusão e deve ser inserida em uma categoria ampla das estabilidades,⁶⁹⁹ para outros o fato de diversas

posicionamento, BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 1-19.

⁶⁹⁶ Ver item 5.5.

⁶⁹⁷ “Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vendado o reexame da *res in iudicim deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 1095). Para Cândido Rangel Dinamarco, “[e]m si mesma, a coisa julgada não é um instituto de direito processual nem de direito material, mas constitucional. Ela é produzida no processo e depois sua autoridade projeta-se sobre a ordem processual para limitar ou condicionar o exercício da jurisdição em relação à mesma causa”. (*Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista a atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 356).

⁶⁹⁸ “Coisa julgada formal é a *imutabilidade da sentença como ato jurídico processual*. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, *naquele processo*, nenhum outro julgamento se fará. No processo em que se deu a coisa julgada forma, o ato jurídico *sentença* é representado pela sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja *transitado em julgado* (CPC, art. 502). A coisa julgada formal é um dos dois aspectos do instituto da coisa julgada e opera exclusivamente no interior do processo m que se situa a sentença sujeita a ela. Tem, portanto, uma feição e uma missão puramente técnico-processuais”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista a atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 358).

⁶⁹⁹ “(...) uma terceira e última posição não vê utilidade no conceito de coisa julgada formal, pois entende que ‘nunca houve motivo para que se extraísse qualquer diferença entre a preclusão e a chamada coisa julgada formal’, sendo ‘um resquício irrefletido da teoria material da coisa julgada’ e ‘uma indevida importação que não fazia o menor sentido no sistema processual’. Tanto é verdade que ordenamentos jurídicos do Common Law não desenvolveram um conceito de coisa julgada formal e a operabilidade da coisa julgada funciona normalmente. A inutilidade do conceito de coisa julgada formal foi diagnosticada pela doutrina processual que se debruçou sobre o CPC/1939 (LGL\1939\3), o CPC/1973 (LGL\1973\5) e, mais recentemente, o CPC/2015 (LGL\2015\1656), que, diferentemente das demais, também passou a defender inserir o fenômeno em questão dentro da categoria ‘estabilidades processuais’. De um lado, haveria a preclusão, que funcionaria como uma estabilidade mais genérica e, de outro, haveria inúmeras espécies de estabilidades processuais, que conviveriam no sistema processual brasileiro. A estabilidade de decisões de conteúdo processual seria apenas mais uma

hipóteses que gerariam coisa julgada formal, como a prolação de sentença sem resolução do mérito por algum vício processual, exigirem a correção do vício para que nova demanda seja proposta comprova a irradiação de efeitos para além do processo no qual a decisão foi proferida, o que colocaria em xeque a noção tradicional de que seus efeitos são exclusivamente endoprocessuais.⁷⁰⁰

espécie dentro desse universo, consistindo em ‘uma preclusão extraprocessual submetida à cláusula *ceteris paribus*’, ou seja, uma estabilidade apenas tendencial e que pode ser alterada por motivos fáticos e jurídicos supervenientes. (...), concluiu-se pela necessidade de abandonar o conceito de coisa julgada formal e inserir o tema na categoria das estabilidades. A primeira razão é a sua nítida confusão com o instituto da preclusão. A preclusão pode ser definida como a perda de uma situação jurídica processual ativa, seja por uma das partes, seja pelo juiz. Usualmente, é classificada como lógica, temporal ou consumativa, quando resulta da perda de um poder processual, respectivamente, em virtude da prática de um ato incompatível com o exercício desse poder, em decorrência de não o exercer oportunamente e em razão de tê-lo exercido anteriormente. Colocadas as coisas nesses termos, a coisa julgada formal, se compreendida como a perda do poder de rediscutir a sentença naquele mesmo processo, nada mais é que a preclusão temporal. Para fins científicos, é inaceitável que dois institutos supostamente diferentes façam referência ao mesmo fenômeno, o que acaba gerando uma confusão conceitual. A segunda razão é porque a coisa julgada formal sequer pode ser considerada coisa julgada. Entende-se por coisa julgada a autoridade que recai sobre o juízo de mérito, tornando imutável e indiscutível a norma concreta produzida para aquele caso. Tanto é verdade que o próprio art. 502 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) faz referência à coisa julgada material, nesses mesmos termos”. (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 41-67).

⁷⁰⁰ “Houve, porém, um movimento doutrinário e jurisprudencial que passou a reconhecer efeitos extraprocessuais de determinadas decisões terminativas. O STJ, ainda na vigência do Código de 1973, em diversas oportunidades decidiu que o processo extinto sem julgamento do mérito não pode ser reproposto nos mesmos termos, só quando a parte autora corrigir o vício que fundamentou a sua extinção. Os casos, em sua maioria, tratavam de processos extintos por falta de uma das condições da ação (legitimidade, interesse processual de agir ou impossibilidade jurídica do pedido) e não abordavam outras questões de admissibilidade do processo, com os pressupostos processuais. (...). Finalmente, a regulamentação do tema foi alterada significativamente com o art. 486, §1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), em que determinadas sentenças terminativas passaram a ser dotadas de estabilidade com efeitos extraprocessuais. Nos casos de litispendência, indeferimento da petição inicial, ausência de pressupostos processuais, ausência de legitimidade *ad causam* ou de interesse de agir, quando acolhida convenção de arbitragem ou reconhecida a competência do juízo arbitral, é possível a nova propositura da demanda desde que haja a correção do vício que levou à prolação da sentença terminativa. A evolução legislativa demonstra que, paulatinamente, houve um movimento com o objetivo de dotar determinadas decisões terminativas de alguma estabilidade, cujos efeitos projetar-se-iam para fora do processo em que proferida. Antes, a lei processual autorizava que os efeitos de grande parte das decisões terminativas vinculassem somente o processo em que foram proferidas. A vinculação do resultado em processos futuros era uma questão ligada apenas à coisa julgada material, notadamente à sua função negativa”. (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 41-67).

Tradicionalmente, a coisa julgada, especialmente a formal, não se confunde com preclusão, embora nem sempre tenha existido essa clara distinção entre esses fenômenos,⁷⁰¹ tema a respeito do qual debruçou-se Giuseppe Chiovenda.⁷⁰²

Segundo noções que vêm de Giuseppe Chiovenda,⁷⁰³ até hoje aplicadas, a preclusão está relacionada à perda ou à consumação da faculdade/poder das partes de praticar determinado ato processual, estendida à impossibilidade de o juiz voltar a decidir ao longo do processo a respeito de questão em relação à qual já decidiu ou decidir sobre determinada questão quando já ultrapassada certa fase do processo. Trata-se de um fenômeno endoprocessual.

Sob o aspecto das partes, a exclusão⁷⁰⁴ dessa faculdade/poder, tradicionalmente, está relacionada a três situações específicas, que são a impossibilidade de se praticar determinado ato (*a*) ou por já tê-lo praticado, (*b*) ou por já ter passado o tempo de tê-lo praticado (*c*) ou, ainda, por ter sido praticado um ato incompatível com ele. Denomina-se, cada uma dessas hipóteses, respectivamente, (*a.I*) preclusão consumativa, (*b.I*) preclusão temporal e (*c.I*) preclusão lógica.⁷⁰⁵

Se não há dúvida quanto à existência das preclusões temporal e lógica, isso não pode ser dito quanto à consumativa, especialmente agora, por conta da redação do artigo 223 do Código de Processo Civil, que consigna que, “[d]ecorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual”. A redação desse artigo não autoriza, deliberada e claramente, que todo e qualquer ato processual possa ser emendado até o prazo que possa

⁷⁰¹ Mesmo nos dias de hoje, não é incomum a referência à coisa julgada formal como preclusão máxima, como denota passagem das lições de Cândido Rangel Dinamarco: “[a] coisa julgada formal é ao mesmo tempo *resultado* da inadmissibilidade de qualquer recurso e *fator impeditivo* da substituição da sentença por outra. Diz-se que esta *passa em julgado* no momento em que, por tornar-se irrecorrível, ingressa no mundo dos atos processuais intocáveis e já não pode ser substituída por eventual acórdão (art. 502). O fenômeno processual da irrecorribilidade, ou seja, da exclusão de todo e qualquer poder de provocar ou emitir nova decisão no processo, é a *preclusão* (*supra*, nn. 741 e 802). E como essa preclusão projeta sobre o processo o efeito mortal de impedir que nele ainda se tome qualquer outra decisão sobre a causa, tradicionalmente a doutrina diz *praclusio maxima* para designar a coisa julgada formal”. (*Instituições de direito processual civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 359).

⁷⁰² *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, pp. 369-384; *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3, pp. 155-163.

⁷⁰³ *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, pp. 374-377.

⁷⁰⁴ Como destaca Anissara Toscan, ainda que seja muito comum a utilização do termo *perda* para se referir à preclusão, deve-se preferir pela utilização da expressão *exclusão*, pois a *perda* “sugere *omissão* em praticar o ato no momento apropriado, ou seja, uma *falta* da parte quanto ao cumprimento das prescrições legais, inclinando-se necessariamente para a preclusão temporal, sem aptidão para abranger as demais hipóteses tradicionalmente consagradas (i.e., lógica e consumativa). (*Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015, pp. 80-81).

⁷⁰⁵ Ver NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, pp. 30-41.

ser praticado, mas uma interpretação razoável pode admitir que se chegue a essa conclusão.⁷⁰⁶ Assim, se um determinado ato pode ser emendado até o prazo em que poderia ser praticado, concluir-se-ia que não haveria mais que se falar em preclusão consumativa, já que o ato praticado pode ser ajustado até determinado prazo, quando, então, se daria a preclusão temporal.⁷⁰⁷

A impossibilidade de o juiz decidir ou voltar a decidir determinada questão é denominada, não sem alguma polêmica, preclusão *pro iudicato*,^{708 709} tanto que Daniel Amorim Assumpção Neves preferiu utilizar a expressão preclusão judicial⁷¹⁰ e Maurício Giannico, preclusão de questões.⁷¹¹ Lado outro, Anissara Toscan nega a existência de preclusão *pro iudicato*, e explica a impossibilidade de o juiz rever decisões estáveis como um efeito reflexo da “exclusão do direito da parte que, diante de decisão que lhe é gravosa, omite-se em interpor o recurso cabível e conforme ao ordenamento”.⁷¹² De um modo ou de outro, o que mais importa é a compreensão do fenômeno.

Seja a preclusão para as partes seja para o juiz, o tema que se coloca para reflexão diz respeito à estabilidade das decisões que abordam questões relativas ao saneamento e à organização do processo, inclusive por conta da redação do artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil, que faz menção a ela. Aliás, esse parágrafo utiliza apenas a expressão

⁷⁰⁶ Ver TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015, pp. 119-122.

⁷⁰⁷ A hipótese do artigo 223 do Código de Processo Civil permite que o ato possa ser complementado no curso do prazo que a lei previu para sua prática se tal se der antes do termo final, mas desde que isso não influa nas declarações que geram efeito imediato depois de emitidas. O demandado pode, por exemplo, complementar sua contestação com a alegação de incompetência relativa se não a deduziu inicialmente, mas não pode excluir da sua defesa uma renúncia que havia realizado, pois ela gera efeitos imediatos. É verdade que a renúncia, no exemplo utilizado, tem forte expressão no direito material, mas ainda assim isso deve ser considerado.

⁷⁰⁸ A expressão preclusão *pro iudicato* é criação de Enrico Redenti e foi concebida para explicar a impossibilidade de se repropor uma execução ou uma monitória após a sentença de extinção com o propósito de recuperar as quantias pagas, muito embora essas situações sejam largamente refutadas nos dias de hoje, conforme GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 128-134.

⁷⁰⁹ Sem a pretensão de misturar classificações, deve-se ao menos fazer alusão à ideia de preclusão hierárquica, concebida como a que impede o juiz de grau inferior de decidir questão já decidida pelo juiz/tribunal de grau superior. Ver GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 53-57. Para uma crítica à ideia de preclusão hierárquica, no sentido de que nenhum poder é tolhido do juiz, ver TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015, pp. 122-123.

⁷¹⁰ “Não havia razão para se criar uma espécie *sui generis* de preclusão para o juiz, embora a especialidade de sua situação processual acarreta regras singulares a ele. Como a preclusão *pro iudicato* é expressão antiga, referente a fenômeno que nada tem a ver com preclusão para o juiz, alcunhamos tal situação de preclusão judicial”. (*Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, p. 313).

⁷¹¹ *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 124-128.

⁷¹² TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015, pp. 85-88. Embora negue a preclusão *pro iudicato*, a autora não explica as situações que permitem que o juiz volte a decidir questão por ele próprio já decidida.

saneamento, o que poderia levar à conclusão de que a estabilidade a que ele se refere está restrita às questões relativas ao saneamento, e não à organização. Tal como se disse ao tratar da estabilização da demanda,⁷¹³ a expressão *saneamento* aí utilizada envolve tanto as questões relativas ao saneamento como à organização, e como tal o assunto será abordado.

Primeiro serão enfrentadas as questões que estejam relacionadas ao saneamento do processo, depois serão abordados temas pertinentes à organização do processo, que cuidam das questões fáticas sobre as quais recairá a atividade probatória, as questões de direito relevantes e os ônus da prova.⁷¹⁴

Quanto às questões relacionadas ao saneamento do processo, assim compreendidas as que dizem respeito aos pressupostos processuais, às condições da ação e questões processuais em geral, além de não ser possível admitir a ideia de decisão implícita⁷¹⁵ caso a questão não tenha sido enfrentada oportunamente,⁷¹⁶ em regra não o é também possível admitir que fiquem acobertadas pela preclusão, mesmo que já tenham sido decididas.⁷¹⁷

⁷¹³ Ver item 5.10.

⁷¹⁴ A importância de se aferir a natureza das questões para fins de preclusão já havia sido detectada por Galeno Lacerda, para quem a “solução certa, portanto, será a que subordinar a preclusão à natureza da questão versada. Desta forma, dosar-se-ão as necessidades de economia e certeza com os preceitos da justiça, dentro de um esquema imposto pelas exigências da realidade”. (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 156).

⁷¹⁵ Para Galeno Lacerda, em termos gerais, não há como se admitir decisões implícita, mas em alguns casos ela é possível, como se dá no caso de o juiz declarar saneado genericamente o processo que contenha mera anulabilidades (“infração de norma dispositiva em relação à parte”). (*Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 160 e 171-175). Ver, para um apanhado gerado do tema, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, pp. 240-246; ver, também com uma análise sobre entendimentos os mais diversos, TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997.

⁷¹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 208-212. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, pp. 234-239; ver TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997. Em sentido contrário, admitindo a decisão implícita de alguma forma, ver MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II, pp. 171-173, para quem, se foi levantada preliminar e ela for decidida ou for declarado saneado o processo, será atingida pela preclusão *pro iudicato*.

⁷¹⁷ Nesse sentido, ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 158-178, com ressalvas em relação à legitimidade de parte, pois entende o autor que a decisão que a decreta transita em julgado por ser de mérito; GREGO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível

em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020; TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, pp. 233-246. Em sentido contrário, ver nota de Enrico Tullio Liebman em GIUSEPPE, Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, pp. 378-379; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio... [et al.]. Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? In: *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Coordenação Araken de Assis... [et al.]. São Paulo: RT, 2007; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador:

Mesmo que o juiz já tenha decidido sobre essas questões, até que profira sentença e finalize sua atividade no processo, poderá voltar a apreciá-las, inclusive por provocação de uma das partes.⁷¹⁸ Até se poderia dizer que para a parte incidiria a preclusão em relação a elas se não impugnasse a decisão quando pudesse fazê-lo. Todavia, essa eventual preclusão que se poderia cogitar para a parte seria inócua, pois bastaria que ela provocasse o juiz a reavaliar a questão para que ela fosse reapreciada.⁷¹⁹ Ou seja, ainda que o juiz possa entender que houve preclusão para a parte, ao se deparar com um pedido dela para que a questão fosse reapreciada, ele teria de reavaliá-la e, na prática, não haveria diferença.⁷²⁰ Além disso tudo, a própria preclusão para o juiz de primeiro grau, se aceita,⁷²¹ seria relativa, pois o tribunal, observados os limites da devolutividade, poderia reavaliar a questão.

Pode-se conceber que essa solução traga insegurança jurídica e não tenha sido permitida pelo legislador ao impedir que questões “relativas à mesma lide” fossem novamente decididas (artigo 505 do Código de Processo Civil). Apesar de posicionamentos contrários,⁷²² a interpretação que deve ser conferida ao artigo 505 do

JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 809-816; CREMASCO, Suzana Santi; MARZINETTI, Miguel. Juízo positivo de admissibilidade da demanda, primazia do julgamento de mérito e eficácia preclusiva da decisão de saneamento e organização do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 964-969.

⁷¹⁸ Nesse sentido, ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 161-169; para Leonardo Greco, “[n]ão colhe o argumento pseudo-positivista de que o artigo 505 proibiria o juiz de voltar a decidir as questões já decididas. Como demonstrado por Machado Guimarães, essa proibição se refere às questões de direito material; por isso, a localização do dispositivo na seção relativa à coisa julgada, muito bem justificada por Carnelutti” (*Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020). No mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 230-239. Em sentido contrário: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Processo (in) civil e (in)segurança jurídica*. Tese (Doutorado em Processo Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 167-170.

⁷¹⁹ Ver GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 184-187.

⁷²⁰ “Também me parece importante repudiar a distinção muitas vezes feita em sede doutrinária entre a preclusão para as partes e a preclusão para o juiz. Tudo o que o juiz pode apreciar de ofício pode ser objeto de alegação ou proposição das partes” (GRECO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020).

⁷²¹ Em respeitosa crítica a Fredie Didier Jr., que entende existir preclusão para o juiz para voltar a decidir tais questões, assim se posiciona José Rogério Cruz e Tucci: “[s]e fosse consistente esta linha de raciocínio, quando já decidida, por exemplo, em primeiro grau uma preliminar de natureza processual, não impugnada a decisão por meio do recurso cabível, o tribunal estaria impedido de reexaminá-la de ofício, porque coberta pela preclusão. Na verdade, o tribunal não só pode como deve enfrentar as questões de ordem pública, visto que não há se falar em preclusão *pro iudicato* sobre esta matéria”. (*Processo civil e ideologia: subsídio estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 113-114).

⁷²² BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio... [et al.]. Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? In: *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Coordenação Araken de

Código de Processo Civil é a de que esse impedimento se aplica às decisões de mérito, e não às de natureza processual, tanto que topologicamente o dispositivo integra seção que cuida da coisa julgada e a referência que faz à “lide” está relacionada ao mérito. Não suficiente isso, há questões cuja importância supera essa primeira noção de segurança, por isso se justifica a possibilidade de revisão mesmo que já decididas, como se dá, por exemplo, com a capacidade processual, os vícios de representação e a (in)competência absoluta.⁷²³ Se o processo atingir determinado estágio e houver a prolação da sentença, aí sim não há mais como retroceder e, então, mesmo que detectado o vício, nada poderá mais ser feito e dever-se-á respeitar a coisa julgada.

Convencem, para se chegar a essa conclusão, os argumentos de Daniel Amorim Assumpção Neves,⁷²⁴ no sentido de que a natureza dessas questões impede que haja uma interpretação rigorosa do hoje artigo 505 do Código de Processo Civil (artigo 471 do Código de Processo Civil de 1973), que levaria ao bloqueio da possibilidade de o juiz voltar a julgar questões que já foram por ele decididas. E são muito úteis e interessantes, também, as considerações de Heitor Vitor Mendonça Sica,⁷²⁵ na linha de que, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 2015, em que haveria de se reconhecer uma maior intensidade de preclusão da decisão que saneia e organiza o processo, ela não poderia alcançar as situações que implicariam a rescindibilidade da decisão, o que abrangeria decisões sobre temas relativos ao saneamento.

Não persuade o argumento de que nem mesmo as decisões de mérito deixam de precluir, de modo que não haveria por que as decisões processuais não precluam, e que, se alguma decisão não precludesse, que fosse a de mérito para impossibilitar a prática de injustiças.⁷²⁶ A não preclusão de questões processuais procura exatamente impedir que sejam concretizadas injustiças e seja julgado o mérito quando isso não poderia ter acontecido, resguardando a possibilidade de, corrigido o equívoco, ser reproposta a demanda. Depois de definida a disputa, é muito mais traumático para o sistema alterar a conclusão a que se

Assis... [et al.]. São Paulo: RT, 2007; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 809-816.

⁷²³ Antonio do Passo Cabral avalia entendimento diverso do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), em que reconhece a preclusão de questão relativa à competência absoluta. (Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 933/2013, pp. 131-144, julho/2013).

⁷²⁴ *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004, pp. 233-246.

⁷²⁵ Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016.

⁷²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, pp. 809-816.

chegou, de modo que não parece correto dizer que, se alguma decisão não devesse precluir, que fosse a de mérito, por isso que o sistema convive melhor com a não preclusão de decisões que não solucionam o conflito.

Poder-se-ia cogitar de certa incoerência nesse posicionamento em relação às condições da ação quando se entender que elas, de algum modo, exigem o exame de elementos no plano substancial. Isso, no entanto, não acontece, pois a decretação da presença da condição da ação, como a legitimidade, não implica reconhecer que o pedido será julgado procedente, mas sim que ele pode vir a ser,⁷²⁷ e quando decretada, por equívoco, ser a parte ilegítima, embora ela não possa vir a ser reintegrada, a decisão poderá ser desconstituída para que ela volte a propor a demanda, a teor do artigo 966, §2º, I, do Código de Processo Civil.

É preciso ressaltar que essa nova avaliação sobre tais questões se aplica preponderantemente quando a primeira for positiva, e não negativa, pois nesse caso também não será possível o juiz retroceder. Se o juiz, por exemplo, entende que uma das partes não tem capacidade processual ou que é ilegítima e determina sua exclusão, não pode, passado algum tempo, voltar a reanalisar o tema.

A exceção a isso tudo fica por conta daquelas questões processuais que precisam ser deduzidas pela parte para ser conhecidas pelo juiz, como a incompetência relativa e a existência de convenção de arbitragem, que estão, nas palavras de Galeno Lacerda, no campo da “disponibilidade da parte”.⁷²⁸ Se a parte não suscitar essas questões quando deveria fazê-lo, incorre ela em preclusão temporal, e não propriamente o juiz, que está impedido de julgá-las.⁷²⁹ Se a parte as suscitar e o juiz as decidir, não poderá voltar a decidi-las e a parte, se pretender revê-las, terá de se valer tempestivamente dos instrumentos de impugnação que o sistema processual lhe confere.

Quanto às questões relacionadas à organização, há que se conceber a possibilidade de alguma preclusão e estabilidade, ao menos no que toca à atividade probatória.

⁷²⁷ Nesse sentido, ver LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, pp. 166-169. No entanto, é preciso dizer que Galeno Lacerda entende que a decisão que decreta a ilegitimidade de parte transita em julgada e não poderá ser revista pelo juiz, conforme *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 158.

⁷²⁸ *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 161. Ver, também, TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997.

⁷²⁹ Sobre o tema, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 184-187.

Nesse grupo, ademais, podem ser incluídos eventuais negócios processuais que tenham sido convencionados pelas partes e não tenham sido apresentados oportunamente ao juiz, salvo na porção que disserem respeito a eventos ainda não incorridos.⁷³⁰ Imagine-se que as partes tenham convencionado sobre prazos para contestar e replicar diversos dos estabelecidos pela lei. Se não apresentaram a convenção a tempo e nada alegaram quanto à tempestividade quando puderam, não há como alegarem depois. Ainda, imagine-se que, ao final da instrução, uma das partes apresente um negócio processual sobre a alteração do ônus da prova. Como a questão já foi tratada, definida e as provas produzidas, ficou acobertada pela preclusão. Agora, se a convenção dispuser que as partes não poderão recorrer e ela for apresentada na fase ordinatória, deve ser aplicada.

Se, eventualmente, as questões de fato e de direito não foram adequadamente delimitadas, de modo que, passado algum tempo, antes de proferida a sentença, notar-se que os contornos da disputa não estão bem alinhavados, nada impede que o sejam depois, ainda que não tenha existido pedido de esclarecimento ou ajuste, como preconiza o artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil. Assim, se uma questão relevante passou despercebida, ela deve ser considerada se isso for notado antes de ser prolatada sentença, até porque a delimitação das questões fáticas e jurídicas representa a síntese do que foi tratado no processo (*atos de verdade*) e não admitir essa espécie de emenda equivaleria a admitir uma exclusão implícita de questão, o que não seria adequado⁷³¹ e poderia até mesmo levar à propositura de nova demanda.

Como se defendeu ao tratar da estabilização da demanda, aceita-se até mesmo que os pedidos sejam alterados depois de iniciada a fase instrutória se com isso a parte contrária concordar, então não faria sentido desconsiderar questões que existiam desde o início só porque não foram delimitadas corretamente, o que revela a mitigação da ideia de estabilidade dessa decisão. Isso não significa que não se deva estabelecer o contraditório e todas as garantias inerentes a ele caso essa situação se verifique. As coisas não se confundem,

⁷³⁰ Ver RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: RT, 2019, p. 362-363.

⁷³¹ Eduardo Talamini é ainda mais permissivo e admite a delimitação de questões que foram expressamente afastadas: “Quanto à eficácia preclusão da parte da decisão que fixa os pontos controvertidos, vale o dito antes acerca da decisão que defere ou indefere prova (v. VI, n. 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 CPC (LGL\1973\5). 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”. (TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997).

se complementam. Ao ser necessária a abordagem de uma questão fática que havia sido colocada por uma das partes, mas que não constou da decisão de organização do processo, ela deve ser enfrentada, oportunizando-se às partes o necessário para influírem na formação do convencimento judicial.

Quanto às provas, deve-se recordar que cabe ao juiz especificá-las e às partes requerer a produção delas. Assim, se a disputa disser respeito a direito disponível, o juiz especificar a prova que entende admissível e a parte não requerer a sua produção, não se deve admitir que ela volte atrás e opte pela produção da prova que antes desprezou. A parte exerceu a sua liberdade e assumiu o risco de não requerer a produção da prova, então deve suportar as consequências daí decorrentes. Se a disputa disser respeito a direito indisponível, ainda que caiba à parte requerer a produção da prova especificada pelo juiz, como os poderes do juiz na determinação da produção da prova de ofício são mais amplos, mesmo que ela não a tenha requerido, como o juiz tem o poder-dever de agir de ofício, se entender relevante a prova, deve determinar a sua produção.

Quanto à distribuição do ônus da prova, ainda que o juiz não o tenha distribuído diversamente por ocasião da organização do processo, não está absolutamente impedido de fazê-lo depois, desde que em circunstâncias ainda mais excepcionais. Como já consignado,⁷³² embora a lei não exija, não parece adequado que o juiz distribua diversamente o ônus da prova se não houver pedido nesse sentido, já que, se o maior interessado em distribuir diversamente o ônus da prova não entender que seja caso de aplicação dessa exceção, não deve o juiz assim entender; se quem tem o ônus de provar não vê dificuldade de fazê-lo, não é o juiz que verá, com seus olhos, essa dificuldade.⁷³³ Formulado o pedido, mesmo que depois da organização do processo, deve o juiz sopesar para identificar se a alegada dificuldade excessiva já poderia ter sido constatada antes ou se só veio a ser revelada mais tarde; se essa dificuldade excessiva existia antes, não deve admitir a distribuição diversa, já que a questão estará estabilizada, mas se a excessiva dificuldade revelou-se apenas depois e não poderia mesmo ser detectada antes, deve o juiz admitir, em tese, a distribuição diversa agora. O mesmo raciocínio, mas com menor rigor, deve ser aplicado na hipótese de o juiz alterar uma distribuição diversa que antes havia determinado se ficar comprovado que se desfez aquela dificuldade extrema ou se a parte que passou a ser onerada

⁷³² Ver item 5.8.4.2.

⁷³³ Nesse sentido, ver PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controversas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 238.

demonstrar que não terá a facilidade que antes se apresentava, pois, ao fim e ao cabo, a distribuição padrão do ônus da prova leva em conta o interesse que a parte tem em comprovar a alegação por ela apresentada.⁷³⁴

Ainda, é preciso dizer que não se deve conferir ao artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil um alcance que desvirtue o sistema, como o que o deram, com todo respeito, Felipe Borring Rocha e Bárbara Fonseca de Moura, ao defenderem que a não apresentação do pedido de esclarecimento ou ajuste impediria a parte, em muitas situações, de impugnar o que foi decidido.⁷³⁵ Não faz sentido algum, por exemplo, exigir da parte que apresente esse pedido de esclarecimento ou ajuste em relação a decisão que tenha sido absolutamente clara e fundamentada antes de impugná-la por agravo de instrumento ou por preliminar de apelação ou contrarrazões em apelação. Além de tornar complexo e burocrático um sistema que se propõe a ser prático e efetivo, criar-se-ia um requisito de admissibilidade recursal inexistente apenas para tentar dar sentido à expressão *estável* que consta do artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil.

Por fim, mas não menos importante, é preciso registrar que essa estabilidade já foi tida como um fenômeno diverso da preclusão, como para Viviane Siqueira Rodrigues,⁷³⁶ pois possibilitaria às partes discutir em recurso as questões decididas, mas não que o mesmo juízo voltasse a decidi-las. Para se chegar a essa conclusão, segundo Viviane Siqueira Rodrigues, seria necessário identificar a natureza da questão decidida e aplicar esse raciocínio.

Como Viviane Siqueira Rodrigues entende que a decisão que reconhece a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação não pode ser revista pelo juízo que a proferiu, mas apenas pelo juízo superior, ela vê nessa situação uma eficácia de estabilidade (embora mencione que, no Código de Processo Civil de 1973, seria uma eficácia preclusiva).⁷³⁷

⁷³⁴ Ver item 5.8.4.

⁷³⁵ Qual é o propósito do pedido de esclarecimentos ou ajustes do pronunciamento saneador, previsto no artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 305/2020, pp. 219-247, julho/2020.

⁷³⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp. 320-323.

⁷³⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp. 320-323. Segundo a autora, esse raciocínio abrangeria, dada vênica de modo questionável, temas relativos à organização, como a distribuição diversa do ônus da prova, pois seria possível ao tribunal voltar a decidir sobre a matéria mesmo que não tenha sido interposto agravo de instrumento.

Com todo respeito à autora, não parece que assim seja, tanto porque, como se defende nesse trabalho, não há o impedimento de reanálise de matérias relativas ao saneamento pelo juiz que já as analisou antes, como porque, mesmo para os que defendem essa impossibilidade, não parece haver necessidade de diferenciar tais situações a ponto de concebê-las como fenômenos distintos.⁷³⁸ Tratar-se-ia de uma variante da preclusão *pro iudicato*.

5.13. A ausência da identidade física do juiz e a importância do saneamento e da organização do processo

A identidade física do juiz foi tida como um dos vértices da oralidade,⁷³⁹ pelo que sempre foi muito cara a ideia de que o juiz que instrísse o processo também o julgasse.⁷⁴⁰ Concebia-se fundamental que o juiz que decidisse o litígio fosse o responsável pela condução da atividade instrutória.

Tanto assim que o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 120,⁷⁴¹ levou a identidade física do juiz quase às últimas consequências. Nem mesmo o juiz aposentado se desincumbia do dever de julgar o caso se houvesse instruído o processo.

Ao longo do tempo, o rigorismo da identidade física do juiz foi se esvaecendo. O artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, tanto na redação original⁷⁴² como na da

⁷³⁸ Pode-se dizer que esse raciocínio se assemelha à preclusão a um determinado “grau de processo”, a que já fazia alusão Giuseppe Chiovenda, conforme *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3, p. 162. No mesmo sentido, citando Giuseppe Chiovenda, ver BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. edição, revista e atualizada. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1994, pp. 208-209.

⁷³⁹ Ver PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Organizadores Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 526.

⁷⁴⁰ Ao elogiar as características e as opções políticas do Código de Processo Civil de 1939, em especial seu publicismo, assim comentou Luiz Machado Guimarães: “[o]s célebres princípios do chamado processo oral – o da imediatidade, o da permanência da pessoa física do juiz, o da concentração, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o da oralidade – são os diferentes aspectos, as diversas faces poliédricas deste corpo unitário e indivisível, que é o processo de caráter público e inquisitório”. (GUIMARÃES, Luiz Machado. A reforma processual e a missão do advogado. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 80, outubro /1939, p. 30).

⁷⁴¹ Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício. Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário.

⁷⁴² Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

Lei 8.637, de 31.3.1993,⁷⁴³ abriu espaço para que o julgamento do caso fosse realizado por juiz que não tivesse instruído o processo.

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou a disposição que tratava do assunto, de modo que agora não mais existe a obrigatoriedade de que o juiz que tenha realizado a instrução julgue o caso.⁷⁴⁴

Bem ou mal, essa foi a opção política do legislador, possivelmente influenciado pela necessidade de se resolver litígios com mais celeridade e, então, retirar algumas travas do sistema, muito embora o processo eletrônico resolvesse grande parte dos problemas, já que eliminou o fluxo físico dos autos, um dos entraves da concretização da identidade física do juiz.

É verdade que muito se perde pelo fato de o juiz que acompanhou a fase de instrução não ser o mesmo que solucionará a disputa.⁷⁴⁵ Não há dúvidas de que o juiz que participou da produção da prova, que teve contato com as partes, as testemunhas e o perito e que pôde esclarecer dúvidas ao longo da instrução tenha melhores condições de julgar os pedidos.

Ao pensar na identidade física do juiz sob um prisma de absoluta completude, ela não poderia ficar restrita à instrução. A regra da identidade física do juiz seria contemplada em sua integralidade se o juiz que saneasse e organizasse o processo, e não apenas que participasse da produção da prova, fosse também o que o julgasse. Haveria algum toque de insuficiência contentar-se com o julgamento realizado pelo juiz que apenas participou da produção da prova, mas que não organizou o processo. Mais do que participar

⁷⁴³ Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei 8.637, de 31.3.1993) Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei 8.637, de 31.3.1993)

⁷⁴⁴ Ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 205-206.

⁷⁴⁵ “É certo que o Código não positivou a regra de vinculação do juiz que colheu a prova em audiência ao julgamento, tal como havia (embora de forma mitigada ao longo do tempo) – no art. 132 do diploma precedente. Sem a identidade física do juiz que presidiu os trabalhos da audiência, exceto nos casos em que o magistrado permaneça à frente do órgão jurisdicional até que profira decisão (ou que faça imediatamente), forçoso convir que o postulado da oralidade, no campo da instrução, perde força. Como dissemos, se aquele que manteve contato direto com as partes e participou dos atos concentrados em audiência não é aquele que decide, então a utilidade da técnica se esvazia. E isso apenas se confirma pela consideração, já anotada, de que o recurso de apelação devolve questões de fato (ressalvados os limites da impugnação, conforme art. 1.013, *caput* e §1º); e que, portanto, submete a magistrados que não tiveram contato com as partes e com a colheita da prova a reapreciação dessa última”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Oralidade e contraditório efetivo: dilemas e perspectivas da técnica de sustentação oral perante os tribunais*. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 217).

da atividade probatória, o juiz que fosse julgar deveria ser aquele quem delimitou a controvérsia e indicou as provas que julgava relevantes para ser produzidas.

Seja como for, como dito acima, o Código de Processo Civil de 2015 eliminou a identidade física do juiz; agora, ainda que ele tenha tido acesso ao processo apenas ao final, até depois de apresentadas as razões finais, deverá julgá-lo.

Se assim deve ser, ganha ainda mais importância a boa realização do saneamento e da organização do processo, pois, se já se perde com o rompimento definitivo da regra da identidade física do juiz, essa perda se potencializa quando o juiz não o saneia e o organiza corretamente e, depois, *transfere* a outro a solução da controvérsia.

Se essas providências já eram necessárias antes, quando, em regra, o juiz que instruíra também julgava os pedidos, elas ganham ainda mais relevância por ser possível que o caso seja resolvido por outro juiz, e muito será facilitado se houver um roteiro adequado que possa ser por ele seguido ou, eventualmente, até ajustado quando possível.

5.14. As consequências da ausência de saneamento e organização do processo

A inexistência ou a má realização do saneamento e da organização do processo podem ou não provocar consequências que maculem o processo e o tornem inadequado.

Se o saneamento não é realizado em momento algum, mas inexistirem vícios ou máculas que levem à prolação de sentença sem resolução do mérito e não existirem, também, questões processuais a serem resolvidas, a ausência dessa avaliação pelo juiz, na prática, não provoca consequência alguma, pois se ela fosse realizada o resultado seria negativo e o processo seguiria seu curso normalmente.

Isso também pode ser dito, de certo modo, quanto à organização do processo. Se o juiz não organizar bem o processo, mas todas as questões de fato e de direito forem consideradas, as provas que tiverem de ser produzidas o forem e a sentença resolver com adequação o litígio, a ausência dessa organização não trará impacto algum.

O problema do mau saneamento e da má organização do processo que não provocam prejuízo é que a essa conclusão só se chegará fazendo-se um juízo retrospectivo da situação concreta, o que está longe de ser o ideal.

Mas é possível que haja alguma consequência caso o processo não seja saneado ou organizado adequadamente? A resposta é positiva, ainda que nem sempre seja fácil notar

os males causados pela má condução do processo e nem sempre essa consequência seja aplicada pelos juízes e pelos tribunais.

Se o processo não for saneado ou for mal saneado, quando notado o vício, deve-se verificar se ele ainda precisa ser corrigido, pois é possível que ele já tenha sido superado e nenhum prejuízo existiu, de modo que o processo deve ter seu curso regular.⁷⁴⁶

Se o vício ainda causar alguma repercussão e não for possível a correção ou a parte a quem incumbia realizá-la não o faz, ou prolata-se sentença sem resolução do mérito ou, então, o processo tem prosseguimento com o aumento das chances de a parte infratora sucumbir; se a correção for possível e ela for realizada, o processo prossegue.

Não é tão simples dizer que o juiz deva *superar* a irregularidade se julgar a favor daquele a quem a exigência da norma afrontada protege (dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais).⁷⁴⁷ Será que o juiz, ao se dar conta de um vício de citação por ocasião da sentença, deve determinar a nulidade dos atos (ou ao menos estabelecer uma pausa no processo para que a citação seja realizada) ou pode logo julgar improcedentes os pedidos? Se a resposta for a de julgar improcedentes os pedidos, mesmo que o demandado seja comunicado disso na sequência, como ficaria a sua situação se o demandante apelasse? Ele poderia trazer todas as matérias de defesa na resposta ao recurso, ele poderia produzir provas no tribunal? São questões delicadas e que implicariam uma avaliação muito criteriosa. Então, melhor seria que o juiz regularizasse a citação antes de sentenciar.

É possível superar o vício e ignorá-lo, mesmo depois de já transitada em julgado a sentença, quando o requisito afrontado estiver destinado a proteger aquele que obteve sucesso no plano substancial e inexistir risco de a situação ser alterada. Basta pensar no vício de capacidade postulatória do advogado do demandado em processo cujos pedidos foram julgados improcedentes e a decisão transitou em julgado.⁷⁴⁸ Essa situação é relativamente mais simples do que a mencionada acima, pois a decisão favorável a quem a norma protege encontra-se estabilizada.

⁷⁴⁶ Imagine-se que haja vício na citação, mas o demandado comparece e contesta, no prazo legal. Nesse caso, a despeito do vício, nada há para ser corrigido. José Roberto dos Santos Bedaque dá o exemplo de uma petição inicial com descrição fática e fundamentação jurídica deficiente, mas o demandado contesta e esclarece os fatos, de modo que não mais se justificaria a decretação de inépcia. (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199).

⁷⁴⁷ ver TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 63/1991, pp. 64-87, julho-setembro/1991; BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil - Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012.

⁷⁴⁸ O exemplo é de José Roberto dos Santos Bedaque, que trata mais especificamente de ausência de procuração (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 203-208).

O saneamento inadequado pode se dar, também, quando o juiz proclama sentença sem resolução do mérito por reconhecer algum vício inexistente ou por decretar a ausência de condição da ação. A depender do conteúdo dessa sentença (ou decisão), como a que reconhece ser parte ilegítima quem na verdade é legítima, se ela transitar em julgado, terá a parte de propor ação rescisória para desconstituí-la, a teor dos artigos 486, §1º e 966, §2º, I, do Código de Processo Civil.⁷⁴⁹

A falta de uma correta organização também pode provocar prejuízos difíceis de serem contornados. Se o juiz não delimita as questões de fato e de direito, não especifica as provas admissíveis, não define o ônus da prova e opta por julgar *antecipadamente* o mérito aplicando a regra do ônus da prova, não há dificuldade para demonstrar que houve um erro procedimental e que a decisão por ele proferida é passível de anulação, eventualmente até rescindível.⁷⁵⁰

As coisas complicam um pouco se o juiz julga *antecipadamente* o mérito e não aplica a regra do ônus da prova, iniciando a fundamentação de sua decisão dizendo que as provas – basicamente as documentais – que já se encontram nos autos são suficientes para formar sua convicção. Isso equivale a dizer que o juiz, em seu íntimo, avaliou – ou deveria ter avaliado – a possibilidade de admissão de alguma outra prova e chegou à conclusão de que nenhuma seria relevante. Isso é o que acontece com alguma frequência quando o juiz julga *antecipadamente* o mérito, pois o faz sem delimitar as questões fáticas e jurídicas e sem dialogar com as partes sobre a suficiência das provas já produzidas.

A questão é que, quando essa construção é realizada sem diálogo com as partes e sem lhes conferir a oportunidade de demonstrar a relevância que outras provas teriam para solução da disputa, aumentam as chances de ser proferida uma sentença inadequada, por isso que, a teor do artigo 489, IV, do Código de Processo Civil, o juiz deve enfrentar todos os argumentos deduzidos e capazes, mesmo que em tese, de infirmar a conclusão a que chegou, o que inclui o dever de produzir as provas a eles relacionadas.

⁷⁴⁹ “(...)”, o cabimento da ação rescisória, nos termos do art. 966, §2º, I, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), será o caminho adequado para a revisão da estabilidade de decisões processuais: (i) quando o vício for insanável, o que poderá ocorrer nas hipóteses retromencionadas (coisa julgada ou preempção), ou ainda, na ausência de interesse processual de agir; e (ii) quando a parte autora não aceitar o reconhecimento do vício processual, como há a chance de acontecer, por exemplo, nos casos de extinção do processo por ilegitimidade, litispendência ou existência de convenção de arbitragem”. (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 41-67).

⁷⁵⁰ Ver apelação cível n. 1004816-87.2017.8.26.0268, no Tribunal de Justiça de São Paulo, provida para anular sentença que julgou com base na regra do ônus da prova sem delimitar as questões de fato e sem conferir às partes a oportunidade de produzirem provas relevantes para solução da controvérsia.

Assim, se o juiz julgar *antecipadamente* o mérito e deixar de produzir alguma prova que a parte julgue relevante, deve o tribunal avaliar se o caso era mesmo de julgamento *antecipado* ou se deveria ter sido produzida a prova requerida. O tribunal não pode se curvar ao entendimento de que o juiz de primeiro grau é o destinatário da prova e que cabe exclusivamente a ele tratar desse assunto, especialmente quanto a temas que digam respeito à suficiência ou não da prova produzida.⁷⁵¹ Se a conclusão for a de que deveriam ser produzidas outras provas, deve-se anular a decisão ou - o que seria mais indicado - produzir a prova no próprio tribunal, para que então o caso seja julgado.

Ainda que o juiz não julgue *antecipadamente* o mérito, a não realização adequada da organização do processo é perceptível nos casos em que ele determina às partes que especifiquem as provas que desejam produzir e depois não retoma o assunto com a delimitação das questões fáticas sobre as quais recairá a atividade probatória e as questões de direito, deixando de distribuir os ônus da prova, como já considerado ao longo desse trabalho.⁷⁵²

A má ou a ausência de especificação das provas admissíveis poderá levar à não produção de prova relevante para solucionar a controvérsia, de modo que, ao final, seja aplicada a regra de distribuição do ônus da prova, o que configuraria equívoco, pois não é apropriado que o juiz, sem delimitar as questões de fato e de direito e sem indicar as provas que julga relevantes, se valha da regra de distribuição do ônus da prova para julgar a favor de uma das partes. Essa postura revela agressão ao modelo atual de processo, que prima pela clareza das informações entre os sujeitos processuais para, então, resguardar as liberdades que as partes podem exercer. Se o juiz se dá conta que a prova é relevante e que sequer fez menção a ela quando deveria, não pode utilizar mecanismo previsto pelo sistema que deve ser empregado em situações específicas e apenas depois de as partes estarem cônscias do

⁷⁵¹ “(...) não raro os tribunais, diante de alegação de cerceamento de defesa por indeferimento de tal ou qual prova, refutam a invalidade sob o argumento de que o juiz é o destinatário da prova. Assim, os tribunais reiteradamente afirmam que se ao magistrado do grau antecedente pareceu ser suficiente o quadro probatório, isso bastaria para se descartar a necessidade da prova reclamada pela parte. Isso evidentemente é um erro porque uma coisa é considerar a valoração dada em primeiro grau; outra é o tribunal se colocar apenas como censor da conduta do juiz, ao invés de, como seria correto, colocar-se na posição de destinatário principal da prova colhida”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Oralidade e contraditório efetivo: dilemas e perspectivas da técnica de sustentação oral perante os tribunais. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 216).

⁷⁵² A inexistência de delimitação da controvérsia contribui, em alguma medida, para que sejam proferidas sentenças *ultra*, *extra* ou *citra* petita. Se o juiz delimitasse as questões fáticas e jurídicas, conferindo às partes a oportunidade de tratarem a respeito delas, os contornos da disputa seriam mais bem estabelecidos e os riscos de o juiz julgar além, aquém ou diferente do pedido seriam bastante reduzidos e seriam evitadas más formações processuais que podem gerar nulidades ou incompletudes.

que lhes cabe. Por isso, uma sentença que se vale da regra do ônus da prova em hipóteses como essa deve ser tida como contaminada pelo erro procedimental e passível de ser anulada.

É possível ir além. Nas situações em que o juiz tem poderes instrutórios mais amplos, como acontece quando em disputa direitos indisponíveis, a admissão do julgamento com base na regra do ônus da prova deveria ficar reservada para situações ainda mais excepcionais, quando a comprovação das alegações, mesmo que tentada – inclusive pelo juiz –, não fosse possível. Assim, se nesses casos o juiz não exerceu seu poder de produzir prova relevante que poderia ter sido produzida e julgou com base na regra do ônus da prova, deve ser reconhecida uma falha procedimental.

O problema disso tudo é que, na prática, não é tão simples identificar situações nas quais o juiz não especifica prova relevante, a parte não a produz e ele julga com base na regra do ônus da prova. Por vezes, ele não deixa tão claro na sentença sequer que julga com base na regra do ônus da prova e, por outras, utiliza termos abertos, como ao dizer que *os elementos constantes dos autos* permitem o julgamento desse ou daquele modo.

Nessas situações, a postura das partes é importante, pois não devem, ao perceberem a ausência de organização do processo ou a realização de uma organização inapropriada, aceitarem-na. Elas devem se insurgir, devem provocar o juiz para que organize o processo, para que tome as providências que determina o legislador, pois será essa atitude que legitimará insurgências futuras.

A despeito da compreensão das consequências pela ausência ou má organização do processo, há de se reconhecer que os tribunais, salvo quando houver uma falha muito gritante, raramente reconhecem vício proveniente de uma inadequada organização.⁷⁵³ Por isso, as partes, como interessadas que são, devem ficar muito atentas à condução do processo para evitar tais inadequações. E o juiz, a seu turno, deve ter em mente que o publicismo processual impõe que atue nesses casos de modo a deixar claros os contornos do processo e as provas que julga relevantes.

⁷⁵³ Por exemplo, se o juiz meramente determina às partes que especifiquem as provas que pretendem produzir e elas deixam de requerer a produção de prova relevante, tem-se por correta sentença que julgou com base na regra do ônus da prova, ainda que o juiz não tenha deixado claro quais as provas que, em sua concepção, seriam admissíveis. Ver AgRg no AgRg no AREsp 589144/SP, no Superior Tribunal de Justiça.

5.15. A recorribilidade – por agravo de instrumento - da decisão que saneia e organiza o processo

O regime de recorribilidade das decisões interlocutórias foi modificado no Código de Processo Civil de 2015. No Código de Processo Civil de 1973, toda decisão interlocutória poderia ser impugnada por agravo, retido ou de instrumento. Hoje, na fase de conhecimento, apenas decisões interlocutórias que versem sobre temas indicados nos incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil ou casos expressamente previstos na lei são agraváveis. Assim, ter-se-ia um rol taxativo de matérias suscetíveis de serem impugnadas por agravo de instrumento na fase de conhecimento.⁷⁵⁴

A impossibilidade de recorribilidade imediata de decisões interlocutórias que não versem sobre as matérias indicadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil não implica preclusão, já que elas podem ser impugnadas em preliminar de apelação ou de contrarrazões de apelação, por força do artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil. A não recorribilidade imediata de todas as decisões interlocutórias foi festejada,⁷⁵⁵ pois viu-se nisso uma possibilidade de maior fluidez do processo em direção da sentença de mérito.

Seja como for, nesse item, o que interessa prioritariamente não é o momento da preclusão da decisão que saneia e organiza o processo, mas sim a sua recorribilidade ou não por agravo de instrumento.

Ao se perpassar pelo saneamento e pela organização do processo, facilmente se percebe que as soluções sobre as matérias a eles relacionadas se darão por decisões interlocutórias, salvo se levarem ao encerramento da fase de conhecimento, pois aí haverá sentença.⁷⁵⁶ Portanto, ao tratar dos pressupostos processuais, ao resolver uma questão processual, ao abordar as condições da ação,⁷⁵⁷ ao delimitar questões fáticas e jurídicas, ao especificar provas e ao tratar dos ônus probatórios, o juiz o fará por decisão interlocutória.

Nem todas as matérias que potencialmente possam ser versadas por ocasião do saneamento e da organização do processo integram o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil ou têm expressa previsão na lei de recorribilidade por agravo de

⁷⁵⁴ A teor do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, todas as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução ou de inventário são agraváveis, pelo que não há, em relação a eles, que se cogitar da existência de algum rol taxativo.

⁷⁵⁵ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. A evolução do agravo de instrumento: justificativa e consequências da atual sistemática. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288/2019, pp. 235-250, fevereiro/2019.

⁷⁵⁶ Conforme artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil.

⁷⁵⁷ Se alguma irregularidade em geral, questão processual ou condição da ação levar à solução apenas parcial do processo, como a ausência de um pressuposto processual ou a existência de coisa julgada que afete parte da disputa, essa decisão interlocutória é agravável a teor do artigo 354, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

instrumento,⁷⁵⁸ o que diferiria a possibilidade de impugnação delas apenas por ocasião da apelação ou das contrarrazões de apelação.

O problema é que, em muitas ocasiões, aguardar a apelação ou as contrarrazões de apelação para impugnar determinada decisão interlocutória que cuide de matéria relativa ao saneamento e à organização do processo pode implicar danos severos ao processo. É o que acontece, por exemplo, na já decantada decisão que trata de competência. Não parece adequado aguardar o julgamento de eventual apelação para que se defina se o juiz que proferiu a sentença é competente ou não. Situação similar se identifica na decisão que atesta a regularidade de representação processual ou que reconhece a capacidade postulatória.

Situações como essas levaram o Superior Tribunal de Justiça a submeter ao regime de recursos especiais repetitivos o REsp 1696396/MT e o REsp 1704520/MT, para que fosse definida a taxatividade ou não do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Ao julgá-los, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o rol é de *taxatividade mitigada*. Por maioria de votos, a tese fixada foi a de que é cabível o agravo de instrumento desde que fique comprovada “urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação”.⁷⁵⁹

Na linha do estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, deve-se admitir a interposição do agravo de instrumento se o julgamento futuro da questão, por ocasião da apelação, for inútil. Essa afirmação não é, por si só, suficiente para capitar a *ratio decidendi* do *precedente*. Isso porque, a rigor, a ideia não parece ter sido admitir o agravo de instrumento apenas nas hipóteses em que seria inútil impugnar uma decisão proferida na fase de conhecimento por ocasião da interposição da apelação ou das contrarrazões de apelação, mas sim a de admiti-lo toda vez que a decisão futura sobre a matéria, por ocasião do julgamento da apelação, puder implicar prejuízo significativo às partes e o processo puder ser tido como inútil.⁷⁶⁰

Até se pode projetar uma hipótese que caracterizaria literal inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da questão em apelação, como aquela aludida por William

⁷⁵⁸ Deve-se observar, nessa ocasião, o disposto no artigo 354, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que estabelece o cabimento do agravo de instrumento de decisões que digam respeito a parcela do processo nas hipóteses do artigo 485 e 487, II e III, do Código de Processo Civil. Assim, reconhecida a ilegitimidade de parte em relação a uma das pessoas que compõe o polo passivo, admite-se a interposição de agravo de instrumento; reconhecida a falta de capacidade processual de um componente do polo ativo, também cabível seria o agravo de instrumento.

⁷⁵⁹ Conforme voto da Ministra Nancy Andrighi.

⁷⁶⁰ Ver interessantes considerações de Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Carnáuba sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que em alguma medida coincidem com a linha adotada nesse trabalho, conforme Derrotabilidade da regra de cabimento do agravo de instrumento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 308/2020, pp. 153-194, outubro/2020.

Santos Ferreira, na qual se indefere uma prova pericial que possa perecer.⁷⁶¹ Mas a própria decisão que versa sobre competência - tema dos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT - revela que não deve ser exclusivamente essa inutilidade a geradora da admissibilidade do agravo de instrumento, tanto que, se a decisão sobre competência não for impugnada por agravo de instrumento, o julgamento da preliminar em apelação ou em contrarrazões de apelação não será tecnicamente inútil, muito pelo contrário, será utilíssima, pois definirá se o juiz que proferiu a sentença é competente ou não. O processo sim é que se poderá tornar inútil, no sentido de inadequado.

Por isso, a melhor interpretação à *tese* fixada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não é a de se o julgamento da questão por ocasião da apelação será inútil ou não, mas sim a de se identificar se o julgamento da questão, pelo tribunal, apenas por ocasião da apelação, poderá implicar significativo prejuízo às partes e ao processo, que poderá ser tido por inútil/inadequado.

Tanto é assim que, ao longo de seus votos, a Ministra Nancy Andrighi, relatora nos REsp 1696396 e REsp 1.704.520, consignou que “[e]m última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo”. Ainda, nesses votos, a Ministra Nancy Andrighi faz referência, para motivar sua decisão, a texto da lavra de José Rogério Cruz e Tucci,⁷⁶² que caminha no sentido de se admitir o agravo de instrumento não apenas quando houvesse inutilidade da decisão futura.

Uma importante consideração: a urgência e o prejuízo às partes e ao processo que a reavaliação de determinada questão gerará se realizada apenas por ocasião do julgamento da apelação devem ser vislumbrados de modo hipotético e sempre em juízo prospectivo positivo. Isto é, para o juízo de admissibilidade do agravo de instrumento, deve-se realizar o raciocínio hipotético de provimento; se a partir desse raciocínio se constatar que haverá prejuízo manter a situação atual, ele deve ser admitido, ainda que o resultado, no futuro, seja de desprovimento.

⁷⁶¹ Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 263/2017, pp. 193-203, janeiro/2017.

⁷⁶² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Datado de 18 julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em 31.8.2020.

Com isso em mente, é preciso saber se há capítulos nas decisões de saneamento e organização do processo que carregam consigo essa urgência cujo diferimento de um novo julgamento da questão em apelação implique prejuízo às partes ou ao processo.

Quanto ao saneamento, que cuida basicamente dos pressupostos processuais, das condições da ação e de questões processuais em geral, se a hipótese já não estiver prevista no artigo 1.015 do Código de Processo Civil ou em outro dispositivo legal, a resposta deve ser majoritariamente positiva, admitindo-se o agravo de instrumento. Há de se reconhecer que, em algumas situações, como aquelas que versam sobre valor da causa⁷⁶³ e a que defere (e não indefere) a gratuidade da justiça, não parece, a princípio, existir a urgência que justifique a interposição do agravo de instrumento.⁷⁶⁴

A despeito disso, os tribunais ainda não têm posicionamento consolidado sobre o cabimento ou não do agravo de instrumento em relação a decisões que cuidem dessas questões típicas de saneamento do processo,⁷⁶⁵ muito embora a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.772.839/SP, tenha aberto a possibilidade de admissão de agravo de instrumento em relação a decisão que trate de legitimidade de parte, apesar de utilizar como fundamento o artigo 1.015, VII, do Código de Processo Civil, e não a *tese* fixada nos recursos repetitivos.

Quanto à organização do processo, e nela se incluem a delimitação das questões fáticas e jurídicas, a especificação de provas e a determinação das provas a serem produzidas, o agravo de instrumento deveria ser admissível, mas mais por uma questão de ordem prática, pois tais questões poderiam, a rigor, ser resolvidas quando do julgamento da apelação.

A não delimitação de uma determinada questão de fato pode, em última análise, implicar a não produção de uma prova relevante, assim como uma prova relevante pode ser indeferida, mesmo com a questão de fato corretamente delimitada. Os artigos 932 e 938 do Código de Processo Civil permitem que o relator organize o processo e até mesmo que o tribunal produza as provas que julgar relevantes, então poderia não haver problema aguardar a interposição da apelação ou a apresentação das contrarrazões para que a matéria fosse

⁷⁶³ Ver Agravo de Instrumento n. 2091830-18.2020.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive com aplicação de multa; ver, também, Agravo de Instrumento n. 2035984-50.2019.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em sentido contrário, ver Agravo de Instrumento n. 2097177-32.2020.8.26.0000, do pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁷⁶⁴ Ver Agravo de Instrumento n. 2175854-18.2016.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁷⁶⁵ A título ilustrativo, ver Agravo de Instrumento n. 2062831-89.2019.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo não cabimento do agravo de instrumento sobre legitimidade de parte, e Agravo de Instrumento n. 4482566-35.2020.8.13.0000, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pelo cabimento do recurso sobre legitimidade de parte e com fundamento na *tese* da taxatividade mitigada.

preliminarmente enfrentada pelo tribunal, sem que fosse necessária a interposição do agravo de instrumento.

No entanto, os tribunais, sabidamente, são resistentes a organizar e produzir provas, e optam, quando muito, por anular a sentença nesses casos. Aliás, os tribunais costumam relegar a um segundo plano essas questões que lhes chegam por apelação ou contrarrazões de apelação, tendendo a se conformar com os elementos compilados pelo juiz de primeiro grau.

Por isso, melhor seria que fosse admitido o agravo de instrumento, para que todas essas questões pudessem ser apropriadamente avaliadas, a ter-se de ficar suscetível à anulação da sentença como resultado do julgamento da apelação. Agora, se mais bem compreendidas fossem as funções dos tribunais, a teor dos artigos 932 e 938, do Código de Processo Civil, eventuais impugnações sobre questões relativas à organização do processo poderiam aguardar o julgamento da apelação para ser reparados.⁷⁶⁶

Ao julgar o REsp 1.702.725, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a admissibilidade do agravo de instrumento de decisão *saneadora* (melhor seria decisão organizacional) que tratou do “enquadramento fático-normativo”, mas porque a matéria influenciava decisivamente no desfecho do mérito, particularmente sobre os prazos prescricionais, de modo que o agravo de instrumento teria cabimento a teor do artigo 1.015, II, do Código de Processo Civil, e não por conta da urgência e do prejuízo que uma delimitação fática e jurídica equivocada causaria.

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁶⁷ não tem admitido agravos de instrumento interpostos de decisões que indeferem a produção de determinado meio de prova por entender que a matéria não está relacionada nos incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil e por não se perfazer a hipótese da *tese* estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

De um modo ou de outro, fato é que a compreensão dos tribunais⁷⁶⁸ vem a ser pela não admissão de agravos de instrumento de decisões que cuidem de temas relacionados à organização o processo.

⁷⁶⁶ Vale lembrar que a decisão sobre alteração da distribuição do ônus da prova é agravável por previsão expressa do inciso XI do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

⁷⁶⁷ Ver Agravos de instrumentos n.s 2181406-22.2020.8.26.0000, 2181406-22.2020.8.26.0000, 2177492-47.2020.8.26.0000, 2097177-32.2020.8.26.0000, todos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁷⁶⁸ A título ilustrativo, ver Agravo de Instrumento n. 0298586-20.2019.8.21.7000, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tratava do indeferimento do pedido de produção de prova pericial.

5.16. O saneamento e a organização pelo tribunal

A abordagem do saneamento e da organização do processo na fase recursal se dará sob a perspectiva do recurso que permite, em sua essência e em tese,⁷⁶⁹ a integral análise e revisão fática e jurídica da disputa, sem que sejam colocadas restrições específicas ao seu conhecimento. No processo civil, essas funções estão reservadas particularmente à apelação^{770 771} e, em alguma medida, ao agravo de instrumento interposto de decisão que julga parcialmente o mérito.

Isso não significa que algumas ideias aqui desenvolvidas não possam ser buriladas e transportadas para outros recursos, inclusive os recursos especial e extraordinário, e é bem possível que lhes sejam úteis em situações específicas, especialmente por conta do que estabelece o artigo 1.034 do Código de Processo Civil.⁷⁷² Mas o trabalho não tem o propósito de avançar nesse tema, que merece abordagem específica e muito mais profunda. Assim, tem-se em mente, para compreensão das posições aqui colocadas, a figura do recurso de apelação.

A primeira premissa relevante a ser salientada ao tratar do saneamento e da organização do processo na fase recursal diz respeito à devolutividade recursal (artigo 1.013 do Código de Processo Civil). A partir dos atributos dela, o tribunal conhecerá apenas da

⁷⁶⁹ Diz-se *em tese* porque até mesmo a apelação, que é um recurso que admite vasta incursão nas matérias fáticas e jurídicas debatidas ao longo do processo, pode no caso concreto ser parcial, o que se dá quando a parte, mesmo sucumbente em diversos capítulos da sentença, não recorre de todos eles. Assim, inclusive, esclarece Cândido Rangel Dinamarco: “(...). Mesmo a apelação, que é potencialmente um *recurso pleno*, deixa de operar a devolução de todos os capítulos e portanto de toda a causa, nos casos em que ela for concretamente parcial – ou porque a parte recorrente não tivesse legítimo interesse ao recurso integral ou, porque, mesmo tendo todo esse interesse, haja optado por pedir menos ao tribunal do que pediria ao juízo de origem”. (*Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98).

⁷⁷⁰ “A apelação é o recurso que apresenta maior probabilidade de atuação probatória do julgador, pois além de permitir a revisão da sentença a partir da reapreciação das matérias de fato que constituem objeto da irresignação recursal, permitirá também a reapreciação das decisões interlocutórias não agraváveis por instrumento que tenham sido questionadas na apelação, inclusive aquelas que versarem sobre matérias probatória (art. 1.009, §1º, CPC/15)”. (DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 249).

⁷⁷¹ Poder-se-ia conceber que essas mesmas características também se aplicariam ao recurso ordinário (artigos 1.027 e 1.028 do Código de Processo Civil), mas a alusão que se realizará ao longo desse item levará em consideração basicamente a apelação.

⁷⁷² “Os recursos especial e extraordinário são recursos excepcionais de fundamentação vinculada e não permitem a reapreciação de provas, porém, poderá ocorrer a necessidade de produção de provas, ordenada, inclusive de ofício, em situações excepcionais, como na hipótese de ocorrência de questões supervenientes, alegação de suspeição ou impedimento dos julgadores, ou quando uma das partes impugnar a autenticidade ou suscitar a falsidade de documento novo. Não obstante o disposto nas súmulas nº 07, STJ e 279, STF, o posicionamento restritivo consolidado pelos tribunais superiores faz alusão à situação em que se pretende o ‘reexame’ de prova, mas não veda o ‘exame’ de eventual prova, quando necessária a sua produção. (DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 250).

matéria impugnada,⁷⁷³ podendo considerar, para esse fim, todas as questões suscitadas e debatidas, ainda que não tenham sido solucionadas.⁷⁷⁴

Isso significa que, sob o aspecto da extensão recursal, o tribunal conhecerá apenas do capítulo impugnado, já que os demais foram acobertados pela coisa julgada,⁷⁷⁵ e poderá decidir todas as questões a ele relacionadas, ainda que antes não solucionadas. Salvo situações específicas, como a da remessa necessária (artigo 496 do Código de Processo Civil), é a parte quem define o que será e o que não será reapreciado via recurso, como nítida expressão do princípio dispositivo e da sua vontade.⁷⁷⁶ Portanto, não interessa o conteúdo da sentença e os possíveis equívocos incorridos pelo juiz, pois, se ela não for objeto de impugnação, não há como o tribunal avançar na sua análise, ao menos não no capítulo que deixou de ser impugnado.⁷⁷⁷

Para compreensão dessa limitação, deve-se ter em mente a noção de partição da sentença em capítulos, que para os fins desse trabalho tomará a ideia de núcleo decisório, mesmo que não seja obrigatoriamente de mérito.⁷⁷⁸ Assim, por ilustração, deduzidas

⁷⁷³ Ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 10, 45-51, com a ressalta aos capítulos dependentes.

⁷⁷⁴ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, 102-104.

⁷⁷⁵ “Nem importa por que o recurso interposto terá sido parcial – se por força de lei, por vontade do recorrente ou por ambos os motivos (...). Os capítulos inatacados reputam-se cobertos pela preclusão adequada ao caso, tendo portanto o mesmo destino que teria o ato decisório inteiro, se recurso algum houvesse sido interposto. Se o capítulo irrecorrido fizer parte de uma sentença, a preclusão incidente sobre ele será a *praeclusio máxima*, ou seja, a coisa julgada formal; se ele contiver um julgamento de mérito, seus efeitos ficarão também imunizados pela autoridade da *coisa julgada material*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105).

⁷⁷⁶ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 94-101.

⁷⁷⁷ “Em geral, não há mesmo como o tribunal enfrentar capítulo não impugnado, mas há situações que podem ser tidas como excepcionais, como a dos capítulos dependentes ou subordinados e a dos capítulos heterogêneos. No primeiro caso (capítulos dependentes), é o que acontece quando o demandante pede a condenação do demandado ao pagamento de uma determinada prestação contratual e a aplicação de um determinado índice de atualização do crédito; providos os dois pedidos, se o demandado recorre apenas do capítulo relativo ao pagamento da prestação e seu recurso for provido, não há deixar de estender ao capítulo não impugnado essa mesma conclusão. No segundo caso (capítulos heterogêneos), em acidente de veículo, o demandante formula em relação ao demandado a pretensão de pagamento de indenização por danos materiais; em defesa, o demandado alega ilegitimidade de parte e, no mérito, que não houve danos; a sentença reconhece a legitimidade e julga procedente o pedido; em sua apelação, o demandado não aborda a ilegitimidade e impugna apenas a existência dos danos; o tribunal poderá, mesmo que não tenha sido objeto do recurso, enfrentar a questão relativa à ilegitimidade, já que trata de questão que pode ser conhecida de ofício e a qualquer momento”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 108-112).

⁷⁷⁸ “A configuração dos capítulos de sentença segundo o modo-de-ser do direito brasileiro corresponde substancialmente à que fora proposta por Enrico Tullio Liebman em seu famoso ensaio. Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma *unidade elementar autônoma*, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34). Ver BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, pp. 33-44.

pretensões de reparações por danos materiais e morais, sobre elas podem emergir questões de natureza processual e de mérito (prescrição, inexistência de danos, extensão deles, culpa concorrente). Impugnado apenas o capítulo da sentença que decidiu sobre os danos morais, em hipótese alguma poderá o tribunal avançar sobre questões relativas à pretensão de reparação dos danos materiais, ainda que as pudesse, em tese, conhecer de ofício.⁷⁷⁹ Mas, em relação aos danos morais, ainda que a impugnação do capítulo fique restrita ao mérito, o tribunal poderá conhecer, mesmo que não impugnadas, das questões de natureza processual cognoscíveis de ofício (capítulo heterogêneo e efeito translativo da apelação).

Deve-se ter atenção para as questões acobertadas pela preclusão, mesmo que relacionadas, de algum modo, ao capítulo impugnado, pelo que não poderiam ser alteradas pelo tribunal. É o que pode acontecer, por exemplo, em relação à decretação da inexistência de prescrição no curso do processo e à alegação de incompetência relativa já decidida antes. Mesmo que o capítulo que as originou seja impugnado, essas questões, se não impugnadas a tempo e modo adequados, não podem ser rediscutidas.

Devolvida a matéria ao tribunal, ele poderá avaliá-la em toda a sua profundidade. Em palavras claras, da matéria que chega ao seu conhecimento, o tribunal veste-se das mesmas atribuições que antes cabiam ao juízo *a quo*, de modo que, se a questão foi impugnada, ela não só pode como deve ser objeto de análise, avaliação e julgamento.

Ao tratar do assunto sob o prisma do saneamento do processo, que cuida de temas relativos aos pressupostos processuais e às condições da ação, não parecem existir dificuldades em compreender que o tribunal pode – e deve – enfrentá-los, desde que não acobertados pela preclusão. Assim, impugnado o capítulo e identificada a ausência de pressuposto processual cognoscível de ofício ou de condição da ação, mesmo que não abordada pela parte, o tribunal deve enfrentá-los. Pouco importa se o juiz decidiu ou não a questão previamente; se o tribunal a detectar, deve considerá-la, a teor do artigo 938, §1º, do Código de Processo Civil. Se para tanto precisar de esclarecimentos ou até mesmo da produção de alguma outra prova, o tribunal deve determinar que sejam prestados os esclarecimentos ou produzida a prova, como preconizam os artigos 932, I, e 938, §3º, ambos

⁷⁷⁹ Nesse sentido, GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 170-171. Em sentido contrário, ARAÚJO, Luciano Vianna. Provimento do recurso parcial e os efeitos sobre a parte da decisão não recorrida. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 309/2020, pp. 181-197, novembro/2020.

do Código de Processo Civil. Se, por hipótese, não for possível a produção da prova no tribunal, devem ser anulados apenas os capítulos contaminados, mantidos os sadios.⁷⁸⁰

Quanto a temas relativos à organização do processo, ao contrário do que vem sendo comum, o tribunal deve ser mais participativo e cumprir as funções que o sistema lhe impõe, e isso significa evitar ao máximo que o processo retorne ao primeiro grau, de modo que deve ser adequado no tribunal e julgado.⁷⁸¹

Se o juiz optou por julgar *antecipadamente* o mérito quando deveria avançar na admissibilidade da produção da prova; se o juiz não delimitou as questões fáticas e, então, não expôs com precisão quais as provas que seriam admitidas e não as distribuiu adequadamente; se, sobretudo em casos que tratem de direitos indisponíveis, deixou-se de produzir alguma prova relevante; em todos esses casos deve o tribunal, em vez de decretar a nulidade da sentença, providenciar a organização do processo e, o tanto quanto possível, produzir a prova relevante para então julgá-lo.⁷⁸²

Essa função de organização do processo no tribunal incumbe ao relator, a teor dos artigos 932, I, do Código de Processo Civil.⁷⁸³ Aliás, esse inciso utiliza o termo *ordenar*, que remete à expressão *organizar*. Tanto essa interpretação soa a melhor que o artigo 938, §3º, do Código de Processo Civil autoriza o relator a converter o julgamento em diligência e produzir a prova, quer no próprio tribunal quer, por auxílio, em primeiro grau, com o retorno dos autos do processo ao tribunal para que se retome o julgamento.

Na prática, não se deve esperar muito do tribunal em relação a tais providências organizacionais. É incomum ele admitir a produção de provas para complementar as já produzidas. E, quando há essa admissão, o meio de prova é quase sempre o documental, o que implica alguma preterição do artigo 938, §3º, do Código de Processo Civil. Não se nega que os relatores e os tribunais não têm a estrutura necessária para que seja realizada uma organização mais acurada do processo e para que haja a produção de todos os meios de

⁷⁸⁰ “Há uma enorme tendência dos tribunais a violentar fronteiras, indo além da matéria que constitui objeto do recurso, para anular também os capítulos inatacados; repugna-lhes aceitar que uma sentença pudesse ser nula e válida ao mesmo tempo, o que sucederia se deixassem intactos os capítulos inatacados. Esse é, porém, o resultado de uma postura exageradamente lógica no trato das coisas do processo, em situações onde o raciocínio precisaria ser predominantemente prático”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113).

⁷⁸¹ Marcelo José Magalhães Bonizzi, embora indique a dificuldade de se produzir a prova no tribunal, reconhece a importância da sua atuação, conforme *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017, pp. 38; 47-48.

⁷⁸² Ver Agravo Interno Cível 1025928-16.2018.8.26.0224, pelo qual se admitiu a conversão do julgamento em diligência para produção (de ofício) da prova.

⁷⁸³ Sobre os poderes do relator no tribunal, inclusive sob a perspectiva da produção da prova, ver DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 181-263.

provas relevantes para o julgamento, como as periciais e as orais, por isso que, se a solução for a produção da prova faltante, opta-se pela nulidade da sentença para que o juiz de primeiro grau retome o curso do processo com a organização do processo que o tribunal entenda adequada e volte a julgá-lo, muitas vezes contrariando a convicção que esse mesmo juiz – pessoa física – teve sobre o caso no passado, o que revela alguma incoerência do sistema. Bastava ao tribunal converter o julgamento em diligência e determinar que apenas a prova fosse produzida em primeiro grau (artigo 938, §3º, do Código de Processo Civil).⁷⁸⁴

Ainda que para aplicar essa solução seja necessária uma interpretação um pouco mais ampla do artigo 1013, §3º, do Código de Processo Civil, isso parece ser possível. Se o tribunal, a teor dos artigos 932, I, e 938, §3º, do Código de Processo Civil, pode produzir a prova que faltava, autorizá-lo a julgar o mérito apenas em determinadas circunstâncias e quando o processo esteja em condições de imediato julgamento implica uma restrição que não se coaduna com o que prega o próprio Código de Processo Civil. Portanto, ainda que o processo não esteja em condições de imediato julgamento do mérito, se o que faltar puder ser produzido pelo tribunal, mesmo que com auxílio do juízo de primeiro grau, ele deve avançar nessa conformação do processo e julgar o mérito.

Mas, mantendo a coerência necessária, é preciso dizer que as mesmas limitações impostas ao juízo de primeiro grau devem ser observadas pelo tribunal, inclusive no que toca à extensão de seus poderes a considerar a natureza do direito material em disputa. E a mesma necessidade de diálogo com as partes que tem o juiz de primeiro grau deverá ter o tribunal, de modo que ele deve conferir às partes os instrumentos necessários para influírem no seu convencimento, com as mesmas características que tiveram ou deveriam ter tido em primeiro grau, respeitando a liberdade que lhes é assegurada. Esse é o influxo publicista que caracteriza do processo civil atual.

⁷⁸⁴ Poder-se-ia cogitar de tal solução afrontar o duplo grau de jurisdição. No entanto, ele não é absoluto e o sistema permite expressamente que ele seja superado em algumas circunstâncias, como a do artigo 1.013, §3º, do Código de Processo Civil.

6. CONCLUSÃO

Aquele que se propõe a estudar o processo o faz para tentar compreender seus institutos e fenômenos para, de algum modo, aperfeiçoá-los e bem aplicá-los. Não há como conceber isso sem ter em mente que o processo deve servir aos tomadores do serviço jurisdicional. Ao se pensar em processo, pensa-se nas pessoas que se valem de tal instrumento para resolver situações conflituosas de suas vidas. Como método de solução de disputas, o processo aí está para fazer com que a vida delas seja melhor, para que elas possam resolver seus problemas do melhor modo possível, e por isso elas sofrem e sentem tanto os impactos de um processo que encontra dificuldade de alcançar seus propósitos.

Para que o processo atinja seus desígnios, para que ele possa solucionar conflitos e assistir as pessoas, há de contar com a participação de todos os sujeitos processuais, respeitadas as características e funções de cada um deles. Assim, ainda que caiba ao juiz a direção fina do processo e a tomada de decisões sobre as questões que surgem, deve fazer isso informando as partes sobre os temas que animam a relação processual, conferindo-lhes a oportunidade de influírem na formação do seu convencimento, deixando-se influenciar sem perder a imparcialidade e respeitando o quanto mais possível a liberdade que elas possam desempenhar e lhes é assegurada.

O respeito às liberdades das partes não implica rompimento ou afronta à concepção publicista de processo, mas sim a compreensão de como a natureza pública dele deve emergir e pode caracterizá-lo. O processo de contornos públicos não se coaduna com o processo autoritário, por isso deve-se ter muita cautela com movimentos que perpassam pela restrição ao poder das partes de contribuírem com o desenvolvimento e os rumos dele. O processo deixou de ser “coisa das partes”, mas não passou a ser apenas “coisa do Estado”.

Assim como a natureza pública do processo não legitima a prática de autoritarismos processuais, o ativismo judicial também não dá guarida a restrições da participação e da vontade das partes. O fato de o juiz não ser mais um mero espectador não significa que ele deva avançar em assuntos e definições que caibam às partes ou que elas possam regrar diversamente. O que dele se espera é que conduza o processo com eficiência em direção à sentença de mérito e assim o faça informando-as e deixando-as cientes da conformação integral do processo e das consequências que as suas escolhas implicarão.

E, para que isso aconteça, o juiz deve ser zeloso e estar muito atento ao procedimento estabelecido pelo legislador e às garantias processuais das partes, signos da segurança e do devido processo legal. Processo é garantia, que se resguarda com a

participação do Estado. Por isso é tão importante que o juiz saneie e organize adequadamente o processo e assim o faça atento às fases processuais e com a participação das partes.

Dito isso, se por um lado o juiz deve mirar a sentença de mérito e concentrar esforços para que irregularidades sejam sanadas, por outro deve eliminar o quanto antes processos que se mostrarem inviáveis. A manutenção de processos conspurcados implicará despesas e consumo de energia desnecessários das partes e do Estado e se, por hipótese, chegar-se a uma decisão de mérito, muito provavelmente ela será imprópria e poderá ser desconstituída. É dessa percepção das coisas que decorre a ideia de que o juiz, desde o primeiro contato com o processo, deve ser muito criterioso e atento a irregularidades, evitando o quanto mais possível que o demandado dispenda recursos e sofra com a litispêndia por conta de um processo fadado ao insucesso.

Mas não basta sanear corretamente o processo; o juiz e as partes devem também organizá-lo do melhor modo possível. Se a atenção por sanear o processo deve ser uma constante, é também possível dizer que desde o início o juiz e as partes devem se ocupar para deixá-lo organizado. Do lado das partes, devem se esmerar em manifestações concisas e objetivas, evitando a prática de atos protelatórios. Do lado do juiz, além de estimular a participação das partes e fielmente considerar suas alegações, deve ser claro quanto aos contornos que configuram a disputa, às provas que ainda entende relevantes e a quem a não produção delas poderia vir a prejudicar. Se a prova em si é um direito das partes, não é menos verdade que, em última hipótese, será o juiz quem terá de estar convencido da comprovação de determinada alegação, por isso a importância de ele ser claro e indubitável quanto os meios de prova que julga relevantes, pois só assim as partes de fato poderão influenciar na formação do seu convencimento.

Para que bem organize o processo, o juiz não precisa ter amplos poderes de adaptação ou adequação do procedimento. A alteração do procedimento por obra exclusiva do juiz deve ser mesmo excepcional, como o é no Código de Processo Civil de 2015, que previu situações muito particulares para que isso possa acontecer. E ainda assim essas alterações devem ser compartilhadas com as partes que, em última hipótese, poderiam tentar contê-las ou ao menos ajustá-las.

A organização do processo ganha destaque quando as provas apresentadas pelas partes na petição inicial e na resposta não forem suficientes para solução da disputa, ou seja, quando for necessária dilação probatória. Mas mesmo que se possa chegar à conclusão de que as provas trazidas inicialmente pelas partes sejam suficientes para uma decisão de mérito, é aconselhável que isso seja, antes, compartilhado com elas. Mesmo que o juiz

entenda que o caso imponha o julgamento *antecipado* do mérito, principalmente quando essa opção possa vir a ser questionada, ele deve delimitar as questões fáticas e jurídicas e declarar que, em sua concepção, as provas já produzidas lhe bastam, deixando às partes a incumbência de argumentarem sobre a necessidade de algum ajuste ou da produção de outro meio de prova, se com o julgamento *antecipado* não concordarem. Ao se partir da premissa de que o tribunal deva analisar profundamente os capítulos impugnados e que poderia entender que haveria outros meios de prova relevantes, o compartilhamento da decisão pelo julgamento *antecipado* do mérito se revela o melhor caminho para evitar ou mitigar nulidades.

Quando for o caso de se avançar à fase instrutória, fica ainda mais necessária a demarcação da disputa a teor do artigo 357 do Código de Processo Civil, com delimitação das questões de fato e de direito, com a especificação das provas que se entende relevantes e com a deliberação sobre a distribuição dos ônus a elas relacionados. Nessa ocasião, depois de solucionar as questões processuais ainda pendentes, o juiz deve relacionar os fundamentos fáticos e jurídicos, aludir sobre a matéria de defesa, indicar as questões prejudiciais que, ao final, possam ser alcançadas pela coisa julgada e tratar das qualificações jurídicas dos fatos, núcleo do *iura novit curia*, e então passar aos temas relativos à atividade probatória.

Não parece adequado que o juiz meramente impute às partes o ônus de especificarem as provas sem que tais providências sejam tomadas. O juiz até pode, eventualmente, determinar que as partes especifiquem as provas antes disso, mas não seria adequado que se furtasse, mesmo que depois, de delimitar as questões de fato e de direito e de deixar de indicar eventual meio de prova que julgue relevante e que não tenha sido por elas sequer cogitado, voltando a convocá-las para que tratem do assunto.

O juiz deveria, mesmo que não houvesse alteração da distribuição do ônus da prova, tratar a respeito do assunto por ocasião da organização do processo, evitando dúvidas que pudessem surgir ao final sobre quem deveria ter produzido determinada prova. E quando vislumbrar a hipótese de alterar a distribuição do ônus da prova, além de ser bastante criterioso e prudente, não deveria o juiz assim agir antes de instalar o contraditório.

A organização do processo pode ser realizada em gabinete ou em audiência, e não parece que a organização em audiência seja a única capaz de proporcionar às partes a possibilidade de participação. A audiência até pode representar o clímax da participação das partes no processo, mas a organização dele em gabinete pode ser realizada com excelência e prover o necessário para caracterizar uma boa organização processual, desde que o juiz, além de zeloso, confira às partes a possibilidade de influírem no seu convencimento e leve

em consideração suas liberdades, valendo ressaltar que a melhor noção de cooperação seria algo como o princípio do contraditório em movimento, considerada a sua concretude fática mediante a participação efetiva de todos os sujeitos processuais.

A importância dessa etapa processual é, como tratado ao longo da dissertação, indiscutível, ainda mais se levar-se em conta que, em determinadas situações, o juiz pode (deve) enfrentar questões que não foram colocadas pelas partes e que por ele podem (devem) ser conhecidas de ofício, o que corrobora a importância de ser expresso em relação a elas e instalar pleno e efetivo contraditório. Esse, aliás, pode vir a ser o momento adequado até mesmo para que se defina sobre a possibilidade de julgamento parcial do mérito, de modo que a disputa seja ao menos em parte solucionada logo.

Por sua vez, as partes devem assumir as responsabilidades que advêm do direito que elas têm de participar do processo e do exercício de suas liberdades, contribuindo para que ele se desenvolva de modo hígido e organizado. Por isso é tão expressivo o movimento que delas emerge ao se interessarem pela delimitação das questões de fato e de direito. Se não for possível que elas delimitem consensualmente essas questões, que fiquem alertas para que o juiz as delimite, para adequá-las se necessário for ou para que as observem e possam melhor defender seus interesses e obterem sucesso ao final. As partes são as maiores interessadas em comprovar suas alegações, então devem estar atentas ao curso do processo e às opções que fazem. As diligências necessárias para que se tenha um processo adequado não devem recair apenas sobre o juiz; as partes devem ser ainda mais interessadas nessa adequação processual.

O juiz, o tanto quanto possível, deve respeitar a liberdade das partes, seja nos contornos gerais da disputa com a apresentação das alegações fáticas e formulação dos pedidos, seja no estabelecimento de negócios processuais, seja no requerimento de produção das provas. Ainda que se reconheça a excepcionalidade da realização de negócios processuais atípicos, o juiz deve deixar de lado resistências orgânicas e fazer um esforço para aceitá-los. Quanto à produção das provas, quando em disputa direitos disponíveis, depois de delimitadas as questões de fato e de direito, especificadas as provas e distribuído o ônus probatório, o juiz deve respeitar a vontade das partes, que estarão cientes das consequências e, responsáveis que são pelos seus atos, poderão optar pela produção delas ou não, assumindo o risco pelo julgamento com base na regra do ônus da prova.

Por isso se diz que a questão relativa aos poderes do juiz na determinação da produção de ofício da prova tende a ser periférica, porquanto mais relevante que ela é se ter a compreensão adequada da disputa, permitindo que as partes tenham a real dimensão do

entendimento do caso pelo juiz e das provas que devam ser produzidas, pelo que não poderão se dizer surpreendidas, de tal modo que as escolhas que fizerem serão resultado de uma segura e firme convicção delas sobre a realidade das coisas. Bem organizado o processo, a parte procurará desincumbir-se do seu ônus probatório. E se a parte não for zelosa, quando em disputa interesses em relação aos quais o sistema confere uma importância relativa, a ponto de qualificá-los como disponíveis, não parece fazer sentido que o Estado-juiz supra essa falta de zelo.

Outra crítica que se faz aos poderes do juiz na determinação da produção da prova de ofício está em como eles são desempenhados, porquanto não se pode admitir que o juiz os exerça discricionariamente. Para que haja coerência, quem entende que o juiz tem amplos poderes instrutórios não deveria se conformar com a sua utilização seletiva, ainda que estejam em discussão direitos disponíveis; o juiz sempre deveria exercê-los, então. Aceitar que o juiz exerça esses seus poderes sem critério e quando entender adequado é aceitar, ainda que obliquamente, que ele seja parcial. Portanto, se entender-se que o juiz tem mesmo amplos poderes na determinação da produção da prova de ofício, sem que ele se torne um “produtor ilimitado de provas”, não poderia deixar de exercê-los sempre que se revelasse possível a produção de algum meio de prova, e o julgamento com base na regra do ônus da prova passaria a ser ainda mais excepcional.

Seja como for, tudo o que foi dito só faz sentido ao partir-se da premissa de que existiu compartilhamento de informações entre os sujeitos processuais, pois a espinha dorsal que norteia essa concepção de processo está fincada na ausência de surpresas e no pleno conhecimento de toda a realidade e de todas as questões que interessam à solução do conflito, daí o tom pedagógico do pedido de ajuste e esclarecimento previsto no artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil.

Não pode deixar de ser dito, agora, que o regime de estabilidade das decisões que enfrentam questões relativas ao saneamento e à organização do processo tem suas peculiaridades. A estabilidade das decisões que tratam de questões relativas ao saneamento (questões processuais, pressupostos processuais e condições da ação) é bastante mitigada e aplica-se àquelas que dependam de provocação da parte para ser conhecidas. Essa parece mesmo ser a solução que melhor equilíbrio confere ao sistema. Também não é possível dizer que as decisões que cuidam de questões relativas à organização fiquem fortemente suscetíveis à estabilidade, à exceção de questões específicas relacionadas ao direito material, à produção das provas quando em disputa direitos disponíveis e aos negócios processuais,

lembrando que a noção *purista* da delimitação das questões de fato e de direito a caracteriza como uma espécie de declaração do que foi debatido até então no processo (*ato de verdade*).

Dada a importância das decisões sobre matérias que digam respeito ao saneamento e à organização do processo, os tribunais deveriam ser mais tolerantes na admissibilidade de agravos de instrumento, observada a *tese* estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça e o prejuízo ao processo que a decisão recorrida poderá gerar.

Por fim, mas não menos importante, é preciso que os tribunais locais, assim entendidos os estaduais e regionais federais, se conscientizem das funções que lhes cabem e saibam que não só podem como devem avaliar em sua integralidade os capítulos de sentença que cheguem ao seu conhecimento mediante impugnação, e por isso são responsáveis, se preciso for, por sanearem e organizarem o processo, de modo que não precisem, a qualquer mínima necessidade que se coloque, anular a sentença e decretar o retorno da discussão para o primeiro grau para que seja produzida determinada prova. Eles mesmos podem resolver o problema e produzir a prova, ainda que com auxílio do primeiro grau, para que, então, o julgamento do recurso seja retomado.

Não é preciso muito para que se tenha um processo adequado sob os aspectos relativos ao saneamento e à organização, basta que os sujeitos processuais, em especial o juiz, estejam imbuídos desse propósito, tenham ciência dos contornos da disputa e cumpram as funções que lhes cabem. Se o juiz deve proporcionar às partes a oportunidade de influírem na formação do seu convencimento e respeitar, o quanto possível, a liberdade que elas podem exercer, as partes devem estar atentas às suas responsabilidades e ser cômicas das consequências que as suas opções podem implicar. Com isso, ter-se-á um processo público e responsável.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ALLORIO, Enrico. Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale. In: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile. 30 settembre – 3 ottobre 1950*. Padova: CEDAM, 1953.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 219-239, abril/2020.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução do autor; orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Provimento do recurso parcial e os efeitos sobre a parte da decisão não recorrida. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 309/2020, pp. 181-197, novembro/2020.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 7.10.2020.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordenador Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVÊDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo sobre o Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 78, pp. 15-23, maio/1939.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e procedimento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 313, pp. 301-307, janeiro-fevereiro-março/1991.

BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 8-11, pp. 148-158, out 1968/1971. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/400/372>, Acesso em 27.5.2019.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. edição, revista e atualizada. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do direito processual civil. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 33/1984, pp. 182-191, janeiro-março/1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre Pressupostos Processuais. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, vol. 58/2007, pp. 129-173, janeiro-março/2007.

BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil -Uma Tentativa de Sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 214/2012, pp. 79-119, dezembro/2012.

BAUR, Fritz. A importância da dicção “iura novit curia”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 3/1976, pp. 169-177, julho-setembro/1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

BENAVENTE, Omar Sumaria. Posibilidad y utilidade de la practica de la prueba de oficio. *Revista Ibero-americana de Derecho Procesal*. São Paulo: RT, vol. 9/2019, pp. 285-298, janeiro-junho/2019.

BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 5. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BIDART, Adolfo Gelsi. Del principio de congruencia. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 32/1983, pp. 293-307, outubro-dezembro/1983.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 210-230, dezembro/2010.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: RT, 2017.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Medidas Cautelares no direito de família. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, vol. 3, pp. 187-207.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 131/2006, pp. 250-257, janeiro/2016.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Prova: limitações ao poder de indeferir-la. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, vol. 3, pp. 151-163.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio... [et al.]. O colapso das condições da ação?: Um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 152/2007, pp. 11-35, outubro/2007.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio... [et al.]. Questões de ordem pública: revisíveis ad *infinitum*? In: *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Coordenação Araken de Assis... [et al.]. São Paulo: RT, 2007.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador. *Estudos de Direito, I*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito, I*. São Paulo: Saraiva, 1972.

CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 933/2013, pp. 131-144, julho/2013.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 252/2016, pp. 147-163, fevereiro/2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Negócios processuais sob a perspectiva do juiz. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePres, 2019, v. I.

CALAMANDREI, Piero. Il processo. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. IV.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Opere Giuridiche*. Roma: Roma TrePress, 2019, v. V.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. V – parte I, 1950.

CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 102/2001, pp. 55-67, abril-junho/2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 153/2007, pp. 33-46, novembro/2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 197/2011, pp. 261-269, julho/2011.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, vol. 64/2015, pp. 219-259, outubro-dezembro/2015.

CAPONI, Remo. In contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile: brevi osservazioni. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

CAPONI, Remo. Regidità e flessibilità del processo civile. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 318, pp. 119-128, abril-maio-junho/1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 74/1994, pp. 82-97, abril-junho/1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPONI, Bruno. Sulla ragionevole brevità degli atti processuali civili. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, vol. 68, n. 3, 2014, pp. 1075-1091.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo (diritto processuale civile). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 219/2013, pp. 119-152, maio/2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale da 2. edição italiana. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3.

CHIZZINI, Augusto. Effettività del contraddittorio nel processo civile. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. *Julgamentos parciais no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. A evolução do agravo de instrumento: justificativa e consequências da atual sistemática. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288/2019, pp. 235-250, fevereiro/2019.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA E SILVA, Paula. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242924/000929312.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, Acesso em 2.3.2020.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Protagonismo judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional*. São Paulo: Leud, 2017.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. edição (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CREMASCO, Suzana Santi; MARZINETTI, Miguel. Juízo positivo de admissibilidade da demanda, primazia do julgamento de mérito e eficácia preclusão da decisão de saneamento e organização do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Datado de 18 julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em 31.8.2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)*, coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contra o Processo Autoritário*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, São Paulo, vol. 242/2015, pp. 49-67, abril/2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Protagonismo do juiz e das partes no saneamento e na organização do processo. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal*. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 198/2011, pp. 227-236, agosto/2011.

DELLORE, Luiz. Breve análise acerca dos limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. edição. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. edição. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. edição. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 198/2011, pp. 213-226, agosto/2011.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 197/2011, pp. 256-260, julho de 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. 13. Edição. Salvador: Jus Podivm, 2018, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. edição, revista e ampliada com a nova disciplina do Agravo. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 34/1984, pp. 20-46, abril-junho/1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, T. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 58/1990, pp. 7-32, abril-junho/1990.

FASCHING, Walter Hans. *Liberalización y socialización del proceso civil*. Tradução Raúl Necedal M. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 13-14. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/891/1151>. Acesso em 3.10.2020.

FELITTE, Beatriz Valente. A adaptabilidade procedimental no CPC 2015: a restrição ao amplo poder judicial projetado e o enaltecimento da participação das partes. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. O princípio do contraditório, o direito de não ser surpreendido e seus reflexos. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 263/2017, pp. 193-203, janeiro/2017.

FERREIRA, William Santos; LECCIOLLI, Willian. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (case management). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 305/2020, pp. 111-137, julho/2020.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 267/2017, pp. 43-73, maio/2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca ... [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do processo e do procedimento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/alfaiataria-no-novo-cpc-a-flexibilizacao-do-processo-e-do-procedimento-na-lei-13-1052015-0911201>, Acesso em 8.11.2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, art. 139.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação nos processos civis brasileiro e italiano. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 287/2019, pp. 509-530, janeiro/2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O saneamento compartilhado no novo CPC*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>. Acesso em 12.7.2020.

GEVARTOSKY, Hannah. A realização de audiência de medição/conciliação *initio litis* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 260/2016, pp. 415-437, outubro/2016.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNINI, Leandro J. *Principio de colaboración y carga dinâmica de la prueba*. Disponível em https://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboración_y_carga_dinámica_de_la_prueba_una_distinción_necesaria_. Acesso em 16.11.2018.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GOLDSCHMIDT, Roberto. Le funzioni del giudice nel processo civile nel momento storico attuale. *Rivista di Scienze Giuridiche*. Milano: Litteraria Riservata, Anno VII, Fasc. II, pp. 202-217, giugno/1956.

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

GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx. Acesso em 15.2.2020.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 164/2008, pp. 29-56, outubro/2008.

GRECO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. Disponível em https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA. Acesso em 10.1.2020.

GUIMARÃES, Luiz Machado. A reforma processual e a missão do advogado. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 80, pp. 27-34, outubro /1939.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 298/2019, pp. 77-104, dezembro/2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 353, pp. 15-52, janeiro-fevereiro/2001.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 251/2016, pp. 75-111, janeiro/2016.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/b9yc1y.pdf>. Acesso em 1º.9.2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à

edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 4. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco da 4. edição italiana do *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milão: Giuffrè, 1980. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 767/1999, pp. 737-753, setembro/1999.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Iura Novit Curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 251/2016, pp. 127-158, janeiro/2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores CRUZ E TUCCI, José Rogério... [et al.]. Associação dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Disponível em https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em 14.11.2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenadores Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, Organizadora Maria Angélica Echer Ferreira Feijó. São Paulo: Atlas, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Improcedência liminar do pedido. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 973/2016, pp. 247-270, novembro/2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores CRUZ E TUCCI, José Rogério... [et al.]. Associação dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Disponível em https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em 14.11.2020.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288/2019, pp. 127-153, fevereiro/2019.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil 5*. Edição. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 1962, vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II.

MARTINS, Pedro Batista. Sobre o Projeto de Codificação do Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 74, pp. 168-170, maio/1938.

MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. edição, atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEJIAS, Lucas Britto. Relação entre busca pela verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição do ônus probatório. In: *Garantismo processual: garantias*

constitucionais aplicadas ao processo. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 170/2009, pp. 215-250, julho/2006.

MICHELE, Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 3/1976, pp. 161-168, julho-setembro/1976.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, vol. 2/2015, pp. 83-97, julho-dezembro/2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 358, pp. 49-58, novembro-dezembro/2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. Coordenação Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial*. São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 137/2006, pp. 7-31, julho/2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 323, pp. 55-59, julho-agosto-setembro/1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa de Processo*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 3.11.2018.

OLIVEIRA, Lucas Soares. Contraditório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 17-38, abril/2020.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 302/2020, pp. 41-67, agosto/2018.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 217/2013, pp. 205-224, março/2013.

PICÓ Y JUNOY, Joan. Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: um dibattito mal impostato. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 197/2011, pp. 193-208, julho/2011.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo II (artigos 46 a 153).

PUOLI, José Carlos Baptista. *Negócio jurídico processual: Use com moderação*, texto inédito e no prelo, setembro/2020.

PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: Uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018.

PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Organizadores Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.

PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In: *Direito Processual Constitucional*. Coordenadores José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonicio e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: RT, 2019.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 257/2016, pp. 125-150, julho/2016.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 188/2010, pp. 69-100, outubro/2010.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 252/2016, pp. 79-110, fevereiro/2016.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 190/2010, pp. 315-337, dezembro/2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual e o Anteprojeto do Código de Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 78, pp. 200-208, maio/1939.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROCHA, Felipe Boring, FONSECA DE MOURA, Bárbara. Qual é o propósito do pedido de esclarecimentos ou ajustes do pronunciamento saneador, previsto no artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 305/2020, pp. 219-247, julho/2020.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SALLES, Carlos Alberto. Calendário processual: perspectivas para um processo temporário. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 1977, volume 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. edição atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2010, volume 2.

SANTOS, Silas Silva. Improcedência liminar no novo Código de Processo Civil: contraditório prévio para o autor?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 249/2015, pp. 187-199, novembro/2015.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Luiz Autuori da 7. edição italiana. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. I.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa: vol. V: arts. 236 a 293*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de inabilidades no Código Civil e no Direito Processual Civil. In: *Impactos*

Processuais do Direito Civil. Coordenador Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de Saneamento e Organização do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 255/2016, pp. 435-460, maio/2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 146/2007, pp. 49-68, abril/2007.

SILVA, Flávio Pâncaro da. Prólogo da 2ª edição. In: Lacerda, Galeno. *Despacho saneador*. 3. edição. Porto Alegre: Fabris, 1990.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da Coisa Julgada: Objeto do Processo e Questões Prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOSA, Ángel Landoni. Constitución, proceso e ideología. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso do processo). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 296, pp. 161-168, outubro-novembro-dezembro/1986.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 213/2012, pp. 13-34, novembro/2012.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, outubro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/infomatico>. Acesso em 23.10.2020.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 76-111, abril-junho/1997.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 151/2007, pp. 229-240, setembro/2007.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 28/1982, pp. 55-95, outubro-dezembro/1982.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Helder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 181/2010, pp. 59-90, março/2010.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 86/1997, pp. 174-184, abril-junho/1997.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 63/1991, pp. 64-87, julho-setembro/1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 325, pp. 109-116, janeiro-fevereiro-março/1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Divagações em torno do tema “direito e processo”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 332, pp. 45-61, outubro-novembro-dezembro/1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 244/2015, pp. 195-204, junho/2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Saneamento e organização do processo. Gestão compartilhada do processo justo. Recurso. Não ocorrência de preclusão. In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2018.

TIBURCIO, Antonio Augusto. *Interpretação das decisões judiciais: particularidades, critérios e instrumentos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015.

UZEDA, Carolina. Pedido de Ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 289/2019, pp. 167-188, março/2019.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Derrotabilidade da regra de cabimento do agravo de instrumento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 308/2020, pp. 153-194, outubro/2020.

VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Coisa julgada e questões prejudiciais. In: *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.

VIGORITI, Vincenzo. Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 212/2012, pp. 353-359, outubro/2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... [et al.]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: RT, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Flávio Luiz Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira, Viviane Siqueira Rodrigues. 2. edição revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Organizadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. Oralidade e contraditório efetivo: dilemas e perspectivas da técnica de sustentação oral perante os tribunais. In: *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Organizadores Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo... [et al.]. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. edição, revista e atualizada. São Paulo: DPJ, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Processo (in) civil e (in)segurança jurídica*. Tese (Doutorado em Processo Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ZANETI JR., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*.

Coordenação Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora. In *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Organizadores Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.