A DIMENSÃO PRECLUSIVA DA DECISÃO SANEADORA

Preclusion dimension of the curative decision

Juliana de Oliveira Costa Gomes[1]

RESUMO

O trabalho objetiva analisar a eficácia preclusiva da decisão saneadora, abordando seu conceito, natureza jurídica e pontos ocasionalmente examinados, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Estabelece premissas jurídicas e doutrinárias, sob as quais o assunto é debatido, bem como as correntes ideológicas por vezes controvertidas a respeito do tema. Apresenta decisões judiciais e, ao final, conclui que a decisão saneadora se apresenta como um dos provimentos mais importantes da demanda, cuja dimensão preclusiva pode, por vezes, ditar a própria solução da lide.

Palavras-chave: Decisão Saneadora; Despacho Saneador; Preclusão

ABSTRACT

This work aims at analysing the preclusion effectiveness of the curative decision, approaching its concept, juridical nature and points occasionally examined, under the doctrinary and jurisprudential points of view. It establishes juridical and doctrinary premises, under which the subject is discussed, as well as the ideological currents. It presents judicial decisions and it concludes that the curative decision comes as one of the most important provisions of the demand, whose preclusion dimension can sometimes dictates the solution of the cause.

Keywords: Curative Decision; Curative Expedition; Preclusion

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é elaborar um panorama a respeito das consequências advindas da decisão saneadora[2], visando, com

---

[1] Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP – Brasil. *E-mail*: jogomes@sp.gov.br. Texto recebido em 11.08.2010 e aprovado em 06.10.2010.

[2] Para o presente trabalho, pouco importa se a decisão saneadora foi prolatada oralmente por ocasião da *audiência preliminar* ou por escrito, nas hipóteses em que não tenha ocorrido, vez que não haverá diferença significativa no tratamento entre ambas as formas de provimento.

isso, a concluir em que medida poderá ser concebida a preclusão sobre o provimento judicial invocado.

2 DAS FASES PROCESSUAIS

O processo civil moderno é composto basicamente de cinco fases: a postulatória, na qual se origina a lide, a saneadora, a decisória, a recursal e, com a reforma advinda da Lei n. 11.382/2005, a executória.[3-4]

2.1 Da fase saneadora

Parte da doutrina diverge quanto à persistência da fase saneadora no atual Código de Processo Civil.

A crítica que se faz à locução é que o juiz estará sempre inspecionando o processo no seu decorrer – atitude que não cabe somente a este momento processual. *Ernani Fidélis dos Santos* coloca que:

> "Não há, pois, no procedimento ordinário fase distinta e exclusiva de saneamento. É possível que, após as providências preliminares, ou sem elas, quando desnecessárias, o juiz, desde já, julgue extinto o processo por questões processuais ou referentes à ação, e ainda por autocomposição das partes (art. 329)."[5]

---

[3] "A nova redação do parágrafo 1° do artigo 162 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei federal n. 11.232/2005, foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O motivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, como antes se dizia, tendo em vista que toda a sentença de prestação, agora, dá ensejo à execução imediata, sem a necessidade de outro processo para isso. É por isso que também foi alterado artigo 463 do Código de Processo Civil, para retirar a menção que se fazia ao 'encerramento da atividade jurisdicional' com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva." (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 460).

[4] *Anselmo Pietro Alvarez* e *Nelson Finotti Silva* afirmam que "no processo de conhecimento comum ordinário, o autor em regra, pretende que Estado-juiz lhe confira jurisdição de resolução e coerção. Para tanto, o processo de conhecimento que tramita em rito comum ordinário, é dividido em duas etapas: cognição e cumprimento." (*Manual de processo civil e prática forense*: teoria geral, processo de conhecimento e recursos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. v. 1, p. 67).

[5] SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 486.

Na fase de saneamento, além do exame dos requisitos de admissibilidade da demanda, serão fixados os pontos controvertidos, resolvida eventual preliminar pendente e deferida a produção das provas adequadas à solução do feito. É de se observar que há, inclusive, corrente processual no sentido de que esse seria o momento de inversão do ônus da prova[6], possibilitando, assim, a efetivação do princípio da isonomia[7] previsto no artigo 5° da Constituição Federal.

Nesse momento processual, poderemos vislumbrar a determinação das *providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo*.

Antes de realizar o *julgamento conforme o estado do processo*, o julgador deve proceder a uma série de determinações pertinentes[8], chamadas *providências preliminares*.[9]

---

[6] *Luiz Guilherme Marinoni* e *Sergio Cruz Arenhat* prelecionam que "importa, ainda, definir de quem é o ônus da prova, ou até mesmo resolver se não é casso de inverter tal ônus. É nesse momento que essa questão deve ser decidida, pois a parte que tem o ônus da prova deve saber que tem o ônus de produzir determinada prova antes de exaurida sua oportunidade para tanto" (*Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271).

[7] *André Antônio da Silveira Alcântara*, ao tratar do momento em que o juiz decide acerca da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, afirma que "no tocante ao momento processual em que se procede a essa advertência acerca da provável inversão quando do julgamento final, nada obstante o sustentado por alguns doutrinadores, acredita-se que o mais adequado seria no saneamento, quando da decisão em audiência, antecedendo à fase instrutória. Com isso, permitiria ao fornecedor adentrar na fase da produção de provas cônscio do que deveria carrear aos autos, haja vista o risco de, ao final, com a inversão, serem presumidas verdadeiras as asserções iniciais. Assim, sustenta Cecília Matos, ao discorrer sobre o assunto, preocupada com a igualdade das partes e paridade das armas". Contudo, após as devidas ponderações a respeito de eventual conduta da parte privilegiada, o autor coloca que: "por tudo isso, mais consentânea seria a simples advertência da possibilidade da inversão durante o diálogo em audiência preliminar, o que se realizará, sendo necessário, no momento do julgamento" (*Saneamento do processo*: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil. São Paulo: LEUD, 2004. p. 80-81).

[8] *Arruda Alvim* coloca que: "Em realidade, a função própria e precipuamente saneadora encontra-se no artigo 327, 2ª frase, *verbis*: 'Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 dias'." (*Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 356).

[9] Conforme nos ensina *Fredie Didier Junior*, "os primeiros atos da fase de conhecimento podem coincidir, portanto, com a prática dos últimos atos da fase postulatória". (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 440).

Assim, possibilitará ao autor a apresentação de réplica, no caso da defesa indireta ventilada pelo réu, ou permitirá a manifestação quanto ao alegado em sede de defesa direta, tendo ele juntado documentos aos autos, em atenção ao princípio do contraditório[10]. No caso de alegação de relação jurídica prejudicial, ainda o magistrado pode abrir para autor o prazo de 10 dias para a propositura de ação declaratória incidental.

Por sua vez, o *julgamento conforme o estado do processo* pode consistir no *julgamento antecipado da lide*[11], designação da *audiência preliminar* ou *extinção do processo sem a resolução do mérito*.

O *julgamento antecipado da lide* é realizado com base no artigo 330 do Código de Processo Civil[12], quando o magistrado pode julgar antecipadamente o mérito, nas hipóteses permitidas pelo texto legal, ou seja, quando despicienda a produção de novas provas, além das que já constam nos autos.

Luiz Guilherme Marinoni e *Sergio Cruz Arenhart* prelecionam que:

> "O julgamento antecipado do mérito com base no artigo 330, I do Código de Processo Civil, quando se discute apenas matéria de direito, ou as consequências jurídicas da afirmação de um fato, ou ainda quando a afirmação fática está demonstrada através de prova documental, ou não é controvertida, pertinente ou relevante."[13]

---

[10] Quanto ao mencionado princípio, convém anotar que: "Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O principio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder." (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 58).

[11] *Luiz Guilherme Marinoni* e *Sergio Cruz Arenhat* entendem que "é importante lembrar que o Código de Processo Civil, ao estabelecer o julgamento antecipado do mérito, não prevê o julgamento antecipado de parte do mérito". Mais adiante, no entanto, prosseguem afirmando que "tal princípio, entretanto, atenta contra outro princípio, igualmente formulado por Chiovenda e muito mais importante. Trata-se da ideia de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão" (*Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 258).

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

[13] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 261.

Nesse momento, também poderá ser reconhecida a prescrição ou a decadência.

O julgador poderá, face a determinadas circunstâncias presentes, extinguir o processo sem a resolução do mérito da questão levantada, pela ausência dos requisitos de admissibilidade da demanda.[14]

Por sua vez, a *audiência preliminar*, antiga *audiência de conciliação obrigatória*, é realizada quando não são verificadas as hipóteses de *extinção da demanda sem a resolução do mérito*, ou do *julgamento antecipado da lide*, visando, sobretudo, à composição entre as partes.[15]

Quanto à obrigatoriedade da designação da *audiência preliminar*, somos pelo posicionamento no sentido de que sua ausência somente acarretará a invalidade quando causar prejuízo para as partes, já que se trata de vício sanável a qualquer tempo, no decorrer da relação processual.[16-17]

---

[14] Tal situação ocorre quando a demanda for inadmissível, ou seja, decorrente da invalidade, morte da parte no caso de direito intransmissível, revogação da vontade de uma ou ambas as partes ou confusão de partes (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 464).

[15] *Fredie Didier Júnior* afirma que existe a possibilidade de se instaurar a audiência preliminar mesmo em caso de julgamento antecipado da lide: "Cabe, inicialmente, uma observação: Nada impede, não obstante o texto legal (art. 331 do CPC), que o magistrado, mesmo sendo caso de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), marque a audiência preliminar, com o objetivo tentar conciliar as partes. Isso com base no inciso IV do artigo 125 do Código de Processo Civil, que atribui ao magistrado o dever de tentar conciliar apartes a qualquer tempo. Não obtida a conciliação, o magistrado julgaria demanda imediatamente." (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v.1, p. 445).

[16] Nesse sentido: "Audiência de conciliação. Artigo 331.1. Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do Código de Processo Civil visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento." (STJ – REsp n. 242.322/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU*, de 15.5.2000).

[17] "Observamos que, no que atine às pessoas jurídicas de direito público, a conciliação dependerá de lei específica." (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 445).

O magistrado também poderá extinguir o processo pela autocomposição das partes, homologando o acordo, que ficará sujeito aos dispositivos que protegem à coisa julgada.[18-19]

Por fim, constatada a inexistência das situações anteriores, não sendo obtida a conciliação nem ocorrendo a extinção do processo sem a resolução do mérito e tampouco o julgamento antecipado da lide ou o reconhecimento da prescrição ou decadência, o magistrado solucionará as questões pendentes, prosseguindo no caminho para a solução do conflito submetido à apreciação estatal. Esses quesitos são analisados, via de regra, na própria audiência preliminar citada.

Contudo, "se a causa versa sobre direito que não admite transação, não sendo o caso de designar-se 'audiência preliminar', é lógico que as questões pendentes devem ser solucionadas por escrito".[20]

Dessa forma, o magistrado, ao declarar a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, proferirá a decisão saneadora, que terá função eminentemente positiva.[21]

3 DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS

De acordo com o artigo 162 do Código de Processo Civil[22], os pronunciamentos judiciais podem consistir em despachos, sentenças e decisões interlocutórias.[23]

---

[18] "Sentença não é condição de eficácia do negócio jurídico pelo qual o litígio se resolve. O negócio jurídico produz efeitos entre as partes independentemente da homologação, cuja eficácia se restringe a determinar a extinção do processo e dar azo à formação da coisa julgada material." (DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v.1, p. 480).

[19] Apenas para constar: "A conciliação pode extrapolar os limites do objeto do processo e regrar outras situações que estão em outros processos ou que não estão submetidas ao juízo de alguém". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 270.

[20] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 270.

[21] Segundo nos ensina *Arruda Alvim*, "no sistema atual, o saneamento (a que se refere o art. 331, §§ 2° e 3°, inserido pela Lei n. 10.444/2002) tem função positiva" (*Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento, v. 2, p. 355).

[22] "Artigo 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos."

[23] "O Código de Processo Civil brasileiro vigente alude a três espécies de pronunciamentos judiciais: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Em que pese a letra do artigo

Vicente Greco Filho define os despachos como "aqueles sem conteúdo decisório ou de conteúdo decisório mínimo e que, por essa razão, não têm o condão de causar a sucumbência. São os despachos ordinatórios do processo e que não causam gravame de ordem material ou processual".[24]

Por estarem despidos de conteúdo decisório, os meros despachos não trazem qualquer prejuízo às partes, sendo, portanto, irrecorríveis.[25]

As decisões interlocutórias são provimentos judiciais proferidos no decorrer do processo, nos quais o julgador resolve questões incidentes.

Humberto Theodoro Júnior preleciona: "A decisão interlocutória, porém, tem um conteúdo específico, diante do conceito que o Código lhe emprestou de maneira expressa. Corresponde, assim, ao 'ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente'."[26]

Para *Teresa Arruda Alvim*, temos cinco espécies de decisões interlocutórias: as que decidem quanto a provas; as que examinam o pedido de tutelas de urgência; as que atinem ao juízo de admissibilidade de recursos; as que repelem a nulidade absoluta; as que afastam as nulidades relativas.[27]

162, parece que de má técnica se serviu o legislador, ao redigir tal dispositivo. Em seu *caput*, se prevê que os atos do juiz são as sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Atos, termo utilizado pelo dispositivo em questão, é expressão significativa de um gênero, de que pronunciamentos são espécies. Ato judicial é categoria mais ampla que abrange, por exemplo, a oitiva de testemunhas e a realização de inspeção judicial. Portanto, não é tecnicamente correto dizeres que os atos do juiz se subdividem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, pois há outros atos judiciais que não se encartam, como se viu, em nenhuma das três categorias." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 105).

[24] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2. p. 307. O autor prossegue: "Todavia, a verificação da existência, ou não, da sucumbência depende do exame do caso concreto."

[25] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*: teoria geral e processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 234.

[26] *Humberto Theodoro Júnior* coloca que: "Realmente, só ocorre a decisão interlocutória quando a solução da questão incidente não leva ao encerramento do feito. Mesmo que se enfrente alguma questão de mérito, ainda será decisão interlocutória, e não sentença, se o objeto da causa (isto é, o pedido) não for exaurido pelo pronunciamento incidental." (Curso *de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. atual. até a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 265).

[27] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 105.

Das decisões interlocutórias, cabe o recurso de agravo previsto no artigo 522 do Código de Processo Civil.[28]

A sentença[29] é a resposta do Poder Judiciário à prestação jurisdicional invocada pela parte, consistente no direito subjetivo de ação. *Humberto Theodoro Júnior* lembra que "é através da sentença que o estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça".[30]

Modernamente, tem se entendido que o traço distintivo entre as sentenças e as decisões interlocutórias está no conteúdo do provimento judicial. Quando contiver as hipóteses subsumíveis aos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, serão sentenças, cujo recurso cabível é o de apelação, previsto no artigo 520 do Código de Processo Civil.[31]

---

[28] "O recurso de agravo continua sendo cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória, em conformidade com a atual redação do artigo 522 do Código de Processo Civil, ainda que, em decorrência de alteração oriunda da Lei n. 11.187/2005, estabeleça este dispositivo legal que o agravo será cabível 'na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento'." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 102).

[29] "O julgamento proferido pelos tribunais se denomina acórdão (art. 163). Seus efeitos poderão ser os mesmos da sentença ou das decisões interlocutórias. Se confirma ou nega provimento à apelação contra sentença, seus efeitos são de sentença. Se confirma decisão que não extinguiu processo, o efeito é de decisão interlocutória. Se, na apelação, anula-se a sentença, o efeito é de uma decisão interlocutória. E, se, no recurso de agravo de instrumento, o acórdão extingue o processo, como ocorre quando reconhece o abandono da causa (art. 267, III), que juiz de primeiro grau não acatou, o acórdão equivale a sentença." (SANTOS, Ernani Fidélis, *Manual de direito processual civil:* processo e conhecimento, v. 1, p. 212).

[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 267.

[31] Segundo *Teresa Arruda Alvim Wambier*, "isto, como se vê, não é o colocar fim no processo que caracteriza essencialmente a sentença, mas o seu conteúdo. Nestes casos, são sentenças porque julgam o mérito. Pôr fim ao processo não é senão um efeito das sentenças, que, como se viu, nem sempre ocorre" (*Os agravos no CPC brasileiro*, p. 107). Em sentido diverso, *Humberto Theodoro Júnior*: "Para o Código, contudo, o que importa para a conceituação de sentença não é o seu conteúdo, mas o papel que a decisão representa para o processo instaurado pelo autor. Tomando-se como objeto o processo de conhecimento, o pedido de acertamento judicial do conflito jurídico deduzido em juízo será sentença, o provimento com que o órgão judicial enfrente a pretensão do autor. Pode enfrentá-la em seu mérito ou pode simplesmente recusar a enfrentá-la por falta de condições técnicas (pressupostos processuais ou condições da ação). Não

4 DO DESPACHO SANEADOR

4.1 Conceito e natureza jurídica

Primeiramente, é importante salientar que o nosso trabalho não se restringe à decisão interlocutória operada por escrito, mas também à proferida durante a *audiência preliminar* prevista no Código de Processo Civil.[32]

Galeano Lacerda conceitua o provimento judicial como "a decisão proferida logo após a fase postulatória na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre os vícios sanáveis".[33]

André Antônio da Silveira Alcântara coloca que:

> "Por isso, mais adequada é a expressão 'decisão em saneamento', indicando o ato consubstanciado no artigo 331 do Código de Processo Civil como marco da última da atividade saneadora que se desenvolveu em toda a fase ordinatória, sem prejuízo, inclusive de reapreciação de irregularidades processuais durante a fase instrutória e fase decisória."[34]

Assim, é forçoso concluir que o despacho saneador constitui decisão interlocutória proferida pelo magistrado no decorrer da lide. O que se pretende é evitar diligências inúteis, atendendo, sobretudo, ao princípio da economia processual.[35]

---

importa de que modo se posicione o juiz. Se o ato tem como fim encerrar o debate acerca da pretensão que constitui o objeto da causa, tem-se sentença." (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 267).

[32] Seguimos o entendimento de *Humberto Theodoro Júnior,* para quem, "com a instituição da audiência de conciliação (Lei n. 8.952/94), o saneador poderá, em princípio, ser proferido oralmente pelo juiz, ficando o seu teor consignado na ata daquela audiência (§ 2º do art. 331). Se, porém, o juiz preferir, poderá determinar conclusão dos autos para redigir, posteriormente, sua decisão". Ainda, o autor lembra que a jurisprudência entende que pode ser realizado de forma implícita. (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v.1, p. 478).

[33] LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953. p. 7.

[34] ALCÂNTARA, Andre Antônio da Silveira, *Saneamento do processo*: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil, p. 82.

[35] "O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada.

Nesse sentido, *Galeano Lacerda* preleciona que o despacho saneador "implica, no fundo, comando tácito e permissivo da marcha do processo. Terá ou não efeito preclusivo, conforme a natureza da questão resolvida".[36]

Diversamente do antigo sistema, no qual o despacho saneador continha em si a própria fase ordinatória de forma concentrada, o atual *saneamento processual* não se faz num só momento, mas sim por partes.

Num primeiro momento, as providências preliminares indicam as nulidades sanáveis, determinando a devida regularização, ou extinguem, a demanda sem a resolução do mérito, no caso das nulidades insanáveis.

Ainda poderá ocorrer o imediato julgamento da lide, extirpando-se, assim, daquele contexto, a fase ordinatória pela própria decisória. Tal ocorre, também, ao se reconhecer de plano a prescrição ou a decadência.[37]

Portanto, a decisão saneadora contém atribuição residual, ou seja, corresponde à hipótese de impossibilidade do julgamento conforme o estado do processo.

> "Se não for o caso de extinção do processo sem o julgamento do mérito nem de extinção do processo com julgamento do mérito – prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado da lide – e não ocorrendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos da demanda."[38]

Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo fato, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade." (ALCÂNTARA, Andre Antonio da Silveira, *Saneamento do processo*: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil, p. 37).

[36] LACERDA, Galeano, *Despacho saneador*, p. 9.

[37] "Superada a fase postulatória e proferido o saneamento, não há, tecnicamente, mais como se cogitar de julgamento antecipado da lide." (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento, v. 2, p. 361).

[38] DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 452. O autor prossegue: "Há, pois, nessa decisão, um capítulo decisório em que se reconhece a admissibilidade do processo (juízo declaratório) e outro capítulo decisório em que se fixam os pontos controvertidos e se delimita a atividade de instrução (juízo constitutivo)."

Quanto à obrigatoriedade da decisão saneadora, é importante observar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que somente haverá nulidade se houver prejuízo para as partes.[39]

Não obstante, uma vez prolatada, deverá ser devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.[40]

A decisão saneadora é típica dos procedimentos ordinários ou, conforme coloca *Moacyr Amaral Santos*, "sempre que, contestada a ação, o processo especial tomar procedimento ordinário, haverá lugar para 'julgamento conforme o estado do processo' e, assim, o saneamento".[41]

4.2 Objeto

A decisão saneadora visa a declarar existentes as condições da ação e os pressupostos processuais, possibilitando que o processo tome o seu curso normal, bem como a resolver questões atinentes à produção de

---

[39] Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Tributário. Processual civil. Alegação de inconstitucionalidade de norma legal estadual. Perícia. Desnecessidade. [...] O saneamento do processo é feito em qualquer momento, desde que surja a necessidade de corrigir qualquer desvio prejudicial à apuração dos fatos discutidos e à aplicação das leis suscitadas. A regra do parágrafo 3º do artigo 331 do Código de Processo Civil não é obrigatória. A sua falta só produz nulidade quando demonstrado evidente prejuízo para uma das partes." (STJ – REsp n. 724.059/MG, rel. ministro José Delgado, j. 21.03.2006, *DJ*, de 03.04.2006. Em sentido contrário: "Processual civil. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Danos materiais e morais. Despacho saneador. Ausência. Relevância. Nulidade absoluta. Artigo 331 do Código de Processo Civil. I - A fase saneadora do processo é de extrema importância para o seu deslinde, tendo conteúdo complexo, sendo que nela o juiz examinará os pontos arguidos na contestação, de caráter preliminar, assim como os pressupostos processuais e os requerimentos de produção de provas, exigindo-se, para tanto, a devida fundamentação, a teor do artigo 165 do Código de Processo Civil. II - Sendo assim, não há como o julgador deixar de proceder ao despacho saneador, deixando *in albis* as preliminares suscitadas e passando diretamente para a fase de instrução e julgamento, presumindo-se, assim, que o processo encontra-se sanado, sob pena de nulidade absoluta do feito. III - Recurso especial provido, para que o feito seja anulado, a partir da instrução processual, com a realização da fase de saneamento." (STJ – ED AgR REsp n. 780.285/RR, rel. ministro Francisco Falcão, j. 14.03.2006, *DJU*, de 27.03.2006, p. 218).

[40] "Ainda, o saneamento há que ser fundamentado (v. art. 93, IX, da CF, reportando-se, genericamente, a todas as decisões emanadas do Poder Judiciário)." (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento, v. 2, p. 355).

[41] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 268.

provas que se dará na próxima fase processual e a afastar as arguições de prescrição ou decadência.

Dessa forma, é correto dizer que:

> "Assim, o despacho saneador deve ser havido como uma decisão interlocutória que contenha a tríplice declaração positiva de: a) admissibilidade do direito de ação, por concorrerem as condições da ação, sem as quais não se legitima o julgamento de mérito; b) validade do processo, por concorrerem todos os pressupostos e requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido da relação processual; c) deferimento de prova oral ou pericial."[42]

5 DA PRECLUSÃO E NULIDADES PROCESSUAIS

5.1 Da preclusão

O Código de Processo Civil prevê, no artigo 473[43], a impossibilidade de infinitas decisões a respeito da mesma matéria já apreciada anteriormente. À perda dessa faculdade, dá-se o nome de *preclusão*.

Moacyr Amaral Santos coloca: "A preclusão consiste na perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo ou momento oportunos, fica praticamente extinto. Dissemos, também, que a preclusão se classifica em temporal, lógica ou consumativa."[44]

Ora, considerando que o próprio direito à obtenção da sentença justa não é absoluto, é necessária a devida harmonização com o direito à segurança jurídica das relações processuais. É importante salientar ainda que atinge não somente as partes, como o próprio magistrado, impossibilitando que o processo retroceda em qualquer momento.

Por fim, é curial fazer a distinção entre preclusão, prescrição e coisa julgada.

A preclusão se refere tão somente à faculdade de prática de determinados atos processuais, enquanto a prescrição é a própria perda

---

[42] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 477.

[43] "Artigo 473 - É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão."

[44] SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 266.

da pretensão, ou seja, "não se refere aos atos processuais, mas à própria propositura da demanda".[45]

A perempção também é a perda do direito de ação, como consequência do abandono do processo por três vezes, uma espécie de punição à desídia da parte.

A coisa julgada, por sua vez, é conhecida como preclusão máxima, ou seja, a perda da possibilidade de rediscussão do ato processual que julgou a lide (via de regra, a sentença), pelo esgotamento de todos os recursos possíveis ou ausência de interposição.[46]

A doutrina costuma separar a chamada coisa julgada material da coisa julgada formal. No entanto, conforme adverte *Humberto Theodoro Júnior*, "na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença".[47]

Nesse sentido, a coisa julgada formal configuraria a impossibilidade de rediscussão da questão dentro do mesmo processo, enquanto a coisa julgada material veda nova decisão a respeito da matéria que compôs a lide submetida ao juízo, não se restringindo à relação jurídica formada, mas a qualquer outra ação porventura proposta.

Luiz Guilherme Marinoni e *Sergio Cruz Arenhat* prelecionam que:

> "Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial, fora do processo, em relação a outros feitos judiciais, põe-se o campo da coisa julgada material, que aqui realmente importa e que constitui, verdadeiramente, o âmbito da relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de coisa julgada

---

[45] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 252.

[46] "A coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença (ou do acórdão) que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos. Ela não é propriamente um efeito da sentença – efeitos são a condenação, a declaração e a constituição, com as consequências daí decorrentes –, mas uma qualidade desses efeitos qual seja, a imutabilidade. Foi a partir dos estudos de Enrico Tullio Liebman que se delineou com maior clareza a distinção entre a eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos." (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 23).

[47] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 603.

> formal. A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é extraprocessual, fazendo repercutir seus efeitos para fora do processo em relação a outros processos."[48]

Verifica-se, portanto, a coisa julgada formal quando tiver havido preclusão temporal, consumativa ou lógica, para a interposição de qualquer recurso contra a sentença (ou acórdão). Como ela é o ato que põe fim ao processo, preclusos todos os recursos, ele estará irremediavelmente extinto. "Por isso a coisa julgada formal é denominada preclusão máxima."[49]

A preclusão é a impossibilidade de apreciação, na mesma relação processual, de questão que já foi objeto de decisão judicial ou de renovação de ato processual já praticado. Dessa forma, temos a preclusão dos atos processuais praticados pelas partes e a preclusão *pro judicato*, operada para o juiz da causa.

A preclusão temporal, prevista no artigo 183[50] do Código de Processo Civil, ocorre quando, decorrido o tempo para que a parte pratique determinado ato processual, esgota a faculdade de fazê-lo, o que independe, per si, de qualquer provimento judicial nesse sentido.

A preclusão lógica, no entanto, atrela-se à própria razoabilidade da conduta da parte no decorrer do processo, ou seja, à prática de determinado ato incompatível com outro que se pretenda efetuar.

Já a preclusão consumativa veda a nova realização de ato já praticado, independentemente de que forma.

Por força do artigo 471[51] do Código de Processo Civil, podemos concluir que as decisões judiciais podem sofrer a preclusão consumativa,

---

[48] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 608.

[49] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2006, v. 2, p. 24.

[50] "Artigo 183 - Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º - Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º - Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar."

[51] "Artigo 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei."

ou seja, após o juiz proferir decisão a respeito, não poderá, salvo norma legal expressa, decidir novamente as mesmas questões. É o que chamamos de preclusão *pro judicato*. *Humberto Theodoro Júnior* ensina que:

> "Mesmo quando o juiz não enfrenta o mérito, e, portanto, sua decisão não pode fazer coisa julgada material, o ato judicial não fica sujeito a ser, livremente, desfeito ou ignorado por seu prolator ou por outros juízes. Há, em relação a todas as decisões processuais, a chamada preclusão *pro judicato*, segundo a qual, com ou sem solução de mérito, 'nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas, relativas a mesma lide' (art. 471). Somente pelas vias recursais próprias, e no devido tempo e forma da lei, é que se pode provocar a revisão e a reforma das decisões judiciais."[52]

Com relação à preclusão temporal, ela não se aplica aos atos judiciais, vez que os prazos para as respectivas práticas são caracterizados como impróprios.[53]

5.2 Das nulidades processuais

Segundo *Humberto Theodoro Júnior*, existem quatro categorias de atos processuais viciados: atos processuais inexistentes, absolutamente nulos, relativamente nulos e apenas irregulares:

> "Por violação dos elementos ou requisitos de validade, os atos do processo como os demais atos jurídicos, podem ser classificados, segundo a lição de Couture, em:
>
> a)atos inexistentes;
>
> b) atos absolutamente nulos;
>
> c) atos relativamente nulos.
>
> Há, ainda, atos processuais apenas irregulares, que são aqueles praticados com infringência de alguma regra formal, sem, entretanto, sofrer qualquer restrição em sua eficácia formal (art. 244)."[54]

---

[52] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 610.

[53] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 610.

[54] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 330.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves observa que o ato inexistente não é passível de validação e não se submete ao prazo decadencial da ação rescisória.[55]

As meras irregularidades são defeitos ínfimos despidos de qualquer sanção de invalidade, quando existentes na relação processual. Segundo *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*: "São aqueles que derivam da inobservância de formalidades consideradas não relevantes para a validade do ato processual. A lei exige, por exemplo, que eles sejam redigidos em tinta escura, mas o desrespeito a essa formalidade não implica a invalidade do ato [...]."[56]

Por outro lado, outras máculas, não obstante acarretem a invalidade dos atos realizados, não podem ser decretadas *ex officio* pelo magistrado, pois atinem aos interesses das partes[57]. Segundo *Humberto Theodoro Júnior*:

> "O defeito, aqui, é muito mais leve do que o que se nota nos atos absolutamente nulos, por recair sobre interesses privados (disponíveis) do litigante; de modo que o ato é ratificável, expressa ou tacitamente, e, se a parte não postula sua anulação, é apto a produzir toda a eficácia a que se destinou. O silêncio da parte, portanto, é suficiente para convalidá-lo. Diz respeito a interesse apenas da parte, não afetando, por isso, a jurisdição."[58]

E, por fim, há nulidades que podem ser decretadas de oficio pelo julgador, as nulidades absolutas, atrelada aos requisitos de admissibilidade da demanda[59]. Conforme coloca *Humberto Theodoro Júnior*:

---

[55] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 262.

[56] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 255.

[57] É importante ressaltar que esses defeitos são incomuns, como adverte *Fredie Didier Júnior*: "Esses defeitos são raros. São situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido. A invalidade, nesses casos, deve ser requerida ou pela parte prejudicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito, implicará preclusão (incompetência relativa, por ex.)." (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 234.

[58] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 332.

[59] Há um tipo de defeito dos atos processuais que, não obstante considerado como nulidade absoluta, é abrangido pela preclusão, caso não arguido no primeiro momento que cabe à parte falar nos autos. (DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 235).

> "O ato absolutamente nulo já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais. Compromete a execução normal da função jurisdicional, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação)."[60]

É importante observar que a "invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou anterior a ele (coação, dolo, erro, etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato".[61]

Assim, podemos vislumbrar em algumas situações a nulidade do processo, também chamada de "inadmissibilidade da demanda", contendo, pois, vícios relacionados aos pressupostos processuais e condições da ação.

No presente trabalho, utilizamos a terminologia empregada por *Teresa Arruda Alvim Wambier*, para quem existe a necessidade de se delimitar o conceito de eficácia e invalidade.

Portanto, "eficácia, para o nosso vocabulário, terá o sentido de efetiva produção de efeitos típicos. Como efeitos típicos, queremos significar efeitos queridos pelo agente, se for um ato. Pelo legislador, se for uma norma".[62]

Com relação às nulidades, é crucial ainda observar que todas elas são sanadas pela coisa julgada.[63]

Dessa forma, em que pese a decisão interlocutória prolatada no sentido de que o processo está apto a enfrentar a instrução probatória, algumas questões objeto de nulidade absoluta, bem como os fatos

---

[60] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 331.

[61] DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 231.

[62] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 138. Ressalva a autora, contudo, que "normalmente, os atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos, mas de seus efeitos típicos, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos". Contudo, adverte: "É importantíssimo, no entanto, ressaltar mais uma vez que nem toda ineficácia é fruto de nulidade. Diversas causas há que impedem nasçam efeitos de um ato, que nada têm que ver com nulidade."

[63] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 336.

caracterizados como inexistentes, não podem ser acobertados pela preclusão endoprocessual – o mesmo não podendo se falar das questões atinentes às nulidades relativas.

6 DIMENSÃO PRECLUSIVA

O objetivo deste trabalho é a análise da eficácia preclusiva da decisão saneadora.[64]

O exame das questões será realizado com base nos pontos abordados: matérias de ordem pública, compreendendo os pressupostos processuais e as condições da ação; a admissibilidade, espécie e fixação do ônus das provas a serem produzidas durante a relação processual; e a prescrição e decadência também conhecidas como "preliminares de mérito".

6.1 Dos pressupostos processuais e condições da ação

Os pressupostos processuais são requisitos de estabelecimento válido e desenvolvimento do processo. Segundo *Humberto Theodoro Júnior*:

> "Inatendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver-se regularmente o processo que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa. Os pressupostos processuais atuam, portanto, no plano da validade da relação processual."[65]

Por sua vez, as condições da ação constituem a própria idoneidade da pretensão deduzida, ou seja, demandam o exame da situação fática concreta que ensejou o pedido de tutela jurisdicional. Segundo o mesmo autor, "as condições da ação, de tal sorte, operam no plano da eficácia da relação processual".[66]

---

[64] Terminologia adotada por este trabalho, não obstante o uso consagrado do termo "despacho saneador".

[65] THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 65.

[66] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 65.

Para *Galeano Lacerda*, os pressupostos processuais se caracterizam como gênero do qual as condições da ação são espécie.[67]

A melhor técnica demanda o exame prévio dos pressupostos processuais antes da análise das condições da ação.

> "Se, na ordem ontológica, o direito abstrato precede a relação processual, é causa eficiente do processo jurisdicional de conhecimento, no plano lógico a investigação do juiz deve iniciar-se pelo exame dos requisitos processuais porque genéricos à boa constituição do processo e à sua adequação a lide, para, só após, descer à investigação das condições da ação, específicas para o caso concreto."[68]

Nesse sentido, *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria de Andrade Nery*:

> "Para que o juiz possa aferir a quem cabe a razão o processo, isto é, decidir o mérito, deve examinar questões preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, vale dizer, o pedido, a pretensão, o bem da vida querido pelo autor. O mérito é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo. Essas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais) [...]."[69]

Os pressupostos processuais estão relacionados à própria instauração da relação processual, enquanto as condições da ação estão ligadas à possibilidade de resolução do mérito da demanda, permitindo a subsunção do caso concreto à apreciação estatal do conflito e, assim, legitimando a atuação na hipótese fática estabelecida.

Os pressupostos processuais de existência se relacionam à própria inércia e existência da jurisdição, ou seja, "só pode aplicar a lei ao caso concreto aquele que tenha sido dela investido"[70], a princípio somente mediante a provocação das partes. É importante mencionar também a

---

[67] LACERDA, Galeano, *Despacho saneador*, p. 60.

[68] LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*, p. 60.

[69] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 435.

[70] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 108.

necessidade da constatação da capacidade postulatória (art. 37 do CPC), bem como a ocorrência da citação.[71]

É crucial observar que a ausência dos pressupostos de existência não constitui vício sanável, sendo que "a qualquer tempo, mesmo que superado o prazo para a propositura da ação rescisória, o interessado poderá postular a declaração judicial de inexistência por meio de ação própria, que correrá em primeira instância".[72]

Os pressupostos processuais de validade são: a petição inicial apta, a competência e imparcialidade do juiz, a capacidade para ser parte, a capacidade processual e a legitimidade processual.

A petição inicial é inepta quando enquadrada nas hipóteses ventiladas pelo artigo 295 do Código de Processo Civil.[73]

Apenas a incompetência absoluta gera a invalidade do processo, vez que a relativa é passível de prorrogação, se não arguida pela parte no momento processual oportuno.

A capacidade de ser parte é, no dizeres de *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*, "a aptidão atribuída a todas as pessoas, naturais ou jurídicas, e alguns entes não personalizados de poder integrar a relação jurídica processual, ou seja, de figurar no processo na condição de autores ou réus".[74]

Por sua vez, a capacidade processual "consiste na possibilidade de figurar como parte em um processo, sem precisar estar representado ou assistido".[75]

---

[71] A citação, conquanto seja pressuposto de existência, pode ser suprida no decorrer da demanda.

[72] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 109.

[73] "Artigo 295 - [...] Parágrafo único - Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si."

[74] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 110.

[75] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 111.

A legitimidade processual gera grandes debates doutrinários, contudo, poderíamos sintetizá-la da forma como colocada por *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

> "A legitimidade *ad processum* é a conjunção entre a capacidade processual e a legitimidade para a causa. Tem capacidade processual aquele que tem aptidão genérica de ir a juízo sem precisar sem representado ou assistido. Possui legitimidade *ad causam* quem mantém com a lide uma relação de correspondência lógica; e tem legitimidade *ad processum* aquele que tem as duas coisas simultaneamente, podendo exercer a sua capacidade processual em um caso concreto específico para o qual esteja legitimado."[76]

A doutrina também elenca os pressupostos processuais negativos, ou seja, "para que um processo seja válido, é preciso que determinadas situações estejam ausentes"[77]. São eles: a litispendência, a coisa julgada e a perempção.

Há três espécies de condições da ação: a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido impede que alguém demande algo defeso pelo ordenamento jurídico. Entretanto, conforme coloca *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*, "para que o juiz verifique o preenchimento dessa condição da ação[78], não basta que ele examine, isoladamente, o pedido, mas também a causa de pedir, cuja licitude contaminará o pedido".[79]

O interesse de agir é composto pelo binômio "necessidade e adequação", ou seja, deve ser necessário ao autor recorrer ao Estado para obter o direito a que alega fazer jus, pelas vias procedimentais pertinentes. Nesse sentido, "a escolha inadequada da via procedimental torna inútil o provimento e enseja a extinção do processo sem a resolução de mérito".[80]

---

[76] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 113.

[77] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 113.

[78] Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, deve ser a primeira condição da ação a ser examinada pelo juiz (*Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 91).

[79] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 91.

[80] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 92.

E, por fim, para estar presente a legitimidade *ad causam*, "tem de haver uma correspondência lógica entre a causa posta em discussão e a qualidade para estar em juízo litigando sobre ela".[81]

6.1.1 Corrente minoritária: preclusividade do reexame das condições da ação e dos pressupostos processuais

A corrente minoritária zela pela preclusividade da decisão saneadora, a depender das circunstâncias sobre as quais é proferida.

Os defensores dessa ideia alegam a necessidade de segurança da relação processual, concebendo a atitude também como questão de ordem pública a ser observada.

Seguindo o raciocínio, seria correto dizer que, em que pesem os pressupostos processuais e condições da ação serem matérias de ordem pública, a estabilidade da demanda também constitui interesse do Estado e, assim, não poderia, a todo o tempo, ficar sujeita a reversão. É interessante anotar o posicionamento de *Fredie Didier Junior*:

> "Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame de tais questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame."[82]

Ressalva o autor a situação de ocorrência de fato superveniente[83], e que a decisão, quando suscitar o exame dos pontos mencionados, deverá ser expressa e fundamentada.

---

[81] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 92.

[82] DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 454.

[83] O artigo 471 do Código de Processo Civil dispõe: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei."

Podemos sistematizar os argumentos apresentados por essa corrente doutrinária[84] e jurisprudencial da forma colocada por *Fredie Didier Junior*:

1 - Não existe vedação para o exame, mas sim para o reexame da existência ou não dos pressupostos processuais e condições da ação.

2 - Não há disposição legal que permita a interpretação em sentido diverso, vez que o artigo 471 do Código de Processo Civil é claro ao determinar que "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

3 - Se as decisões interlocutórias são recorríveis, não há como vislumbrar a possibilidade de rediscussão de questões não recorridas.

4 - Inadmitir a rediscussão das questões de mérito e permitir o reexame de questões processuais decididas carece de base lógica, pois estar-se-ia concedendo tratamento superior às questões processuais, em detrimento do mérito da demanda.

5 - Permite-se a preclusão quanto às questões negativas de pressupostos processuais e condições da ação, através da coisa julgada formal.

6 - A distinção das condições da ação do mérito é difícil, levando em conta a existência, inclusive, da *teoria da asserção*[85] das condições da ação quando decididas posteriormente à fase saneadora, atreladas ao próprio mérito da demanda.

Dessa forma, quando existente pronunciamento expresso a respeito, e uma vez irrecorrida, a decisão saneadora conteria eficácia preclusiva, impossibilitando novo exame na relação processual pelo juiz, bem como o levantamento posterior pelas partes.

Parcela minoritária da jurisprudência já se posicionou nesse sentido.[86]

---

[84] DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 454.

[85] DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 454.

[86] "Processual civil. Saneador. Recurso. Quando, no despacho saneador, o juiz decide, expressamente, quanto aos pressupostos e condições da ação, cumpre à parte, insatisfeita, recorrer da decisão. Caso contrário, opera-se a preclusão, instituto que interessa também ao Estado." (STJ – REsp n. 52.940/SP, 6ª Turma, rel. ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 13.09.1994, *DJ*, de 28.11.1994, p. 32.648).

6.1.2 Corrente majoritária: inexistência da eficácia preclusiva para as matérias de ordem pública

A corrente majoritária entende que as questões de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, ainda que expressamente decididas pelo magistrado.

Tais matérias estão previstas no artigo 267, incisos IV, V e VI, do Código de Processo Civil, consistindo nas condições da ação e pressupostos processuais, ou seja, se referem aos requisitos de admissibilidade da demanda. Devem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Melhor explicando, a título de exemplo, o processo não pode surtir efeitos, por exemplo, para a pessoa cuja legitimidade *ad causam* inexiste. Não é do interesse do ordenamento jurídico prosseguir com a lide contra quem a parte não detém o direito de ação.

Esta é a lição de *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

> "Há determinadas questões que ordem ser suscitadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (salvo quando em recurso especial e extraordinário, que pressupõem o prequestionamento da matéria) e não se sujeitam à preclusão são matérias de ordem pública, como as numeradas pelo Código de Processo Civil, artigo 301, a decadência, a prescrição (pode ser pronunciada de ofício pelo juiz, conforme dispõe ao art. 219, § 5°, do CPC, com a redação dada pela Lei n 11.280/2006, que ainda revogou o art. 194 do CC. Além disso, a parte a que ela favorecer pode alegá-la a qualquer tempo, nos termos do CC, art. 193) e o impedimento do juiz."[87]

Da mesma forma, preleciona *Humberto Theodoro Júnior*:

> "Por se tratar de questões de ordem pública, sobre as quais não têm disponibilidade as partes e que funcionam como pressupostos de legitimidade da própria função jurisdicional do Estado, não há preclusão nem lógica, nem temporal, nem consumativa, sobre a matéria pertinente às condições da ação e aos pressupostos processuais. Tanto o próprio juiz de primeiro grau como o Tribunal Superior (em grau de recurso) podem voltar a examinar essas questões em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da causa [...]."[88]

---

[87] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 253.

[88] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 478.

Esse também é o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.[89]

Assim também entendem *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria de Andrade Nery*, insistindo que, não obstante a regra da preclusividade dos atos processuais não arguidos *oportune tempore*, tal cominação não pode ser imposta aos que consubstanciem matérias de ordem pública:

> "Há, entretanto, limitação para a eficácia preclusiva da decisão de saneamento: as questões de ordem pública. Como estas não são atingidas pela preclusão (*v.g.* CPC 267 § 3° e 301 § 4°), o juiz poderá, depois de transitada em julgado a decisão e saneamento, decidi-las novamente. Por exemplo: se o juiz entendeu que réu era parte legítima, pode analisar novamente esta questão por ocasião da sentença e extinguir o processo sem o julgamento do mérito (CPC 267 VI), caso verifique ser o réu efetivamente parte ilegítima."[90]

Assim, é importante observar que, no que pertine às instâncias ordinárias, mesmo que as matérias de ordem pública não tenham sido ventiladas na contestação ou objeto de averiguação explícita na decisão saneadora, poderão ser apreciadas pelo tribunal *ad quem*, por força do efeito translativo do recurso de apelação.

Moacyr Amaral dos Santos coloca que:

> "Verdade é dispor o artigo 516 do mencionado Código, disciplinando o recurso de apelação: 'Ficam, também, submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, anda que não decididas'. Sendo a decisão sobre as matérias aludidas no artigo 267, parágrafo 3°, impugnável por agravo, ela não seria apreciável em grau de apelação, a não ser quando esse agravo tivesse processamento na forma do artigo 522, parágrafo 1°, do mesmo Código, 'a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação'. Outro fosse o processamento do agravo, nos atos, deste e não nos da apelação, teria

[89] "Processual civil. Ação anulatória de débito fiscal. Condições da ação. Matéria de ordem pública. Despacho saneador. Preclusão. Inocorrência. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que 'nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC)' (REsp n. 285.402/RS, 4ª Turma, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU*, de 07.05.2001). 2. Recurso especial provido." (STJ – REsp n. 847.390/SP, rel. ministro Teori Albino Zavaski, j. 06.03.2007, *DJU*, de 22.03.2007, p. 302).

[90] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*, p. 526.

> sido reexaminada e decidida qualquer daquelas questões."[91]

Marcus Vinicius Rios Gonçalves também perfilha o mesmo entendimento.[92]

Entretanto, a Súmula n. 424 do STF dispõe a respeito da preclusividade das questões decididas no interior da relação processual: "Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente, para a sentença."

Para *Arruda Alvim*, não obstante o teor da Súmula n. 424 do STF, é necessária uma interpretação sistematizada com os demais dispositivos normativo-processuais. Ou seja, a preclusão atinge tão somente as matérias não caracterizadas como de ordem pública. No último caso, pouco importa se houve decisão explícita ou implícita a respeito.

> "Diz a Súmula n. 424 do STF que 'transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente, para a sentença'. Evidentemente, não se pode falar de trânsito em julgado de decisões interlocutórias, em relação às quais o que pode ocorrer é a preclusão. No nosso sistema, só transitam em julgado sentenças de mérito. Ademais, esta súmula, elaborada na vigência do Código de Processo Civil de 1939, não mais subsiste, tendo em vista que no caso das condições da ação não ocorre preclusão, mesmo existindo decisão explícita a respeito."[93]

O autor segue reafirmando que o magistrado pode examinar e reexaminar de ofício tais questões, cabendo à parte que não a alegar na primeira oportunidade, tão somente responder pelas custas do dito retardamento.

Dessa forma, poderíamos dizer que, para a corrente majoritária, as matérias ensejadoras de nulidade absoluta, consideradas de ordem pública, não estão acobertadas pela preclusão quando objeto da decisão saneadora, explícita ou implícita, o mesmo não se dizendo quanto às questões atreladas à disponibilidade das partes, que caracterizam as nulidades relativas.

---

[91] SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 267.

[92] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 106.

[93] ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento, p. 354.

6.2 Demais questões abordadas pela decisão saneadora. Análise da preclusividade

De acordo com a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, poderíamos dizer que a decisão saneadora careceria de dimensão preclusiva quanto às matérias de ordem pública, ou seja, os pressupostos processuais e condições da ação.

Entretanto, existem quesitos que refletem sobremaneira o interesse das partes, constituindo, assim, objeto de eventual preclusão que ocasionalmente vier a se consumar.

É o que podemos dizer das questões atinentes à admissibilidade e especificação de provas, a prescrição e a decadência.

6.2.1 Admissibilidade e especificação dos meios de prova

Quanto à admissibilidade das provas, salientamos a posição de *Humberto Theodoro Júnior*, para quem o poder de reexaminar as questões de prova por parte do magistrado estaria insuscetível de preclusão, já que, com base no artigo 130, "em qualquer estágio do procedimento cabe-lhe, mesmo de ofício, ordenar a realização das provas que entender necessárias".[94]

Marcus Vinicius Rios Gonçalves também perfilha o mesmo entendimento sobre a mencionada decisão, colocando que:

> "A que indefere provas pode ser reexaminada, diante do que dispor o Código de Processo Civil, artigo 130. Pode o juiz determinar, de ofício, as provas que lhe pareçam indispensáveis para a formação de sua convicção. Assim, se ele as indeferiu e não houve recurso contra a sua decisão, mas antes de proferir sentença acha que elas eram importantes para o julgamento do processo, pode ele determiná-las de ofício."[95]

Assim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal.[96]

---

[94] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. 1, p. 478.

[95] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 254.

[96] "Despacho saneador. Realização de provas por iniciativa do juiz. Artigo 130 do Código de Processo Civil. Preclusão. Inexistência. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender

Contudo, a parte deve, no momento processual determinado pelo magistrado, especificar as provas que pretende produzir. Quedando inerte, há a preclusão para requerer a produção das provas que achar pertinentes[97], ficando sujeita ao arbítrio do juiz quanto aos meios de prova que o magistrado entender serem necessários para a elucidação da questão proposta.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, esposou do entendimento de que, antes do despacho saneador, quando o magistrado determina que as partes "especifiquem as provas que pretendem produzir", a inércia caracteriza a desistência quanto ao pedido de prova formulado de maneira genérica ou específica por ocasião da petição inicial ou contestação.[98]

Em que pede a tese da posterior perda do interesse à produção de prova, uma vez requerida e justificada na petição inicial ou contestação, não cabe a penalidade ora imposta, vez que não existente norma no Código de Processo Civil a respeito. A preclusão existiria no caso de protesto genérico de provas.

imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão *pro judicato*. Inexistência. Agravo regimental não provido." (STF – AgR n. 1.538-1/MG, Tribunal Pleno, rel. ministro Maurício Corrêa, j. 04.10.2001, *DJU*, de 08.02.2002, p. 261).

97 Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Acidente de trabalho. Direito comum. Protesto genérico por provas na inicial. Prazo para especificação e justificação da necessidade da prova pretendida decorrido *in albis*. Preclusão. Reconhecimento. Agravo retido e apelo não providos. Apelação n. 875990009. Não tendo a autora atendido o r. despacho que instava à especificação e justificação das provas que pretendia produzir, não pode a mesma, para repelir a preclusão, valer-se do mero protesto genérico contido na inicial." (TJSP – 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Paulo Ayrosa, j. 27.02.2008, v.u.).

98 "Processual civil. Prova. Momento de produção. Autor. Petição inicial e especificação de provas. Preclusão. O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, art. 282, VI); na segunda, após a eventual contestação, o juiz chama à especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, art. 324). O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial." (STJ – REsp n. 329.034/MG, 3ª Turma, rel. ministro Humberto Gomes de Barros, j. 14.02.2006, *DJ*, de 20.3.2006, p. 263).

Nesse sentido, é interessante observar que já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.[99]

Por outro lado, a decisão que defere a produção de determinada prova está sim sujeita a preclusão *pro judicato*. Nesse sentido, *Marcus Vinicius Rios Gonçalves*:

> "Parece-nos que as decisões que deferem a produção de provas, as que apreciam tutelas de urgência e as que repelem ou decretam nulidades relativas geram preclusão *pro judicato* e não podem ser reexaminadas pelo juiz, salvo se forem trazidos elementos novos aos autos que alterem as circunstâncias que justificaram a decisão originária."[100]

6.2.2 Da fixação do ônus da prova

A doutrina majoritária concebe que o ônus da prova é regra de julgamento e, como tal, não haveria interesse recursal para a modificação da decisão que o fixou entre as partes.[101]

Dessa forma, concluímos que a fixação do ônus da prova eventualmente consignada na decisão saneadora não é objeto de preclusão, vez que se trata efetivamente de regra de julgamento, a ser apreciada pelo magistrado quando da resolução da lide.[102]

---

[99] "Indenização por danos morais. Preclusão declarada que merece ser afastada. Momento do requerimento das provas para a autora, a petição inicial. Desnecessidade de reiteração. Desatendimento do despacho de especificação que não gera a preclusão. Decisão reformada. Recurso provido." (TJSP – AI n. 365.114.4/8-00, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Salles Rossi, j. 27.10.2004, v.u., *DJe*, de 23.11.2004).

[100] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*..., 2008, v. 1, p. 254.

[101] "Medida cautelar com o objetivo de destrancar recurso especial. Inversão do ônus da prova. Dano de difícil reparação. Inexistência. Artigo 543, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. O entendimento da Terceira e da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do parágrafo 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil. Como a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e não de procedimento, é de todo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, porquanto é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova, não antes; o que demonstra a ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão. Processo extinto sem julgamento do mérito." (STF – AgR MC n. 11.970/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2006, *DJ*, de 18.12.2006).

[102] Também esposando o mesmo posicionamento: "Processual civil. Recurso especial.

6.2.3. Aplicabilidade de normas jurídicas

Não são suscetíveis de preclusão, a princípio, as questões atinentes à aplicação do direito, chamadas de *quaestio iuris*, porque se atrelam ao mérito da ação.[103-104]

6.2.4 Arguição de prescrição e decadência repelidas pela decisão saneadora

A decisão saneadora pode afastar a existência da prescrição e da decadência.[105]

A prescrição constitui a perda da exigibilidade do direito em virtude do não exercício dentro de determinado lapso temporal. Nesse sentido, "deve ser conceituada como a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo. Não é o direito que se extingue, apenas a sua exigibilidade".[106]

Com o advento da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que modificou o artigo 219 do Código de Processo Civil[107], a prescrição passou a ser decretável de ofício pelo julgador, diversamente do dispositivo até

Retenção. Origem. Artigo 542, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Destrancamento. Inexistência. Dano de difícil reparação. Inversão. Ônus. Prova. 1. Esta Corte tem admitido o manejo de agravo, com vistas ao destrancamento de recurso especial, desde que presentes os requisitos essenciais à concessão da medida excepcional, hipótese não caracterizada na espécie, porquanto não se vislumbra a possibilidade de que da retenção resulte dano de difícil reparação, a par da inexistência de inviabilização do processo principal, máxime em virtude de a inversão do ônus da prova admitir correção, se for o caso, mesmo após o julgamento do mérito. 2. Agravo regimental não provido." (STF – AgR AI n. 548.349/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ*, de 13.12.2004).

[103] DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, p. 253.

[104] "O despacho saneador não pode exprimir preclusão em relação as questões de mérito. Referia-se à aplicabilidade da Lei do Inquilinato nas casas de diversos cômodos. A decisão saneadora atestou a legitimidade *ad causam*. O recurso foi provido para que se adentrasse ao mérito da questão." (STF – RE n. 52.025/GB, rel. Min. Hermes Lima. 20.09. 1963, *DJU*, de 07.11.1963, p. 3.851).

[105] Não faz parte do objetivo do presente trabalho a análise da diferença entre os mencionados institutos.

[106] DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 125.

[107] "Artigo 219 - O juiz pronunciará, de ofício a prescrição."

então em vigor, o artigo 194 do Código Civil, que estabelecia que "o juiz não pode suprir, de oficio, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz".

Por sua vez, a decadência é "a perda do direito pelo decurso do prazo estabelecido para o seu exercício"[108]. A decadência legal é a fixada por lei. A convencional é pactuada pelas partes.

É importante observar que o artigo 210 do Código de Processo Civil dispõe que "deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei".

Dessa forma, atualmente, tanto a prescrição como a decadência são matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado oficiante.

6.2.4.1 Da prescrição

A jurisprudência anterior à vigência da Lei n. 11.280, pugnava pela preclusividade da decisão saneadora, na medida que rejeitava o argumento da caracterização da prescrição.[109]

Mesmo com a atual possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição, tudo indica que o Superior Tribunal de Justiça não mudará a concepção adotada.[110]

---

[108] DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência, cit., p. 125.

[109] "Direitos civil e processual civil. Preclusão. Coisa julgada formal. Seguro. Prescrição patrimonial. Decisão anterior irrecorrida. Impossibilidade de reexaminar-se a espécie. Precedentes. Súmula n. 424/STF. Interpretação *modus in rebus*. Microtraumas. Acidente no trabalho. Cobertura securitária. Orientação da turma. Recurso provido. I - Existindo decisão anterior irrecorrida, não se cuidando dos requisitos de admissibilidade de tutela jurisdicional (condições da ação e pressupostos processuais), nem de instrução probatória, não é dado ao Judiciário, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a mesma matéria. II - Na espécie dos autos, não se trata de qualquer daquelas hipóteses, mas de prescrição patrimonial, que, como se sabe, depende de provocação da parte interessada, sendo vedado ao julgador conhecê-la de ofício, nos termos dos artigos 166 do Código Civil e 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. III - Nos termos da orientação desta Turma, 'inclui-se no conceito de acidente de trabalho o microtrauma repetitivo que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão que causa incapacidade laborativa'." (STJ – REsp n. 174.356/SP, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.05.2000, *DJU*, de 07.08.2000, p. 109).

[110] "Processual civil. Ação de indenização. Acidente ferroviário. Violação dos artigos 165, 458, II e 535, II, do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Prescrição rejeitada no despacho saneador. Questão renovada na apelação. Ocorrência de preclusão. 1. Não

6.2.4.2 Da decadência

Já com relação à decadência, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pela não preclusividade da decisão saneadora que afasta a sua incidência, com a ressalva feita de que a alegação seja realizada somente nas instâncias extraordinárias.[111]

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão saneadora, terminologia mais adequada por não se tratar de mero despacho, mas sim de efetiva decisão interlocutória, é de grande valia para as partes, dentro da relação processual instaurada.

Parte da doutrina e jurisprudência minoritária pugnam pela preclusividade das questões abordadas, com a devida razoabilidade, na medida que o ordenamento jurídico veda também o reexame das matérias de ordem pública, em nome da estabilidade da relação processual.

Por outro lado, diverso posicionamento entende que tais pontos não podem ser objeto do fenômeno da preclusão, vez que não atenderiam a interesse das partes, mas sim, normas cogentes. A preclusividade estaria adstrita a apenas parte das matérias abordadas na decisão prolatada.

Recomenda-se, portanto, o exame cauteloso do provimento judicial ora tratado, com o fito de melhor resguardar os interesses das

há por que falar em violação dos artigos 165, 458, II, e 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Em se tratando de pretensão de natureza patrimonial, afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição do recurso de agravo de instrumento, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria. 3. Recurso especial conhecido parcialmente e provido." (STJ – REsp n. 706.754/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.04.2008, *DJU*, de 05.05.2008, p. 1).

[111] "Renovatória. Decadência. Reconhecimentos pelo juiz após o saneamento que o afastou e em sede de pedido de reconsideração. Questão de ordem pública. Não ocorrência de decadência. Não indicação de dispositivo de lei federal malferido ou de julgado divergente. Não conhecimento. Honorários. Violação ao Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º, Súmula n. 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico não realizado. 1. Constituindo matéria de ordem pública, a decadência pode ser decretada de ofício e a qualquer tempo, inclusive em pedido de reconsideração manejado após o despacho saneador que a afastou; [...] 5. Especial não provido." (STJ – REsp n. 326.292/SP, rel. ministro Edson Vidigal, j. 02.08.2000, *DJU*, de 03.09.2001, p. 255).

partes, bem como a análise meticulosa dos efeitos que dele podem surgir, visando à interpretação que, no caso concreto, melhor possa atender ao escopo da relação processual, ou seja, a decisão justa da demanda.

8 REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, André Antonio da Silveira. *Saneamento do processo*: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual civil. São Paulo: LEUD, 2004.

ALVAREZ, Anselmo Pietro; SILVA, Nelson Finotti. *Manual de processo civil e prática forense*: teoria geral, processo de conhecimento e recursos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. v. 1.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2006. v. 1.

DUARTE. Nestor et al. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*: teoria geral e processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. *Novo curso de direito processual civil*: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhat. *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia científica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil:* processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

SEVERINO, António Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso *de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. atual. até a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os *agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 11.187/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.