

Revelia, providências preliminares e saneamento no novo CPC

Plínio Back Silva¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Processo: conceito e espécies; 3 – Mecânica processual; 4 – Reações do réu e suas consequências; 4.1 – Réu que não oferece contestação: revelia; 4.2 – O réu oferece defesas contra o processo; 4.3 – O réu oferece defesas contra o mérito; 4.4 – O réu oferece reconvenção; 5 – Providências preliminares; 5.1 – Objetivo; 5.2 – Reconvenção; 5.3 – Revelia: incidência ou não da presunção de veracidade; 5.4 – Defesas ofertadas; 6 – Extinção do processo sem resolução de mérito; 7 – Extinção com resolução de mérito, sem instrução probatória; 8 – Organização e saneamento do processo; 8.1 – Resolução das questões processuais pendentes; 8.2 – Fixar os pontos de fato para guiar a atividade probatória e seleção dos meios de prova. Distribuição do ônus da prova; 8.3 – Fixar as questões jurídicas relevantes para a decisão (isto é, que deverão ser resolvidas obrigatoriamente); 9 – Principais inovações do novo Código no tocante ao saneamento; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prestação jurisdicional no Brasil vem atravessando um período de aumento exponencial da carga de trabalho e aumento do tempo necessário para a sua entrega, evidenciando o sistema como um todo e os operadores do Direito em particular com uma série de críticas, sendo que as principais queixas se voltam contra dois aspectos: a demora na entrega da prestação jurisdicional e a efetividade da prestação.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Civil; Monitor da Escola Superior da PGE. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Em 30 de setembro de 2009, o então Presidente do Senado, Exm^o Sr. José Sarney, instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de Código de Processo Civil, com vistas a melhorar o desempenho do sistema judiciário no país.² É oportuno lembrar que, na mesma época, o então Presidente do Senado se viu às voltas com representações por práticas não republicanas (os chamados atos secretos), que teriam favorecidos pessoas ligadas à sua esfera de influência, retirando o brilho da iniciativa.³

Malgrado o contexto institucional vivenciado por seu patrono no Senado, a comissão apresentou ao Senado, em 8 de junho de 2010, um projeto de Código, que, submetido ao Congresso, resultou no novo Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015), que entrará em vigor em 18 de março de 2016.⁴

2 Transcrevemos e grifamos os “considerandos” (motivos) do ato de instituição da comissão, cujos componentes são parte da elite de processualistas brasileiros:

“Considerando que o vigente Código de Processo Civil data de 17 de janeiro de 1973, e que desde então já foram editadas sessenta e quatro normas legais alterando-o de alguma forma;

Considerando que, à época da edição do Código de Processo Civil, em 1973, **os instrumentos processuais de proteção dos direitos fundamentais não gozavam do mesmo desenvolvimento teórico que desfrutaram modernamente**, e que desde então se deu uma grande evolução na estrutura e no papel do Poder Judiciário;

Considerando que tanto o acesso à justiça quanto a **razoável duração do processo adquiriram novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente**;

Considerando que a sistematicidade do Código de Processo Civil tem sofrido comprometimento, em razão das inúmeras modificações legislativas aprovadas nos trinta e cinco anos de sua vigência, e que a coerência interna e o **caráter sistêmico são elementos fundamentais para irradiar segurança jurídica à sociedade brasileira**;

Considerando a experiência bem-sucedida na Comissão de Juristas encarregada de elaborar anteprojeto de Código de Processo Penal;

Considerando que as contribuições oriundas da Comissão de Juristas terão, indiscutivelmente, grande valor para os trabalhos legislativos do Senado Federal.

3 Folha de São Paulo, 3/11/2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/asm/2015/11/1701640-renan-severino-e-sarney-relembre-7-presidentes-do-congresso-envolvidos-em-escandalos-antes-de-cunha.shtml>

4 Há, pelo menos, 3 (três) correntes, defendendo 3 (três) datas diferentes para a entrada em vigor. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que a vigência se inicia no dia 16/3/2016 (novo CPC comentado). Cássio Scarpinella Bueno, citado por Misael Montegro Filho, sustenta o dia 17/3/2016. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria B. Nery (Comentários ao CPC), Misael Montenegro Filho (novo CPC comentado) e Humberto Theodoro Jr. (Curso de Direito Processual Civil, vol. III), sustentam que a vigência se inicia em 18/3/2016.

Há grandes expectativas e muitas frustrações pelo que podemos recolher de várias fontes que se debruçaram sobre o novo Estatuto Processual. Porém, uma coisa é certa: somente o futuro (isto é, sua aplicação e utilização pelos operadores do Direito) nos mostrará se o projeto cumprirá as promessas contidas na iniciativa ou se trará mais frustrações sem resolver os problemas que justificaram a sua elaboração.

Buscaremos nesse pequeno ensaio apresentar as principais alterações, manutenções (isto é, a preservação de certos aspectos do CPC de 1973) e as perspectivas do novo modelo processual.

A questão é relevante. Com efeito, sendo a norma processual de eficácia imediata, ela afetará os processos em curso, razão pela qual, ao entrar em vigor, os atos processuais que venham a ser praticados posteriormente serão regidos pelo novo Código. Assim, por exemplo, os requisitos e processamento de recursos será aplicável aos pronunciamentos proferidos na vigência do NCPC, ao passo que se os pronunciamentos forem proferidos (e disponibilizados) antes da vigência, os requisitos recursais serão, ainda, os do CPC de 1973, ainda que o ato venha a ser praticado após o início da vigência do NCPC, cuja publicação oficial deu-se em 17/3/2015. Há, ainda, a notícia que há projeto de lei em tramitação, o qual tem por objetivo prorrogar a “*vacatio legis*” para 2018 (vejam o artigo: <http://www.conjur.com.br/.../vacancia-cpc-nao-ampliada...>).

A resolução do problema não passa apenas pelo simples exame do artigo 1.045 do NCPC, que reza ser o início da vigência um ano após a publicação. Como sempre, a interpretação de uma norma exige o olhar sistêmico. Assim, a interpretação sistemática será nossa guia.

O decurso do lapso de um ano ou um mês possuem definição legal: Lei nº 810/1949. Corresponde ao mesmo dia e mês no ano subsequente. Assim, um ano, contado 1º/1/2015, termina em 1º/1/2015. As dificuldades práticas decorrem das diferenças de contagem entre prazos processuais e de direito material: os termos inicial e final devem ou não ser computados? A partir dessa questão que surgem as divergências, pois a natureza da norma afeta como se computam os prazos. Neste aspecto, a LINDB não esclarece como computar o prazo da *vacatio legis*.

A prática dos negócios definiu uma regra empírica, em que o termo inicial é contado. Daí se explica a primeira corrente. Porém, esta corrente desconsiderou outros diplomas legais, razão pela qual não pode ser aceita, com a devida vênia.

O Código Civil de 2002 estabeleceu uma forma de uniformizar a contagem, em simetria com as normas processuais, apesar das exceções que possam ser criadas: deve ser excluído o dia o início e incluído o do término. Conjugando-se a com a norma que define o ano civil, a aplicação dessa norma levaria o intérprete a concluir que a vigência se inicia em 17/3/2016. Porém, esta interpretação desconsidera o fato de que a inclusão do termo final implica que, neste dia, ainda não há vigência, razão pela qual, s.e.o., entendemos que não deva ser acompanhado o entendimento.

A questão envolve o exame da Lei Complementar nº 95/98, que regula o processo legislativo. Em seu artigo 8º, de forma diversa do Código Civil, determina a inclusão do termo inicial e do termo final, com início da vigência no dia subsequente. Conjugada com a definição do ano civil, temos que o resultado é 18/3/2016. Portanto, o NCPC entrará em vigor no dia 18/3/2016, ressalvada a remota hipótese de ser aprovada a prorrogação de sua *vacatio legis*.

2. Processo: conceito e espécies

O processo pode ser compreendido por diversos ângulos, conforme o estudioso adote um corte epistemológico mais amplo ou mais restrito, para os fins de elaboração e compreensão desse fenômeno da ciência jurídica.

A noção fundamental que se cristalizou na doutrina brasileira sobre processo é a de ser uma relação jurídica que serve de instrumento de atuação do Poder Judiciário para a solução dos conflitos de interesse. Rogério Lauria Tucci assim se manifesta sobre o conceito de processo:

“Este, afinal, se apresenta como *instrumento* mediante o qual toda atividade compreendida na *ação judiciária* se desenvolve – um *instrumento, técnico e público, de distribuição de justiça*.⁵

Dinamarco, Grinover e Cintra sintetizam a evolução da natureza jurídica do processo como uma relação jurídica complexa entre os sujeitos do processo (principais e secundários), geradora de um plexo de posições jurídicas ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus).⁶

Parte da doutrina brasileira tem se insurgido contra a adoção simplificada da relação jurídica processual para definir a natureza jurídica do processo, dando ênfase ao modelo constitucional vigente como decorrente do Estado Democrático de Direito. Segundo esses autores, se o modelo de Estado for ou não democrático, a ideia de processo será plasmada pelo modelo de Estado adotado pela Constituição do país.⁷

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apresentam o que denominam como crítica ideológico-cultural da teoria da relação jurídica processual. Sustentam que o importante é o comprometimento com os valores do Estado constitucional, para conferir legitimidade à decisão jurisdicional e a efetiva tutela do direito material:

5 TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*, vol 2. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 5

6 CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 20ª ed., págs. 282-283.

7 BUENO, Cássio Sparpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, volume 2, pág. 369.

Embora sobre a questão controvertam no mínimo três grandes correntes de pensamento, isto é, os textualistas, os procedimentalistas e os substancialistas, cada uma dando sua solução ao problema da legitimidade da decisão, parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão seja legitimada pelos direitos fundamentais.

Seria possível dizer que essa última questão não diz respeito ao processo, mas apenas à decisão, devendo ser considerada tão somente em uma “teoria da decisão”. Acontece que a decisão é o ato máximo de posituação do poder jurisdicional, isto é, a razão do seu acontecimento e desenvolvimento. O processo, ao culminar em decisão que coloca o direito fundamental em confronto com a lei infraconstitucional, requer abertura à participação e observância de desenvolvimento argumentativos peculiares, inclusive do próprio juiz. Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legítima, não constitui instrumento idôneo ao Estado constitucional.

O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.

[...]

Diante de tudo isso fica fácil perceber que o procedimento, ao contrário do que se pensava em outra época, tem fim e conteúdo e que o processo não pode se desligar de um procedimento com essas qualidades. Ou melhor, o processo necessita de um procedimento que seja, além de adequado à tutela dos direitos na sua dupla dimensão, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. *Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.*⁸

8 MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1, páginas 435 e 439-440.

Em posição conciliadora, Fredie Didier Jr. considera que é possível adotar em nível teórico o conceito de processo como uma relação jurídica, sem, contudo, definir teoricamente o conteúdo desse liame. O modelo encampado pela Constituição para o exercício da função jurisdicional é que delimitará a natureza jurídica do plexo de situações jurídica que são enfeixadas pela noção de processo. O autor defende que não se deva abandonar a ideia de relação jurídica, ainda que se adote o paradigma do procedimento em contraditório:

“No caso do direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficaz da relação jurídica processual, será preciso compreender o *devido processo legal* e os seus corolários, o que será feito no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito lógico-jurídico que não engloba o respectivo conteúdo dessa relação jurídica. É preciso lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais que devem observância àquela.

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva) ou, ainda, como um procedimento em contraditório, segundo a visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

O termo “processo” serve, então, tanto para designar o *ato processo* como a *relação jurídica* que dele emerge.

O art. 14 do CPC ratifica essa compreensão sobre o processo: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Observe que o legislador fala em atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas. Exatamente como ora se propõe.”⁹

9 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed, p. 33.

O retrospecto sobre as concepções sobre a natureza jurídica do processo demonstra a evolução o pensamento doutrinário a respeito do instituto, para integrá-lo como peça fundamental do Estado Democrático de Direito ou do Estado constitucional.

O exercício do poder não pode ser arbitrário. Daí o conjunto de direitos fundamentais que deverão ser integrados ao modelo de instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para debelar as crises que nascem entre os jurisdicionados. E o instrumento se legitima pela participação dos sujeitos do processo para o desfecho da crise, com o pronunciamento jurisdicional que reconheça o direito e o torne efetivo.

Portanto, acreditamos que possamos sintetizar a noção de processo (seu conceito, natureza jurídica) da seguinte forma:

Processo é a relação jurídica que serve como instrumento modelado pela ordem jurídica, com raiz constitucional, que assegura os direitos fundamentais das partes, na qual o Poder Judiciário (pelos seus diversos órgãos), com a efetiva participação das partes na construção de uma solução eficaz para a lide, por meio da prática de atos que implicarão situações jurídicas ativas e passivas para todos os seus participantes.

Esse protótipo de conceito, segundo nos parece, concilia as posições anteriormente expostas, ligando o passado do direito processual (antes da aurora do constitucionalismo moderno) com as necessidades do presente e do futuro da prestação jurisdicional.

Nosso protótipo reúne a presença de uma relação jurídica em que se assegurem os direitos fundamentais e destaca a necessidade de efetiva participação dos sujeitos processuais para legitimar o exercício do poder pelo Judiciário, bem como seu caráter instrumental: o instrumento tem a finalidade precípua de solucionar a lide.

Como instrumento destinado a dar uma solução eficaz para a lide, terá uma conformação (modelo) de acordo com o tipo de crise que vier a ser submetida ao Poder Judiciário. Assim, como o diagnóstico de uma enfermidade determina qual a terapêutica que deve ser adotada, as crises (lesões ou ameaças de lesão a direito) determinarão qual o tipo de processo deve ser utilizado.

Classicamente, os processos são divididos em 3 (três) categorias principais, derivadas do tipo de crise apresentada ao Judiciário: pro-

cesso de conhecimento, de execução e cautelar. Com o novo Código de Processo Civil, essa divisão se reduz a duas categorias (conhecimento e execução). Para os fins deste breve ensaio, vamos nos ater ao processo de conhecimento.

O processo de cognição tem como pressuposto um conflito de interesses (crise) que demanda a análise de fatos por parte do juiz, para que este possa apresentar uma solução (decisão) diante dos efeitos jurídicos que emanam dos fatos apresentados pelas partes. Entre os litigantes paira incerteza sobre a violação ou não de direitos. José Roberto dos Santos Bedaque ilustra o problema¹⁰:

No exercício da função jurisdicional, o juiz conhece das alegações feitas pelas partes, fundadas em fatos da vida possivelmente aptos a gerar efeitos jurídicos, e formula a regra de direito material para a situação concreta. Ao fazê-lo, soluciona a crise de cooperação verificada no plano substancial, representada pela não observância espontânea das normas pelos próprios destinatários. Tivessem eles, por si mesmos, encontrado a regra abstrata adequada à situação em que se encontram e aceito os efeitos nela previstos, a atividade jurisdicional seria em princípio desnecessária.

Esse resultado implica eliminar incertezas jurídicas, alterar ou manter situações jurídicas e afastar o inadimplemento de obrigações.

Incertezas ocorrem sempre que houver dúvida objetiva sobre a existência ou não de relações jurídicas. Alguém se considera credor e saca uma duplicata, com o que não concorda o suposto devedor. Para afastar essa situação de incerteza, pode ele buscar tutela jurisdicional de natureza declaratória negativa. Outrem entende ser filho, mas o indigitado pai nega-se a reconhecer espontaneamente a paternidade. Só lhe resta a via judicial, visando à obtenção coercitiva dessa declaração.

[...] Na hipótese de crise de cooperação representada pelo inadimplemento de uma obrigação, a atividade cognitiva do juiz destina-se à formulação da regra e à imposição da sanção condenatória. Com a respectiva sentença, está o autor autorizado, ainda pela via judicial, a invadir o patrimônio do réu para satisfação do direito obrigacional.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Revista do Advogado, n^o 85, p. 64:

Portanto, para cada tipo de crise, a solução jurídica que emanará da sentença irá variar, ajustando-se à necessidade do caso concreto. Sendo a crise exclusivamente de incerteza (existência ou inexistência de um direito, obrigação ou vício em negócio jurídico), a atividade cognitiva ao longo do processo visará a eliminar a incerteza ou, dito de outro modo, estabelecer a certeza sobre a existência ou não do direito. Por outro lado, se a crise envolver a criação, modificação ou extinção de vínculo jurídico, a sentença proferida determinará a produção desses efeitos jurídicos (e as consequências adjacentes). Finalmente, se a crise é de inadimplemento, além do reconhecimento dessa situação, a sentença estabelecerá a sanção, permitindo ao titular do direito, caso não haja satisfação voluntária, iniciar a fase de satisfação, com a prática de atos invasivos (e nos limites estritamente necessários) do patrimônio do devedor.

Conforme a doutrina, o instrumento conhecido como processo é diretamente plasmado pelo tipo de crise sobre o qual é utilizado. Como instrumento de que se serve a Jurisdição, o processo deverá adaptar-se às situações postas em juízo, a fim que se exerça sobre a controvérsia atividade cognitiva suficiente e adequada para debelar a incerteza.

Para que se faça adequada e suficiente atividade intelectual sobre os fatos da causa, devemos lembrar como funciona a mecânica processual.

3. Mecânica processual

Tradicionalmente, o *iter* do processo pode ser apresentado como o desenvolvimento de algumas fases, para fins didáticos. Isso porque a divisão do processo em fase tem em consideração um critério pragmático: a preponderância de um determinado tipo de atividade e seus respectivos sujeitos. Porém, ao longo das fases é possível identificar atividades que se desenvolveriam em outros momentos. Assim, advirta-se que não existem fases “puras”, isto é, que impliquem exclusivamente determinada atividade. O CPC de 1973, considerando o procedimento ordinário, é apresentado como dotado de quatro fases lógicas: postulatória, de saneamento, instrutória e a decisória.¹¹

11 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume 1, 45ª ed, pp. 370-373. O autor deixa claro o caráter didático da separação, pág. 371: “Estas fases, na prática,

Sinteticamente, as fases possuem as seguintes atividades:

a) *Fase postulatória*: compreende a apresentação pelo autor e pelo réu de suas razões de fato e de direito, isto é, abarca a exposição do caso e do pedido pelo autor e das defesas pelo réu (quer sejam contra o processo, quer sejam contra pretensão do autor), razão pela qual nota-se a atividade preponderante das partes. Essa fase compreende a petição inicial até a fase saneadora (a depender da existência ou não de contestação e o teor desta);

b) *Fase saneadora*: compreende atividades de exame da regularidade do processo, para aferir se o processo tem condições de receber uma decisão de mérito (com ou sem a necessidade de atividade instrutória) ou se apresenta defeitos que inviabilizam a resolução de mérito. Nessa fase, a atividade é principalmente do juiz, que verificará se há vícios de natureza sanável, determinando a sua correção; acaso os vícios sejam incontornáveis, o processo terminará sem resolução de mérito; ou se, embora apto a julgamento de mérito, o juiz deve avaliar se há necessidade de colheita de provas ou se pode decidir com o material existente nos autos. Nessa fase, será delimitado o conjunto de fatos que serão objeto da fase instrutória, bem como as provas adequadas à sua demonstração que serão produzidas;

c) *Fase instrutória*: compreende a produção das provas pericial e oral, posto que as provas documentais já deverão ter sido apresentadas (juntamente com a petição inicial e com a contestação), sendo que a prova pericial é produzida antes da audiência de instrução e julgamento, ao passo que as provas orais são colhidas em audiência (com a ressalva das chamadas provas antecipadas e provas de fora [estas são colhidas por outro magistrado, por meio de carta precatória ou rogatória]);

d) *Fase decisória*: é o momento em que, colhido o material probatório, as partes apresentam suas razões finais e o magistrado, sopesando as alegações de fato e de direito com as provas produzidas, profere a sentença.

nem sempre se mostram nitidamente separadas, e às vezes se interpenetram. O que, todavia, as caracteriza é a predominância de um tipo de atividade processual desenvolvida pelas partes e pelo juiz”.

Já o novo CPC, segundo entendemos, incluiu uma nova fase no processo: a fase de conciliação/mediação, antes que se conclua a fase postulatória. Ou seja, a fase postulatória terá embutida uma fase para conciliação ou mediação do conflito deduzido na inicial.

Mediação e conciliação, embora comunguem da mesma natureza (autocomposição) e do mesmo objetivo (solução da lide pelas partes), constituem técnicas distintas de resolução alternativa de conflitos¹², as quais podem ser manejadas antes mesmo da existência do processo. O novo CPC busca distinguir ambas sob o critério da prévia existência de relação entre as partes.

Segundo a dicção do novo CPC (art. 165, § 2º), o conciliador atuará nos casos em que não houver prévia relação (vínculo) anterior entre as partes. Aqui a lei disse menos do que o necessário. Entenda-se: antes do evento que gerou o conflito não existia relação que gerasse direitos e obrigações e, uma vez solucionada a controvérsia, *não haverá vínculo ou relação posterior entre as partes*. Talvez o melhor exemplo seja o típico conflito decorrente de um acidente de trânsito. Essa é a razão pela qual a atuação do conciliador é incisiva, no sentido de que esse auxiliar do juiz pode propor soluções às partes.

Por outro lado, a mediação é a técnica mais adequada para obter composição entre partes que possuíam uma relação jurídica anterior e, *uma vez resolvida, ainda manterão algum vínculo gerador de direitos e obrigações*. Por essa razão, os melhores exemplos são as demandas envolvendo direito de família, como por exemplo, questões sobre alimentos, guarda, visitas etc., pois os anteriormente cônjuges, quando tiveram filhos durante o casamento, ainda conservarão a necessidade de se relacionar no futuro, ao menos, até a maioridade dos filhos. Por isso, o mediador atuará para reconstruir as pontes necessárias para que a questão presente seja resolvida, além de evitar litígios futuros, abrindo os olhos das partes para que possam regular por si seus interesses, evitando-se novas visitas à clínica judiciária.

12 Em inglês, o instituto é conhecido como *alternative dispute resolution*, com o acrônimo ADR. Em português, poderíamos utilizar RAD ou *solução alternativa de controvérsias*, expressão utilizada por DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed., p. 275. Neste caso, o acrônimo seria SAC, com o inconveniente de ser confundido com serviço de atendimento ao consumidor.

Em nossa opinião, a inclusão dessa fase é importante, pois se bem conduzidas as técnicas de resolução alternativa de disputas, a sociedade tende a ganhar: haverá uma desoneração do Poder Judiciário, que poderá dedicar-se às questões jurídicas mais relevantes. Ademais, instaurada essa fase, haverá a suspensão da fase postulatória, pois somente se (a) recusada por ambas as partes ou (b) for inadmissível a autocomposição essa fase intermediária não se instaurará.

Cumprido frisar que o novo CPC não estabelece o período da conciliação/composição como suspensão do processo no artigo 313, porém, é inegável que, nesse período em que se busca a autocomposição, o processo ficará suspenso, até pelo fato de que o prazo para a resposta só começará a fluir após o encerramento da audiência (ainda que ela se tenha desdobrado em mais de uma sessão).

Feitas essas ponderações, a *mecânica processual*¹³ desenvolve-se conforme as interações entre os fatos e pedidos articulados pelo autor e as possíveis reações do réu. O autor deduz fatos dos quais extrai consequências jurídicas (causa de pedir próxima e remota) que fundamentam o pedido. Esquemáticamente temos:

$F + C = P$ (onde F = Fato; C = Consequência jurídica; P = Pedido).

É possível que haja cumulação de causas de pedir e de pedidos, em atendimento ao princípio da economia e da eficiência.

Ao ser citado (arts. 238, 239 e 334 do novo CPC), o réu poderá reagir de diferentes formas, as quais irão influir no desenvolvimento da mecânica processual ou da fluxo processual. Dito de outro modo, a relação processual se desenvolverá conforme as reações apresentadas pelo réu, tendo sempre como norte a prolação da sentença. Agora, os caminhos que serão percorridos para tanto irão variar conforme as atitudes tomadas pelo réu diante da citação.

Esses caminhos poderão exigir atividade do autor ou poderão demandar atividades do juiz, a fim de determinar qual das demais fases será inaugurada: de saneamento, de instrução ou decisória, a depender da reação do réu e da regularidade da petição inicial.

13 Ou dinâmica processual. O desenvolvimento ulterior do processo depende tanto do que é alegado pelo autor, quanto das reações esboçadas pelo réu.

4. Reações do réu e suas consequências

4.1. Réu que não oferece contestação: revelia

Findo o ciclo citatório, instaura-se a fase de providências preliminares, saneamento e organização do processo. A primeira reação possível para o réu é não responder aos termos da demanda, deixando de oferecer contestação. Na tradição do CPC de 1973, a situação implicaria para o juiz verificar a ocorrência ou não dos efeitos da revelia, considerando duas ordens de questões: a) o teor da demanda (causa de pedir e pedido); b) a forma de citação. Esse exame continua no novo CPC.

A primeira ordem de questões tem como fito apurar se o tema de discussão no processo está entre as hipóteses em que se excluem os efeitos da revelia (art. 345 do NCPC) ou se, apesar de admissível a aplicação dos seus efeitos, o juiz ainda assim possa afastá-los, determinando a inauguração da fase instrutória. Por seu turno, a forma pela qual se realizou a citação influenciou na apuração dos efeitos da revelia.

Com efeito, convém relembrar que a citação pode ser realizada de forma real ou ficta. Naquela, o réu efetivamente recebe a ciência da existência do processo. Nesta, a legislação processual presume que o réu tenha conhecimento do processo, pela necessidade prática de desenvolvimento do processo, superando o entrave que se verificava no direito romano que exigia a presença do réu.

O NCPC estabelece que nas hipóteses de citação ficta (por hora certa e por edital), não sendo ofertada contestação, será nomeado curador especial. Aliás, os arts. 253, § 4º, e art. 257, IV, determinam que haja a advertência de que, realizada a citação por hora certa ou por edital, será nomeado curador especial. Igualmente, o réu preso que for revel também terá nomeado curador especial (art. 72, II).

Assim, embora o réu não tenha ofertado defesa voluntariamente (portanto, do ponto de vista estritamente lógico ocorre revelia) a manifestação do curador especial implicará tornar controvertida a matéria veiculada na exordial, ainda que a contestação seja genérica.

A falta de contestação implica a ocorrência do *fato* revelia: ausência de apresentação de contestação. Não podemos confundir o fato (negativo) com os seus efeitos.

Do *fato* revela decorrem efeitos, sendo que um é obrigatório enquanto o outro pode eventualmente ser afastado.

O principal efeito da revelia reside na fixação de uma presunção¹⁴ que favorece o autor: em princípio, os fatos que foram articulados na petição inicial serão presumidos como verdadeiros (*rectius*: os fatos narrados serão considerados como efetivamente ocorridos).¹⁵

As presunções são mecanismos lógicos (portanto, não são provas)¹⁶, estabelecidos pela lei ou pelos homens, que permitem concluir pela ocorrência de um determinado *fato* a partir da demonstração de outro fato por quaisquer meios de prova admitidos em direito.

Fundadas na probabilidade sobre o que normalmente ocorre (isto é, decorrente da observação daquilo que normalmente ocorre no mundo empírico), as presunções atuam como catalisadoras do raciocínio da-

14 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p 312: Em alguns casos admite-se um fato como provado sem ter sobre ele sido produzida prova direta; provado um *fato base* “B” (também denominado *auxiliar*, *indício* ou *fato presumidor*) – por meios de prova conhecidos (documental, testemunhal, pericial) – considera-se demonstrado (por presunção) o fato “P”, denominado de fato *presumido*. Por isso a presunção é considerada

15 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.*, p. 601-602: As presunções legais, em contrapartida, não fornecem elementos de prova, mas dispensam da prova aquele a quem elas aproveitam. Na ausência de prova contrária, as presunções *juris tantum* determinam os efeitos jurídicos de uma dada situação: sempre dirão respeito aos *fatos qualificados*. A presunção de paternidade considera pai *legal* o marido da mãe da criança. O papel das presunções é facilitar a tarefa do juiz ou do administrador público, daquele que se acha na obrigação de julgar, daquele que deve tomar uma decisão, quando a prova do fato é difícil de fornecer. Vê-se que a instituição da presunção legal *juris tantum* se justifica por preocupações de segurança jurídica. Mas, criando uma desigualdade entre as partes, ela favorece necessariamente uma delas em nome de outras considerações e de outros valores diferentes da verdade ou da segurança jurídica [...] A presunção legal *juris tantum*, ao admitir a prova em contrário, permite o surgimento da verdade, mas levando igualmente em conta outros valores que não se podem desprezar. Estando intimamente ligada ao problema do ônus da prova, e à possibilidade de inverter esse ônus, a presunção *juris tantum* diferencia profundamente o raciocínio jurídico do raciocínio do historiador, por exemplo. [...] O papel das presunções *juris et de jure* é muito diferente: elas não se referem ao ônus da prova de um fato passado; elas se esforçam, ao contrário, para exercer uma influência sobre os acontecimentos futuros, de maneira que se amoldem o mais possível à presunção estabelecida. O papel da presunção *juris et de jure* é bem ilustrado pelo exemplo citado pelo professor Rivero em sua comunicação sobre as ficções e as presunções em direito público francês. A ausência de resposta da administração pública, dentro de um prazo de quatro meses, a um requerimento do administrado, é considerada pela legislação francesa como uma presunção *juris et de jure* de rejeição do pedido, o que abre o caminho para uma apelação dessa decisão”.

16 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 312-313.

quele que irá julgar: não dispondo de prova direta do fato, serve-se da demonstração de outros eventos que possam fazer crer que determinado evento sucedeu (sejam esses fatos base antecedentes ou consequentes do fato probando).

No caso da revelia, a presunção tem por função exonerar o autor do ônus probatório de suas alegações, dispensando que sejam produzidas provas sobre os fatos narrados na exordial, atendendo ao princípio da economia e da duração razoável dos processos: não havendo controvérsia sobre os fatos, a produção da prova é desnecessária e sua eventual produção alongaria o arco procedimental de forma a penalizar o autor.

A presunção pode ser afastada nas hipóteses do art. 345:

a) Quando houver litisconsórcio passivo, ao menos um dos réus oferecer contestação. Nessa hipótese, o NCPC mantém a regra do benefício comum aos litisconsortes que não contestaram: a resposta de um favorece aos demais, em que pese o princípio da autonomia entre os colitigantes (art. 117). No caso concreto, cumprirá examinar se os fatos articulados são efetivamente comuns a todos os litisconsortes ou se existem fatos que somente se referem aos réus revéis. Nessa última hipótese, a presunção decorrente da revelia incidirá, não se aplicando a regra de exclusão.

b) Se houver alegação de direito que seja considerado indisponível, afasta-se a presunção. *Direito indisponível* é aquele do qual o titular não tem plena (total) liberdade de disposição, o que impede, por exemplo, a renúncia sobre ele, que é o ato unilateral de abdicação do direito.¹⁷ Assim, para proteger o titular de direitos indisponíveis, o legislador afasta a possibilidade de aplicação da presunção decorrente da ausência de contestação, afastando a possibilidade de que estratégias imbuídas de má-fé possam prevalecer sobre direitos considerados altamente relevantes para a ordem jurídica.

c) O regime do CPC de 1973 e o novo CPC incorpora a regra da concentração da produção da prova documental com a petição inicial.

17 O melhor exemplo é o direito aos alimentos, conforme estatui o Código Civil: *Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.*

E, exigindo a lei que determinado ato seja revestido de uma determinada forma (ou seja, que seja utilizada a forma pública, em que o conteúdo vem determinado pela lei material), a sua comprovação em juízo somente pode se dar com a apresentação do respectivo instrumento público, como ocorre por exemplo a compra e venda de bem imóvel. Nesses casos, o fato que se quer provar somente poderá ser considerado se for apresentado o instrumento público que ateste o referido ato.¹⁸

d) Os fatos que forem *considerados* inverossímeis (isto é, não críveis) ou cuja afirmação seja contrariada pelos elementos de prova que forem trazidos aos autos. Aqui o legislador estabelece que o magistrado fará um juízo de valor sobre os fatos diante da revelia, afastando a presunção por ausência de credibilidade das assertivas fáticas. Deveras, a presunção decorre de uma ponderação de probabilidade do fato alegado ter ocorrido, razão pela qual, se o juiz não se convencer da probabilidade do evento, afastará a incidência da presunção, o que implicará para o autor o ônus de demonstrar a sua ocorrência. Por outro lado, a existência de elementos de prova nos autos que apontem o contrário do alegado também implicará afastar a presunção.

Além das hipóteses apontadas no art. 345, impõe-se consignar que a reconvenção ofertada pelo réu, sem que este tenha também contestado, poderá afastar a incidência da revelia, ainda que não haja oferecimento da contestação: um exemplo dessa situação seria a demanda indenizatória decorrente de acidente automobilístico, na qual o réu, em lugar de contestar, atribui ao autor a responsabilidade pelo evento danoso¹⁹.

Réu revel não é réu derrotado, vencido; logo, a revelia não implica procedência do pedido. Portanto, ainda que os fatos narrados na exordial não precisem ser provados pelo autor, o juiz deverá examinar se deles decorrem as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, não sendo incomum que, apesar da revelia, o pedido possa ser julgado improcedente.

18 Cumpre lembrar que determinados fatos jurídicos e atos relevantes são objeto de registro público, condicionando a sua prova em juízo, conforme se verifica do rol dos artigos 9º e 10 do Código Civil.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2, p. 192.

A revelia implica outra consequência de ordem processual: os prazos para o réu revel fluirão da data da publicação do ato decisório no órgão oficial, conforme previsto no art. 346 do NCPC.

Em nosso sentir, há uma impropriedade técnica do novo CPC, quem nem sempre é apontada na doutrina corrente, qual seja, a confusão entre os conceitos de publicação e intimação.

Publicação é o ato de tornar público, isto é, acessível a qualquer um o conteúdo de uma decisão ou ato ordinatório. Assim, uma audiência ou sessão do tribunal é pública, sendo que os atos ali praticados são tornados públicos naquele momento. Do mesmo modo, quando o magistrado profere em seu gabinete uma decisão, sentença ou determina alguma providência, esses atos se tornarão públicos no momento em que as partes puderem ter acesso aos autos, *independentemente de qualquer ato de comunicação*. O fato de se tornar pública a decisão implica para o juiz (ou desembargadores, quando pronunciado o resultado do julgamento colegiado durante a sessão da câmara) a preclusão *pro judicato*, impedindo que se altere a decisão (art. 494 e 941 do NCPC), com as exceções legais decorrentes da correção de erros materiais ou decorrente de embargos de declaração.

Por seu turno, a intimação é *ato de comunicação*, cujas modalidades e conteúdos estão disciplinadas no NCPC (arts. 269 a 275). Assim, os diários oficiais são apenas o meio, a forma pela qual a intimação ocorre. Porém, tanto na prática, quanto na legislação, por vezes os conceitos são confundidos.

No regime do CPC de 1973, para o réu revel os prazos fluíam independentemente de intimação (pois não seria praticado tal ato, art. 322 do CPC de 1973), razão pela qual se considerava o termo *a quo* o momento em que a decisão se tornava pública, fato que não se confunde com a intimação veiculada pelo diário oficial.

O artigo 346 do NCPC é passível de críticas, considerando o sistema do processo eletrônico, decorrente da Lei do Processo Eletrônico (Lei Federal nº 11.419/2006), cujo espírito é incorporado pelo novo Estatuto Processual.

Com efeito, a intimação dos atos processuais será realizada, preferencialmente, por meio eletrônico. Ou seja, o ato de comunicação será

realizado via de regra diretamente às partes que possuem representação processual, o que torna desnecessária a sua veiculação pela imprensa (art. 270 do NCPC). Exigir ambas as atividades atenta contra o primado da eficiência e da economia, pois implicaria dupla atividade processual.

Além dessa questão, o artigo 224, incorporando o teor da Lei Federal 11.419/2006, estabelece duas situações distintas: a *disponibilização*, que torna público, disponível, acessível a qualquer pessoa o teor do evento processual, seja ele ato da parte adversa, seja ele despacho, decisão, sentença ou acórdão; e a *publicação*, que é o termo inicial para a contagem de prazos, entre outras hipóteses indicadas pelo artigo 231 do NCPC.

A distinção que se propõe aqui pode parecer um excesso de formalismo. Talvez, mas acreditamos que a boa técnica recomenda sua observação, inclusive por abreviar o curso do processo. Porém, o legislador determinou que os prazos para o revel possam fluir da publicação no diário oficial. Em nosso sentir, os prazos para o revel deveriam fluir sempre do momento em que o ato ou decisão se torna público, independentemente de ato de comunicação.

A intimação do revel somente se justifica para atos que ele tenha de praticar por si mesmo, como o depoimento pessoal, exibição de documento ou coisa ou o cumprimento da sentença. A doutrina corrente entende que mesmo o teor da sentença deve ser comunicado ao réu, para assegurar o contraditório.²⁰

Embora revel, o réu não está banido ou exilado do ambiente processual. Poderá ingressar na relação processual, assumindo o feito no estado em que se encontra. E, ressalvada a hipótese de nulidade da citação, o feito não retrocederá a fases anteriores. Assim, a intervenção posterior do réu revel não terá o condão de fazer o procedimento regredir a fases anteriores.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2, p. 193.

4.2. O réu oferece defesas contra o processo

Ao optar por oferecer resposta, o réu possui um leque de opções de respostas, quer as defesas se voltem contra o processo, que elas seja direcionadas com o mérito da pretensão²¹.

Isso significa que o réu, ao oferecer defesas contra o processo, busca retardar a marcha processual ou buscar a sua extinção prematura, impedindo ou retardando, em virtude de um vício processual, que haja um pronunciamento sobre a existência ou não do direito.

Por outro lado, a defesa pode voltar-se contra o mérito do pedido, seja negando a ocorrência dos fatos narrados na inicial ou suas consequências, seja pela apresentação de outros fatos que podem neutralizar os efeitos jurídicos que favorecem a pretensão do autor.

Em torno dessas duas categorias, há diversas classificações doutrinárias, baseadas em critérios distintos. O primeiro critério que nos interessa é a sua cognição pelo órgão judiciário, quer ela tenha sido invocada ou não pela parte.

Com efeito, não é raro que o juiz, embora não tenha sido incitado pelas partes, se depare com questões (processuais ou de mérito) que podem influir no desenvolvimento do processo ou na solução da lide. A questão é separar as hipóteses em que ele está autorizado pela ordem jurídica a decidir tais questões sem que elas tenham sido opostas (ou seja, conhecer de ofício) e quando essa cognição lhe é vedada.

Conforme esse primeiro critério, as defesas se dividem em exceções e objeções.

Em princípio, as *exceções* (como sinônimo de defesa) não passíveis de exame de ofício pelo juiz, devendo ser suscitadas pela parte a quem aproveitem (sejam elas processuais ou de mérito). Assim, a existência da cláusula de arbitragem em um contrato, embora o juiz possa lê-la no instrumento, não pode ser examinada por ele para afastar o exercício

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, págs. 328-329. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol 2. 17ª ed, págs. 123-125.

da jurisdição: somente o réu poderá invocá-la. Igualmente, certas questões relacionadas ao mérito da pretensão dependem de invocação pelo réu, como a existência de dolo, coação, estado de perigo ou lesão na celebração de um negócio jurídico, ainda que a narrativa ou elementos carreados aos autos permitam ao juiz deduzir que ocorreram: impõe-se que parte a quem aproveite invoque essas circunstâncias.

Por outro lado, as *objeções* são as circunstâncias que podem ser examinadas e decididas pelo juiz independentemente de provocação das partes, ou seja, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Tanto podem versar sobre questões processuais (*v.g.*, incompetência absoluta, o valor da causa [art. 292, §3º]) quanto podem referir-se a matérias de mérito (decadência, prescrição, impossibilidade jurídica do pedido).

Sobre a questão de ser ou não cognoscível de ofício, o novo CPC estabelece que o juiz não pode proferir o que se denomina doutrinariamente de “decisão surpresa”: decisão sobre ponto ou questão que não fora suscitado ou debatido pelas partes.

Os artigos 6º, 9º e 10 do novo CPC, na linha da cooperação dos sujeitos processuais, estabelecem que o juiz *deverá* promover o debate da questão, proporcionando um efetivo contraditório, ainda que a questão fosse passível de exame de ofício. Cuida-se da nova visão do contraditório, que impõe deveres ao juiz e assegura direitos às partes: dever de informação, direito de manifestação e o dever de apreciação ou exame.²² Outros autores denominam esse deveres/direitos de dever de diálogo, prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio²³. O novo CPC estabelece um contraditório dinâmico, onde efetivamente todos possam contribuir para a solução da controvérsia, não se limitando mais à audiência bilateral e possibilidade de reação.

22 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed, 102.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1, págs. 76-78. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015*, págs. 16-17. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, págs. 65-68.

A postura do magistrado deverá aumentar em transparência, pois esse, ao detectar alguma questão que possa ser examinada de ofício, deverá apresentá-la às partes, para que possam apresentar suas razões para o seu acolhimento ou rejeição.

De fato, figure-se a hipótese de o juiz considerar que exista prescrição, que não foi suscitada pelo réu. Numa visão mais apressada, o juiz não deveria pestanejar, sendo de rigor a declaração da prescrição, pois isso atenderia ao princípio da duração razoável do processo e economia processual.

Porém, como a prescrição depende da qualificação da relação jurídica, bem como pode ser afetada por outros fatos (ignorados pelo juiz e não suscitados pelas partes por razões diversas), é indispensável que seja proporcionado espaço para o debate da questão.

Com efeito, embora possa num momento parecer que exista um retardamento na solução, esse debate reduzirá o âmbito de discussão futura, especialmente pela redução do manejo de recursos, pois uma das principais razões de milhares de recursos é a insuficiência de debate e, conseqüentemente, da fundamentação.²⁴

Sobre outro critério, qual seja, o efeito sobre a marcha do processo ou sua aptidão para provocar a extinção do processo, as defesas processuais são denominadas dilatórias ou peremptórias. Aquelas, implicam apenas o retardamento da marcha processual, para que um determinado vício seja corrigido. Estas, por seu turno, implicam a extinção do processo sem a resolução da lide.

Enquanto o sistema processual de 1973 listava diversos meios para deduzir as mais variadas defesas (exceções de impedimento, suspeição e de incompetência relativa; impugnação ao valor da causa e ao benefício da assistência judiciária), o legislador de 2015 optou por aprimorar o conceito de concentração da defesa, de forma que o réu deverá deduzi-la integralmente numa só manifestação: contestação.

Com isso, algumas questões que surgiam com o oferecimento de determinadas defesas, como a suspensão do processo em razão da argui-

24 No exemplo figurado, qualquer que fosse a decisão do juiz, ela poderia suscitar um recurso com duplo fundamento. Acolhendo, haveria apelação com fundamento na violação do contraditório e no *error in iudicando* na decretação da prescrição. Rejeitando, caberia o agravo de instrumento (art. 1.015, II).

ção de incompetência relativa deixarão de ocorrer, pois o procedimento torna-se mais concentrado, dispensando a multiplicação de manifestações e incidentes.

Assim, questões que antes eram objeto de procedimentos próprios (impugnação ao valor da causa, exceção de incompetência relativa) foram agrupadas todas nas chamadas preliminares de contestação (art. 337), ressalvadas as questões relativas à imparcialidade do juiz (impedimento e suspeição), que continuarão a receber tratamento procedimental apartado (art. 146). Como veremos mais adiante, isso se refletirá na importância das providências preliminares.

4.3. O réu oferece defesas contra o mérito

Além das defesas processuais, o réu pode voltar-se contra o mérito da pretensão, podendo fazê-lo de duas formas: direta ou indiretamente.

As chamadas defesas *diretas* de mérito são aquelas que se voltam contra a existência dos fatos narrados na inicial ou as consequências jurídicas que o autor pretende ver acolhidas²⁵. Assim, a *função processual* da contestação quando ofertadas defesas diretas de mérito é estabelecer a controvérsia sobre as alegações *de fato* e *de direito* apresentadas.

Estabelecida a controvérsia, impõe-se a delimitação do ônus probatório: a quem cabe o ônus da demonstração de juízo das alegações. Por princípio, e por não ser o objeto de investigação deste ensaio, fixaremos a noção essencial que decorre do artigo 373 do NCPC: aquele que formula uma alegação deve prová-la. Assim, as alegações factuais do autor, ao serem impugnadas pelo réu, deverão ser demonstradas pelo autor por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico.

Ainda no campo das defesas diretas, o réu pode impugnar as consequências jurídicas invocadas pelo autor. Isso significa que o réu pode afirmar que, apesar da ocorrência dos fatos invocados, as consequências jurídicas pretendidas não ocorrem ou são diversas das pretendidas, o que pode decorrer da qualificação jurídica da relação que fundamenta

25 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 636.

a pretensão. Por exemplo, o autor alega que celebrou um mútuo com o réu, ao entregar a ele uma determinada soma em dinheiro. O réu, ao contestar, não nega que tenha recebido a quantia, mas discute o título jurídico dessa entrega, alegando, por exemplo, que houve, em verdade, uma doação.

De outro lado, o réu pode oferecer as chamadas defesas indiretas: alega outros fatos juridicamente capazes de neutralizar (total ou parcialmente) a pretensão do autor, como, por exemplo, invocar a ocorrência de prescrição, decadência, pagamento, novação entre outros fatos que sejam capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito invocado pelo autor.

Nesse aspecto, as defesas indiretas de mérito produzem uma ampliação do objeto de cognição do juiz, promovendo um enriquecimento do leque de questões fáticas e jurídicas que deverão ser objeto de meditação e decisão pelo magistrado. E, nesse caso, em princípio, aplica-se o 373 do NCPC: ao réu caberá demonstrar a ocorrência desses fatos.

4.4. O réu oferece reconvenção

A última reação possível do réu é o oferecimento da reconvenção. Cuida-se agora do que se poderia chamar de contra-ataque do réu (agora chamado reconvinente), pois ele passa a deduzir uma pretensão em face do autor (denominado reconvido). Então, teremos duas ações no que se convencionou chamar de *simultaneus processus*.

Decalcado esse instituto do princípio da economia processual, visa a reconvenção permitir a concentração de atividade cognitiva e probatória para solução de controvérsias que guardem conexão entre si. Deveras, as vantagens da concentração e economia processual somente existirão se houver compatibilidade, afinidade das questões postas nas respectivas demandas.

No regime do CPC de 1973, a reconvenção deveria ser ofertada, como regra, em peça processual distinta da contestação. Porém, o novo CPC adota solução distinta, determinando ainda maior concentração: a reconvenção será articulada na própria contestação.

Aqui se verifica a absorção pelo novo CPC das experiências decorrentes do rito sumário previsto no CPC de 1973 e do sistema processual

dos juizados especiais (Lei federal 9.099), que não permitiam a reconvenção, mas apenas o chamado pedido contraposto. Esse somente é admissível quando não há enriquecimento factual, pois deve se fundado nos mesmos fatos.

Embora não seja mais ofertada em peça apartada, impõe-se que ela observe, tanto quanto possível, a estrutura da petição inicial, com apresentação de seus fundamentos fáticos, jurídicos e pedidos respectivos. Segundo pensamos, como necessidade de dar efetividade à comunidade de trabalho que o novo sistema processual impõe, as partes deverão colaborar no sentido de formularem suas pretensões com o mínimo de estruturação cognitiva, a fim de facilitar a realização do contraditório e a fase ulterior de ordenamento do processo.

A reconvenção, sendo uma ação autônoma, deverá ser anotada no Distribuidor, competindo ao juiz ordenar tal providência de ofício. Em decorrência dessa autonomia, o NCPC repete a regra de que a desistência ou improcedência da ação não obsta o julgamento da reconvenção, razão pela qual não se estabelece uma relação de prejudicialidade com a sua apresentação. O art. 343, finalmente, põe fim à discussão sobre a possibilidade de ofertar apenas a reconvenção, sem a contestação.

5. Providências preliminares

5.1. Objetivo

Findo o prazo para contestação, com ou sem a sua apresentação (e eventual reconvenção), inicia-se a fase de saneamento do processo, com as providências preliminares que serão adotadas, a depender das reações esboçadas pelo réu, o que, inclusive, pode gerar um certo prolongamento concomitante da fase postulatória.

Visam as providências preliminares a preparar o desenvolvimento do processo, encaminhando-o aos estágios posteriores da relação processual, desde que essa esteja hígida para prosseguir, razão pela qual pode ocorrer o abrupto encerramento do processo.

Essa fase conta com a preponderância da atividade do juiz, que, ao exercer os poderes/deveres de direção do processo (art. 139), deverá examinar o entrechoque de condutas processuais apresentadas, a fim de

conduzir a relação processual para o seu destino adequado: resolução sem exame de mérito, resolução com exame de mérito com ou sem necessidade de instrução processual.

5.2. Reconvenção

A primeira observação que devemos fazer refere-se à oferta de reconvenção.

De fato, o NCPC, tanto quanto o CPC de 1973, referem-se ao início da fase de saneamento como ocorrente após o prazo para a contestação (art. 373). Porém, se houver oferecimento de reconvenção, o autor (agora, reconvinde) terá 15 dias para contestar a reconvenção (embora o art.343 mencione o termo resposta), pois a fase postulatória necessariamente se prolonga nesse momento.

Assim, o novo CPC perdeu uma oportunidade de suprir essa omissão, que seria a de acrescentar ao artigo 347 uma frase que tornaria mais precisa a demarcação dessa fase de transição: findo o prazo de contestação ou de resposta à reconvenção. Com essa redação, a lei abarcaria todas as hipóteses possíveis. Isso, inclusive, abarcaria as situações em que há intervenção de terceiros.

Outra questão que surge é se, ofertada a reconvenção, não seria o caso de designar nova audiência de tentativa de conciliação? Neste caso, o réu/reconvinte teria de deixar expresso que não possui interesse na conciliação? Afinal, não se pode exigir que, durante a fase de mediação ou conciliação o réu revele como irá responder (ou se irá contra-atacar). E, por outro lado, a apresentação de reconvenção pode suscitar uma revisão, por parte do autor, de eventual posição de recusa à conciliação ou mediação.

Com efeito, a reconvenção é uma ação, apenas em sentido contrário, o que, em princípio, exigira simetria de procedimento. Somente a entrada em vigor permitirá encontrar uma solução adequada. Pensamos que a questão implicará a fusão do período de resposta à reconvenção e o início das demais providências preliminares, em atenção à economia processual, razão pela qual o autor, no mesmo prazo, terá de se manifestar tanto sobre a contestação ofertada quanto sobre a reconvenção.

E, a depender da resposta que der à reconvenção (que tem a mesma natureza de contestação), abrir-se-á oportunidade para o réu-reconvinte apresentar réplica, pois o autor-reconvindo poderá opor defesas contra o processo e contra o mérito, quer diretas, quer indiretas.

5.3. Revelia: incidência ou não da presunção de veracidade

Embora o novo CPC estabeleça o que aparentemente seja uma ordem de exame pelo magistrado dos eventos processuais, na prática o raciocínio do juiz se desenvolve de outra maneira. Assim, a topologia do estatuto processual não representa corretamente o *iter* lógico que a mente do magistrado percorrerá ao analisar um determinado caso.

Seguindo a ordem do novo CPC, constando o magistrado a ausência de resposta do réu, ou seja, o fato jurídico processual da revelia, deverá examinar a incidência de seu efeito principal: presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor e a consequente dispensa da produção de outras provas.

Porém, mesmo não havendo contestação, o juiz se depara com uma questão prévia: a regularidade do processo. Essa é uma questão que logicamente tem de ser enfrentada e resolvida antes que se possa cogitar examinar a necessidade de instrução probatória de modo a viabilizar o julgamento do pedido.

O novo CPC, tal qual o modelo de 1973, estabelece que o juiz, ao receber a inicial, fará um exame de sua regularidade (art. 321), podendo, inclusive, indeferi-la (art 321, p. único, e art. 330). O intento do legislador é no sentido de que o processo se desenvolva de forma escorregia, evitando-se o prolongamento do procedimento em razão de questões de natureza formal, atento ao princípio da economia processual e da razoável duração dos processos.

Porém, o que se constata na prática? Em nossa experiência, o que constatamos é que tal exame acaba sendo relegado para a fase de providências preliminares, sendo que o juiz somente se debruça sobre elas após o ciclo de citação e defesa.

Infelizmente, não conhecemos estatísticas sobre esse ponto, se é que existem²⁶, mas não nos surpreenderíamos se a maioria das sentenças proferidas sem resolução de mérito tivessem como fundamento o reconhecimento de defeitos da petição inicial que poderiam ser detectados no primeiro contato do juiz com o processo.

Logo, a dicção do artigo 348 do CPC não deve deixar a ilusão sobre o que normalmente ocorre na prática.

Voltando à questão da revelia, em acréscimo ao que foi dito anteriormente, o juiz se depara com a necessidade de reconhecer ou não a incidência do efeito principal da revelia: a presunção de veracidade. Aqui, o magistrado se defronta com duas opções: a presunção é aplicável ou não é.

Em sendo aplicável a presunção, o juiz passa imediatamente para a fase decisória, conforme o artigo 355, que elenca as hipóteses de julgamento antecipado do mérito. O adjetivo “antecipado” é utilizado para destacar a abreviação do procedimento²⁷, pela dispensa de uma fase para produção de provas. Porém, na dinâmica processual, o julgamento no caso não é antecipado: ocorre no momento oportuno, pois o procedimento probatório é desnecessário.

Afinal, a ideia de antecipar é trazer para o presente algo que somente iria ocorrer em momento posterior (que é a ideia subjacente no instituto da tutela provisória, arts. 294 a 311). No caso de incidir o

26 Justiça em Números 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>, acesso em 30/1/2016. O exame desse relatório, dada a sua magnitude, não tem a capilaridade para o exame do problema proposto, pois sua metodologia comparara a atividade em sede de processo de conhecimento e execução, sem descer ao detalhe sobre a resolução de mérito ou não. No âmbito do TJSP, ao examinarmos um único mês [fevereiro de 2015], verificamos que foram proferidas 2.388 decisões com resolução de mérito e 2.066 sem resolução de mérito. Curiosamente, apenas 8 foram proferidas em sede de juízo monocrático (art. 557 do CPC de 1973). O número chama a atenção, pois o exame de questões processuais pode ser realizado monocraticamente, evitando-se o julgamento colegiado. (<http://www.tjsp.jus.br/Download/Transparencia/PrudSegundaInstancia/ProdSegundaInstFevereiro2015.pdf>). Embora não se possa concluir sobre a ocorrência de índices semelhantes em primeira instância, os hábitos do Tribunal podem nos dar uma pista do que sucede em primeira instância.

27 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 688. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, pp 618-619.

efeito revelia, não há antecipação: é a solução natural, adotando-se caminho mais rápido para a sentença. Talvez a expressão mais correta do ponto de vista lógico seria “julgamento imediato” ou, como preconizado no CPC inglês, “julgamento sumário”.²⁸ Concluindo pela incidência da presunção decorrente da revelia, o juiz profere sentença, acolhendo ou rejeitando o pedido (art. 355, II).

Não havendo incidência dos efeitos da revelia²⁹, o juiz determinará ao autor que especifique os meios de prova que pretende produzir, para aferição da verdade dos fatos essenciais para a apreciação do pedido, desde que isso não tenha sido feito na petição inicial.

Embora o réu seja revel, nada impede que ingresse no feito posteriormente, sem que sua intervenção implique retrocesso do processo, nem novações por parte do autor (art 329, II e 346, parágrafo único). Ao fazê-lo, a partir desse momento, afastará o segundo efeito da revelia, devendo ser intimado o seu patrono dos demais atos posteriores.

O art. 349 estabelece, por outro lado, que o réu revel poderá produzir provas para contraposição das alegações do autor. Embora não tenha ofertado resposta, o réu revel poderá indicar meios de prova que pretenda produzir para contrapor aos fatos narrados pelo autor, desde que o faça antes do encerramento da fase instrutória.

28 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, pp 189-190: “Esse procedimento permite, ao autor ou ao réu (emenda incluída nas CPR em 1998) obter ganho de causa definitivo se puder provar que a pretensão ou a defesa da parte adversária não tem “chances reais” de sucesso. Trata-se de procedimento ágil. Permite que o autor evite atrasos, despesas e o inconveniente de levar o caso à audiência de instrução e julgamento. Os fatos são avaliados com base nas provas documentais. Esse tipo de prova pode consistir em declarações de verdade prestadas pela parte. [...] Segundo a norma que disciplina a hipótese: “O tribunal pode determinar o julgamento sumário contra o autor ou contra o réu para toda a ação ou para uma questão particular, se (a) considerar que (i) o autor não tem chances reais de êxito na causa ou na questão; ou (ii) o réu não tem chances reais de se defender com êxito na causa ou questão; e b) não há qualquer outro motivo para que o caso ou questão sejam levados a julgamento”. Mais, adiante, o autor esclarece sobre o julgamento à revelia no direito inglês, págs 196-197: “O julgamento à revelia é um importante instrumento para acelerar o processo. Envolve julgamento sem audiência, se o réu (a) deixa de apresentar o reconhecimento de citação; ou (b) deixa de apresentar defesa. O autor pode obter julgamento à revelia, se a ação for ‘por montante específico em dinheiro’; ou ‘valor em dinheiro, a ser determinado pela Justiça’; ou entrega de bens em que a petição inicial dá ao réu a alternativa de pagar o valor deles. [...] Em certos tipos de ações, não há julgamento à revelia.”

29 Comentadas no item 4.1 supra.

Isso quer dizer que a partir do momento em que o juiz afastar a presunção de veracidade decorrente da revelia, o réu poderá indicar e produzir provas, desde que o faça a tempo de praticar os atos necessários.

A questão chave que deve surgir é definir o que seja esse momento, especialmente se ultrapassados momentos previamente definidos para a prática atos necessários à colheita de determinadas provas (prova testemunhal ou perícia, arts 357, §§ 4º, e 5º; 465, §1º).

5.4. Defesas ofertadas

Havendo a apresentação de defesas (contra o processo ou contra o mérito), o juiz intimará o autor para se pronunciar sobre elas em 15 dias (arts 350 e 351). No mesmo prazo, deverá manifestar-se sobre eventual reconvenção, como corolário do contraditório.

Nesse particular, o novo CPC apresenta-se mais genérico sobre a questão da produção de provas. O CPC de 1973 restringia a possibilidade à produção de provas documentais (arts. 326 e 327 do CPC de 1973). O novo sistema processual refere-se, genericamente, a produção de provas.

Pelo teor de algumas questões que podem ser deduzidas em preliminar de contestação (art. 337), pode surgir a necessidade de produção de provas periciais ou orais, como pode ocorrer no deferimento indevido do benefício da gratuidade de justiça ou incorreção do valor da causa, questões essas que no regime de 1973 seriam tratadas em separado da causa.

Embora, na maioria dos casos, esses incidentes sejam resolvidos com base em documentos que sejam apresentados, não podemos excluir que determinadas situações demandem provas que não sejam documentais, especialmente para determinadas relações jurídicas ou situações de fato que não foram ou não são passíveis de documentação. Ou, ainda que documentadas, a realidade suplanta o retratado em documentos.

Assim, para essas duas situações (defesas processuais), o juiz poderá se ver compelido a determinar uma audiência ou perícia para colher as provas relativas a essas matérias, antes mesmo da decisão de saneamento. Outra opção será postergar a decisão sobre esses pontos, deixando para colher elementos durante a instrução de toda a causa.

Quanto às defesas de mérito, a imediata produção de provas ficará restrita às provas documentais, sendo que os demais meios serão examinados na decisão de saneamento.

Havendo irregularidades sanáveis, o juiz determinará sua correção no prazo máximo de 30 dias.

Como se depreende do conjunto de providências preliminares, essas exigem a apreensão do conteúdo das manifestações e eventos processuais. A mecânica processual depende, efetivamente, do confronto entre as atitudes de cada um dos sujeitos do processo, exigindo, assim, que o magistrado avalie o conjunto dos dados que lhe foram apresentados até esse momento, dando aplicação ao princípio da eficiência, evitando-se atividade processual desnecessária.

Atendidas ou dispensadas as providências preliminares, cumprirá ao magistrado deliberar sobre as 3 (três) possibilidades de julgamento conforme o estado do processo: a) proferir sentença sem resolução de mérito; b) proferir sentença com resolução de mérito, independentemente de outras provas; c) diante das insuficiência dos elementos dos autos, determinar a instrução do feito, mediante a decisão de saneamento.

6. Extinção do processo sem resolução de mérito

Do ponto de vista lógico e de eficiência do trabalho, o magistrado se depara primeiramente com a situação de que o processo não tem condições de chegar à resolução de mérito, por faltarem os pressupostos processuais ou condições da ação.

Há discussão doutrinária sobre a sobrevivência no novo CPC das chamadas condições da ação. Parte da doutrina entende que o novo CPC abandonou a divisão entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O órgão jurisdicional, ao examinar uma demanda, somente tem duas ordens de indagação: admissibilidade e mérito.³⁰ Segundo essa visão do fenômeno, o conceito de condições da ação desapareceria, absorvido pelos pressupostos processuais ou de pressupostos de admis-

30 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 304-305. O autor sustenta que esse entendimento também é avalizado por Cândido Rangel Dinamarco.

sibilidade. Além do fato de que o próprio Liebman considerava que a possibilidade jurídica do pedido seria absorvida pelo interesse de agir, o novo CPC não faz mais menção à categoria ou conceito de condições da ação, nas hipóteses de extinção sem resolução de mérito, a impossibilidade jurídica do pedido foi retirada.

Por seu turno, há autores que sustentam a permanência da categoria.³¹ Embora esse espaço seja reduzido para traçar todas as vicissitudes teóricas pelas quais passou a categoria condições da ação, temos para nós que a razão assiste a Alexandre de Freitas Câmara, sem prejuízo de maiores estudos sobre o tema no futuro que permitam nos convencer do contrário.

O argumento da ausência de falta de menção normativa a um determinado instituto não implica que ele não exista ou que o silêncio sobre sua existência decreta o seu funeral. Ainda que se argumente com a existência de hipóteses de improcedência liminar (art. 332), essas não são propriamente hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido, pois são situações em que os Tribunais Superiores deram uma determinada interpretação à normas federais ou constitucionais. O fundamento da improcedência é baseado na economia processual: o resultado da cognição é sabido de antemão, evitando-se assim a tramitação de um processo cujo resultado é certo, diante dos pronunciamentos anteriores das Cortes Brasileiras.

Ao revés, a história do direito brasileiro possui diversos exemplos de reconhecimento (ou denegação) de direitos que não possuíam expressão normativa positivada. Um exemplo está no reconhecimento dos direitos decorrentes da união estável, cuja positivação somente se deu com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º) e pela Lei Federal nº 9.278/1996. Até então, o reconhecimento (ou não) dos direitos decorrentes dessas uniões se fazia por meios de outros instrumentos jurídicos.

Ademais, a legislação brasileira lista algumas hipóteses que implicam a vedação em abstrato de determinados pedidos (que eram tratados

31 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Será o fim da categoria condições da ação? Uma resposta a Fredie Didier Jr.* Revista de Processo, vol. 197, p. 216-269.

como hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido): arts. 183, § 3º, 185 e 191, parágrafo único, da Constituição Federal.

Somente esses exemplos talvez sejam suficientes para continuarmos a trabalhar com o conceito de condições da ação, após 40 anos de sua aplicação entre nós, sem prejuízo de maiores e amplos debates sobre o tema.

Acaso o juiz detecte uma das hipóteses do artigo 485 do novo CPC, proferirá sentença de extinção sem resolução de mérito. Não passaremos em revista a cada uma das hipóteses, mas podemos agrupá-las nas seguintes categorias: a) ausência de requisitos de admissibilidade (art. 485, I, IV, V, VI, VII e IX: pressupostos processuais ou condições da ação); b) desinteresse das partes (art. 485, II, III e VIII).

A observação mais importante nesse caso é que a sentença proferida nessas condições é passível de retratação pelo juiz, quando for interposta apelação (§ 7º). Fundado no princípio da cooperação, da comunidade de trabalho entre partes e juiz, bem como na economia processual, a retratação nos casos em que extinção sem resolução de mérito poderá reduzir a carga de trabalho nos tribunais.

7. Extinção com resolução de mérito, sem instrução probatória

Da forma com está desenhado o sistema processual, o julgamento imediato ou sumário do pedido pode ocorrer em 3 (três) circunstâncias, sendo uma delas sem que se forme o contraditório e as outras duas após a formação do contraditório.

A primeira hipótese (sem necessidade de contraditório) está no chamado instituto da improcedência liminar do pedido (art. 332). Nas causas em que a questão seja exclusivamente de direito ou não demandem fase instrutória (logo, cuidam-se de situações em que a prova é documental, pré-constituída), o juiz poderá desde logo rejeitar o pedido (art. 487, I), desde que a hipótese dos autos contrariar o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores (incisos I e II) ou julgamento estabelecidos em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (arts. 947 e 976 a 987) ou haja enunciado do Tribunal Justiça sobre direito local. Está inclusa, outrossim, a hipótese de reconhecimento de prescrição e decadência.

Cuida-se de salutar instituto para evitar a litigiosidade repetitiva e inútil, ou seja, aquela que veicule pretensão rejeitada *a priori* pelo sistema judiciário, ante o julgamento prévio da mesma questão jurídica. As chances de sucesso da demanda são nulas, por haver entendimento pacificado ou de natureza vinculante em sentido adverso à pretensão.

Aqui, como na extinção sem resolução de mérito, existe a possibilidade de retratação pelo juiz, caso haja apelação (fundada, por exemplo, no errôneo juízo de identidade entre a espécie sob julgamento e aquela prevista nos enunciados dos Tribunais, locais ou superiores), prosseguindo-se a demanda nos seus ulteriores termos. Não se retratando o juiz, o réu será citado para oferecer contrarrazões.

A segunda hipótese de resolução de mérito, independentemente de instrução probatória, está no reconhecimento da prescrição, decadência ou na homologação do reconhecimento da procedência do pedido, da renúncia à pretensão ou transação.

No reconhecimento de prescrição ou de decadência é dispensável a produção de provas, pois a eventual controvérsia factual normalmente se resolverá à luz dos documentos apresentados, ainda que seja necessário examinar questões como suspensão ou interrupção da prescrição.

Por seu turno, as hipóteses do inciso III do artigo 487 implicam, em verdade, não o julgamento da pretensão, mas exame formal da validade dos atos abdicativos (reconhecimento da procedência do pedido ou renúncia) ou dos atos de autocomposição.

A terceira hipótese de resolução do mérito sem instrução probatória decorre da desnecessidade, seja pelo teor da controvérsia, seja pela presunção decorrente da revelia (art. 355).

O inciso I do referido artigo refere “não houver necessidade” de produção de outras provas. Em nosso entendimento, essa situação pode ocorrer em várias situações.

A questão é exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, as provas necessárias são documentais, já fazendo parte dos autos, tanto pela iniciativa do autor, quanto do réu.

Mas essas não são as únicas situações. A falta de necessidade de produção de provas pode decorrer da circunstância de que as provas já foram produzidas.

Nesse aspecto, as provas dos fatos arrolados na exordial podem ter sido antecipadas³² (art. 381 a 383), razão pela qual já serão apresentadas com a petição inicial, o que exclui a abertura de uma fase probatória. Claro que, nesse caso, a prova antecipada deve abranger todos os fatos em que se escora a pretensão.

A vida moderna, especialmente pela disseminação do uso dos meios eletrônicos (internet e redes sociais), fizeram emergir a necessidade de registrar a ocorrência de fatos nos chamados ambientes virtuais, razão pela qual pode ser empregada a *ata notarial* (art 384): são a documentação ou registro de fatos ou modo de existir de fatos, realizada pelo tabelião, o qual registra aquilo que lhe chega pelos órgãos sensoriais, preservando-os como prova pré-constituída. Assim, a produção dessa prova antecede a existência do processo, sendo introduzida com a inicial ou com a contestação, ficando para a etapa do julgamento a sua admissão e valoração.

Por outro lado, a prova dos fatos narrados pode ser trasladada para os autos por meio da prova emprestada, que recebeu reconhecimento expresso do novo CPC (art. 372), ao contrário do CPC de 1973 que silenciava a seu respeito, sendo que o seu tratamento sempre se deu no âmbito da doutrina. Cuida-se da prova de fato produzida em outro processo, ficando sua apreciação condicionada à observância do contraditório, entre outros aspectos³³. Embora os autores tratem da prova emprestada, cujo ingresso se dá no feito como prova documental,³⁴ há autores que advertem que documentação da prova (que, no processo *a*

32 Aqui, o adjetivo *antecipadas* é plenamente justificável, pois há a inversão de fases processuais, sendo que a colheita dessas provas se faz antes do momento adequado no processo ou até mesmo antes de ser deduzida a pretensão em juízo.

33 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 143-144: “A prova, naturalmente presta-se ao processo onde foi produzida, mas é admissível, em alguns casos, o seu encaminhamento para outro processo (aquisição), visando ao seu aproveitamento, além dos limites originais, que podemos denominar de comunhão externa: é, normalmente, a prova emprestada. [...] A prova emprestada é aquela que, tendo sido produzida em determinado processo, ingressa em outro, como prova documental. Na origem a prova já foi produzida, no destino, como prova emprestada, esta deve se submeter ainda às seguintes etapas: produção (ingresso), admissão (aquisição) e valoração (comunhão). A prova emprestada é prova atípica, cujo ingresso se dá conforme tratado no princípio da atipicidade, devendo ser superados os três problemas já tratados e indicados por Barbosa Moreira: (i) *risco de ilegalidade*; (ii) *contraditório*; e (iii) *valoração da prova atípica*”.

34 FERREIRA, William Santos. Obra citada, p. 143.

quo pode ser um depoimento de testemunha ou um laudo pericial) não desfigura a sua natureza.³⁵

Assim, nas situações retro descritas, não há necessidade de prolongamento do procedimento para uma fase destinada a colheita de provas, estando a causa madura para o julgamento.

O artigo 355, II, estabelece a última hipótese de julgamento imediato do mérito: a aplicação da presunção de veracidade dos fatos, decorrente da revelia, com a condição de que não tenha havido, por parte do réu, requerimento tempestivo de provas contrapostas, como permitido no artigo 349 do novo CPC³⁶.

Como alertamos anteriormente, o maior problema que se apresentará na prática é delimitar o momento considerado apto à prática dos

35 CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição, Vol. IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2008. As referências aos artigos são ao CPC de 1973, mas plenamente válidas para o novo CPC: “Essa peça pode ser a documentação de depoimento pessoal, de testemunho ou de inspeção judicial, bem como de laudo e parecer técnico (inclusive eventuais esclarecimentos de perito e assistente) ou outro documento qualquer. O documento trasladado não envolve problemas especiais, mas seu valor probante estará condicionado à sua válida produção, inclusive com estreita observância do contraditório no processo *a quo*, do qual tenha participado a parte contra a qual se pretende fazer prova no processo subsequente. Naturalmente, na sua introdução neste processo, deve a prova emprestada ser de novo submetida, como tal, ao contraditório constitucional. Observa-se que o juiz do novo processo tem o dever de avaliá-la à luz das demais provas de que dispuser, cumprido, assim, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil. Por outro lado, é claro que as restrições porventura opostas por lei à admissibilidade do tipo de prova veiculado pelo empréstimo terão aplicação à prova empresta, pois sua incorporação em documento não transmuda a sua natureza. Deste modo, por exemplo, quando se tratar de fato que só por documento puder ser provado (Código de Processo Civil, artigo 400, II), não se admite que venha a ser demonstrado por prova emprestada tendo por objeto prova testemunhal”.

36 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, pág. 690. Impõe-se destacar uma questão: o juiz não pode, ao aplicar a presunção de veracidade decorrente da revelia ou mesmo na hipótese do art. 355, I, julgar o pedido improcedente pelo fato de que o autor não demonstrou a ocorrência dos fatos. Assim, o julgamento com base no artigo 355 deve fundar-se em qualquer outro motivo, jamais no descumprimento do ônus da prova. Conforme o Prof. Fredie Didier Jr., haveria violação ao dever de lealdade processual e cooperação. Sobre esse tipo de comportamento contraditório que às vezes sucede no foro, um colega da Procuradoria Geral do Estado, Dr. Luis Cláudio Manfio, durante um almoço, cunhou uma paráfrase da litigância de má-fé: a judicatura de má-fé. Afinal, se as partes deve guardar procedimento *probo nos incidentes* do processo, igual dever se impõe ao magistrado. A sobrecarga de trabalho que existe (e reconhecemos), não pode servir de justificativa para certas situações que violam a lealdade processual, que se aplica não só às partes, mas a todos os que interfiram no processo, inclusive o juiz.

atos necessários à produção das provas. Afinal, a dicção do artigo 355, II, parece indicar que basta que haja o requerimento do réu nos termos do art. 349.

Porém, a interpretação sistemática não permite essa singela conclusão. A depender do fluxo de trabalho em determinados órgãos do Poder Judiciário, entre o término do prazo para contestar e o fim das providências preliminares, pode mediar considerável espaço de tempo. Em outros, ao revés, o tempo poderá fluir mais rapidamente, fazendo surgir situações inquietantes para os operadores do direito.

Como o legislador não fixou um momento preclusivo certo, mas utilizou um conceito indeterminado, ficará a cargo do juiz resolver se o ingresso do réu revel é tempestivo para justificar a produção da contra-prova. Somente a experiência futura mostrará se nossas preocupações procedem ou não, de modo que a jurisprudência destile, com sabedoria, uma solução que preserve o contraditório e a rápida solução dos litígios.

Por derradeiro, a ausência de controvérsia sobre os fatos ou a desnecessidade de instrução probatória podem não ser sobre todos os fatos e pedidos, o que permitirá a resolução parcial do mérito (art. 356).

Cuida-se de instituto ligado à garantia constitucional da rápida resolução dos conflitos: havendo possibilidade de decisão imediata de parte da lide, não se justifica aguardar todo o iter procedimental para essa decisão.

Assim, pode ocorrer que o juiz decida sobre parte do mérito, sem prejuízo de iniciar a fase instrutória para a parte não decidida: por exemplo, numa demanda em que são postulados danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, não exista controvérsia sobre a ocorrência e extensão dos danos emergentes, seguindo controvertidos os lucros cessante e danos morais.

Porém, nos estreitos limites deste ensaio, não será possível tratar de todos os desdobramentos que a utilização dessa decomposição do julgamento pode ensejar, razão pela qual deixamos apenas o registro, deixando-a para os mais doutos ou outro artigo.

8. Organização e saneamento do processo

Não ocorrendo nenhuma das situações que impliquem a extinção do processo, com ou sem resolução de mérito, cumprirá ao juiz e às partes proceder à organização e saneamento do processo (art. 357).

Essa é a principal inovação do novo CPC: o chamado saneamento compartilhado. Ao contrário do sistema processual em vias de extinção, o novo regime processual implicará maior e efetiva participação do autor e réu na preparação da demanda para a fase instrutória, como decorrência do dever de cooperação entre os sujeitos do processo, como decorrência da implementação efetiva do princípio do contraditório, dinâmico e participativo, como observam Theodoro Jr. e outros:

Assim, com o novo CPC se constata que o sistema normativo exorciza a incrustada versão que imprime aos princípios constitucionais essência meramente formal, acomodando as partes e seus advogados em um arranjo afetado e ficcional em que o conteúdo legítimo de democrático de uma decisão soçobra diante das pré-compreensões para as quais o decisor obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar. Os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: ele não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como elas se aplicam ao caso; não pode fazer “ponderações” de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos. Tudo isso implica o reconhecimento legal de uma renovada ideia de contraditório que já defendemos há anos. Tais princípios, mais do que nunca, serão compreendidos como normas retoras do processo no dia a dia dos profissionais.

Busca-se, assim, publicizar-se o debate processual entre todos os sujeitos processuais, de forma que o processo deixe de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais e passe a ser o produto da participação deles na formação do provimento jurisdicional. Reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final.³⁷

37 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 101.

Essa nova visão que deve ser utilizada pelos operadores do direito implica reconhecer que o contraditório implica reduzir protagonismo do juiz, ampliando a efetiva participação das partes no processo, com a geração de direitos e deveres entre os sujeitos processuais:

Nessa renovada análise do sistema processual o princípio constitucional do contraditório ganha nítido destaque ao garantir uma busca de simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura.

Ele se desenvolve nos deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração para as partes:

O dever de informação (*informationspflicht*) ou de orientação (*Rechts auf Orientierung*) de todas as movimentações processuais, induz o juiz à necessidade de advertir as partes acerca de pontos de fato, de direito, processuais ou materiais relevantes para a causa (*terza via*), buscando a efetiva participação ativa das partes. Não se trata de uma tarefa assistencialista do magistrado. Busca-se a prática responsável e técnica pelos sujeitos contrapostos de seus papéis.

O **direito de manifestação**, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise dos fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. A manifestação deve ser dar, em regra, antes da decisão (princípio da anterioridade *Vorheringkeitsgrundsatz*), mas se admite, em hipóteses de urgência, por exemplo, sua efetivação diferida. O recurso viabiliza essa oportunidade diferida de contraditório.

E o **dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes** (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kennnismisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*), está posto no § 1º do art. 489 do NCPC.

Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado, como aludido no item anterior, tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*)

sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção, encampada especialmente no art. 10 do novo CPC, mas que gera projeção em inúmeros outros preceitos (*u.g.* arts. 7^o e 927), significa que não se pode mais acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gera uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.^{38 39}

Vejamos a seguir como ficou delineada a organização e saneamento do processo.

Sendo o processo o instrumento para a resolução de conflitos, é indispensável que esteja apto a realizar sua função social. Daí a necessidade de organização e saneamento do processo, para a qual há necessidade de trabalho conjunto das partes e do magistrado.

Consiste o saneamento na verificação da aptidão do processo para a abertura da fase instrutória, com a delimitação do objeto da atividade probatória, a determinação dos meios probatórios adequados para essa

38 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Obra citada, págs 101-103. Grifos no original.

39 Essa nova compreensão do contraditório, especialmente o dever de consideração do magistrado para com as alegações das partes é fundamental para que se alcance o sucesso na missão do processo, da pacificação com justiça. Afinal, os tribunais vêm adotando com verdade absoluta o mote de que não estão obrigados a responder a todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo, podendo o juiz ater-se ao que considerar mais importante. Veja esta ementa (AgRg No AREsp 750650/RJ, Dje 30/9/2015), com grifos nossos: PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 393/STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. Está sedimentado nesta Corte o posicionamento de que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, porquanto cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, ao teor do art. 131 do Código de Processo Civil.

finalidade, a fixação das questões jurídicas que deverão ser apreciadas para, posteriormente, permitir a decisão do conflito.

Na organização e saneamento, objetiva-se direcionar as atividades probatórias para a resolução efetiva da controvérsia sobre a ocorrência dos fatos, suas causas, sua extensão, seus efeitos, sem as quais, não poderá o magistrado decidir efetivamente. E, com base nessas constatações, permitir que o juiz resolva as questões jurídicas, especialmente a questão das *qualificações*, como bem apresentado pelo mestre Vicente Ráo e, dada a sua importância, é de transcrição obrigatória:

O problema das *qualificações* não diz respeito apenas aos conflitos entre leis no espaço; também se manifesta, por modo geral, sempre e quando as normas jurídicas forem invocadas para disciplinar uma situação de fato que ao direito interesse.

Duas operações iniciais se reclamam de todos quantos, juízes, juristas, administradores públicos, forem incumbidos de executar e aplicar as normas obrigatórias de direito:

a) a primeira consiste na análise da situação de fato considerada em si e fora da esfera jurídica; b) a segunda procura indagar se esta situação é, ou não, disciplinada pelo direito e, em caso afirmativo, qual é a norma jurídica que se lhe deve aplicar e até que ponto a mesma situação nela se enquadra.

Por tenderem a um só e mesmo objetivo final, as duas operações são conexas; mas a elas se deve proceder sucessivamente e não concomitantemente.

A primeira, no dizer de autorizado jurista, deve considerar a situação de fato *na sua individualidade concreta, segundo o seu conteúdo de espírito e pensamento e de conformidade com o sentimento que recebe no ambiente social em que se verifica; deve ser considerada, ademais, como se despida fosse de qualquer definição jurídica.*

É operação preliminar, em relação à segunda, que se realiza, essa, sim, no campo do direito.

Com maior evidência se destaca a necessidade dessa precedência lógica, diz o mesmo jurista, nas relações de direito privado, nas quais aos próprios agentes incumbe determinar os objetivos práticos visados e

designá-los por meio de palavras adotadas segundo o significado corrente que a linguagem comum lhes atribui. E, assim, cumpre ao intérprete, preliminarmente, reconstituir o conteúdo dessa relação, os fins por ela visados e o sentido fiel das palavras que exteriorizam a vontade das partes.

Só depois de colhido o resultado dessa operação preliminar é que a segunda operação se inicia, para se indagar se aquela espécie de fato, já examinada em si, incide ou não na disciplina, ou tutela, do direito normativo e, incidindo, qual é a norma que lhe diz respeito.

Nessa segunda fase, portanto, a situação ou relação de fato não é mais examinada isoladamente, mas em confronto com o direito, que a submete ao processo de *qualificação jurídica*.

Quando se apuram e reconstituem os elementos de fato da situação examinada, encerra-se o que se poderia chamar *diagnóstico do fato*; e, a seguir, inicia-se o *diagnóstico jurídico* da mesma situação, *qualificando-se*, isso é, definindo-se o fato perante o direito.⁴⁰

Com efeito, a análise dos fatos e a sua qualificação é feita por todos os operadores do direito. O autor, ao narrar os fatos, procede da forma descrita acima. O réu, ao contestar, também realiza a análise dos fatos e sua qualificação. Por fim, o juiz, à luz do debate travado pelas partes e das provas, procederá o diagnóstico dos fatos provados, bem como a sua respectiva qualificação, o que lhe permitirá localizar a norma aplicável, interpretá-la e aplicá-la ao caso concreto, dando a solução jurídica para a controvérsia: resolução do mérito⁴¹.

40 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed, págs. 487-488.

41 RÁO, Vicente. *Obra citada*, págs. 550-551: "A aplicação dos preceitos normativos consiste na sujeição de um fato da vida a uma regra jurídica correspondente, por modo a produzir determinada consequência de direito. É o ato final, a praticar-se no ciclo que se inicia com o diagnóstico do fato, prossegue com o diagnóstico jurídico e se encerra com a aplicação do direito, que corresponde ao tratamento jurídico do caso concreto. [...] Ciência e técnica aqui se reúnem à procura da certeza, na distribuição da Justiça. Mas, a ciência e a técnica nada representam se o juiz, a um elevado grau de intuição humana e jurídica, não acrescentar as virtudes mais apuradas do saber e da independência. A razão, escudada nos sentidos, disse Dante em um tópico do *Paraíso*, tem asas curtas e Pascal, em lance amargo, escreveu que "homem é um ser repleto de erros: nada lhe mostra a verdade, a razão e os sentidos, além de faltarem, com frequência, de sinceridade, reciprocamente se enganam. Os sentidos enganam a razão com falsas aparências e as próprias ilusões que lhe causam, eles as recebem de volta. As paixões da alma perturbam os sentidos e neles produzem impressões deploráveis. Men-

Porém, o sucesso da empreitada depende da preparação que for realizada antes da colheita dos elementos probatórios e a correta delimitação das questões que deverão ser examinadas pelo juiz. Vejamos como se processa essa importante fase.

No sistema processual de 1973, em princípio haveria uma audiência para a tentativa de conciliação e, frustrada essa, o juiz iria delimitar as questões controvertidas, decidiria sobre as provas e resolveria as questões processuais pendentes.

O novo CPC transfere a tentativa de conciliação para a fase postulatória antes que o réu ofereça contestação. Essa é a primeira alteração do novo regime.

O artigo 357 estabelece o *conteúdo* da decisão de saneamento, razão pela qual o juiz deverá decidir de modo analítico, especificando as conclusões que tenha sobre cada um dos incisos relacionados ao *caput*:

- a) solução de questões processuais pendentes;
- b) fixar as questões de fato controvertidas, especificando e deferindo as provas que forem pertinentes para a sua solução;
- c) indicar, conforme os fatos controvertidos, a quem toca o ônus da demonstração, observando-se o disposto no art. 373;
- d) fixar as questões de direito relevantes para a decisão, isto é, a questões jurídicas necessárias para resolução do conflito;
- e) havendo necessidade, designar audiência de instrução e julgamento.

Examinemos cada uma delas em separado.

8.1. Resolução das questões processuais pendentes

Como é intuitivo, essa resolução de questões processuais implica rejeição das matérias que poderiam levar à extinção do processo sem

tem e se enganam, a mais não poder”. Todos os juízes deveriam ler, ao iniciarem a carreira, a vasta literatura referente aos erros judiciários e meditar profundamente sobre a fraqueza das faculdades humanas. É nobre, entre as mais nobres, a arte de julgar; mas é arte de tremendas responsabilidades, que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a própria vida dos que batem às portas da Justiça, ou perante a Justiça são arrastados.”

resolução de mérito. Acaso fossem acolhidas, estaríamos diante de julgamento imediato (art. 354).

Assim, o juiz deverá resolver, de ofício ou diante do teor da contestação, as questões referentes à admissibilidade do processo, listadas no artigo 337, que são questões preliminares da contestação. O exame pode e deve ser realizado de ofício, com exceção da arguição de convenção de arbitragem (art. 337, § 5º).

São hipóteses que determinam a impossibilidade do exame de mérito ou impedem o desenvolvimento da relação processual, ao menos, até que seja sanado o vício apontado.

Com a adoção do método concentrado de cognição das questões processuais, abolindo-se as exceções rituais em separado, reservadas apenas para o impedimento ou suspeição, a decisão de saneamento obrigatoriamente terá de resolvê-las todas, fundamentadamente.

Com efeito, parte das questões processuais mais relevantes eram resolvidas em incidentes processuais próprios (incompetência relativa, impugnação ao valor da causa e impugnação à concessão do benefício da gratuidade), segregando-se determinados assuntos por exigirem cognição ou instrução especial, cada qual comportava uma decisão autônoma dotada de fundamentação própria, gerando, assim, a possibilidade de recursos específicos para cada uma delas. Logo, as questões processuais poderiam, em tese, gerar 4 recursos distintos, (3 agravos e 1 apelação, prevista na Lei 1.060/1950).

O novo sistema, ao carrear as questões processuais para decisão de saneamento, amplia a carga cognitiva do juiz, que terá de lidar com diversas questões de ordem processual simultaneamente.

Porém, a concentração da atividade processual, corolário do princípio da oralidade, vem acompanhada de outra característica desse princípio: a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Dúvida não há sobre a natureza da decisão de saneamento: é interlocutória, pois implica a solução de uma questão incidente no processo, mas sem resolver o mérito da pretensão (ressalvadas algumas exceções, conforme o disposto no art. 203, § 2º). Porém, a recorribilidade dessas decisões é restrita: as hipóteses são taxativamente previstas no art. 1.015 do CPC ou em outros dispositivos do Código.

Assim, a parte que se considerar lesada com a decisão terá de observar se o tema é passível de agravo de instrumento ou se esse poderá ser veiculado na apelação em caso de ser vencida na demanda (art. 1.009, § 1º). Conforme a situação, deverá manejar o agravo de instrumento, sob pena de preclusão, ou então suscitar a questão como preliminar do recurso de apelação (e, não o fazendo, haverá preclusão).

8.2. Fixar os pontos de fato para guiar a atividade probatória e seleção dos meios de prova. Distribuição do ônus da prova

Da colisão entre as alegações do autor e as reações do réu resulta que os fatos estão controvertidos, razão pela qual devem ser provados ao juiz, para que se possa acolher ou rejeitar o pedido.

Assim, o chamado princípio da eventualidade da defesa, bem como o ônus da impugnação específica (arts. 336 e 341), cumpre a função sistêmica na mecânica do processo: de concentrar o foco da cognição judicial sobre as questões de fato essenciais, razão pela qual a atividade probatória deverá ser calibrada no mesmo sentido.

Por essa razão, a delimitação dos fatos controvertidos cumpre a dupla função no sistema processual: a) por em evidência (destaque) o que deve ser provado; b) valorar quais os meios aptos a essa demonstração.

Embora o sistema processual admita um leque de meios de prova (era assim no sistema de 1973 e será assim na vigência do sistema de 2015), existem restrições ao uso de determinados meios de prova para a demonstração de certos fatos. Por essa razão, por exemplo, os negócios jurídicos cuja forma condicione a própria existência da relação jurídica somente admitem determinados meios de prova: a forma pública (art. 108 do Código Civil).

Por outro lado, determinados negócios jurídicos somente admitem prova exclusivamente testemunhal se o valor for inferior a 10 (dez) salários mínimos (art. 227 Código Civil). Acima desse valor, exige-se que exista princípio de prova documental (art. 227, parágrafo único do Código Civil; arts. 444 e 445 do novo CPC).

São normas que guiam a atividade probatória e são de observância estrita pelo juiz, pois a sua inobservância implicaria admitir no processo

uma prova que é vedada pelo ordenamento. As vedações a certas provas ou meios de prova podem decorrer de proibições do direito material (por exemplo, a vedação à tortura), quanto ao direito processual (por exemplo, a exclusão da prova testemunhal para provar a aquisição de um bem imóvel).

Essa distinção é tratada pela doutrina pátria e estrangeira, embora no Brasil, com a proibição das provas ilícitas, explicitamente contemplada na Constituição Federal, alguns autores entendam que a distinção tenha deixado de ser relevante.⁴²

Essa é a parte essencial e mais delicada dessa fase, que determinará o êxito da atividade probatória, para que esta não fique sem rumo definido. Sem a correta definição dos fatos controvertidos e dos meios adequados (e lícitos) de prova, a atividade instrutória pode ficar à deri-

42 GRINOVER, ADA PELEGRINI. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 16, p. 97-108. Não temos aqui espaço para a rica discussão sobre as provas ilícitas. Porém, entendemos que a distinção estabelecida por Pietro Nuvolone tem toda pertinência, conforme citado por Ada Pelegrini Grinover: “Antes de mais nada, parece importante o entendimento terminológico sobre o tema a ser exposto, porquanto a doutrina usa nomenclatura heterogênea, que pode dar margem a confusão: às vezes essas provas são qualificadas como ilícitas, outras vezes são chamadas ilegítimas, outras ainda, proibidas; alguns falam em provas ilegalmente admitidas, outros em provas ilicitamente produzidas, estabelecendo assim distinções mais diversas, a complicar o entendimento da matéria. Como palavras são, antes de mais nada, uma convenção, vamos então convencionar a respeito do significado a ser atribuído, pelo menos nesse momento, ao termos qualificadores dos conceitos que utilizaremos. Para tanto, adotarei a terminologia empregada sobre o tema pelo Professor Pietro Nuvolone, da Universidade de Milão: nessa terminologia, a prova é proibida ou vedada sempre que infringe norma de caráter legal ou constitucional. Nesse mesmo caso, a prova pode também ser denominada ilegal ou ilegalmente produzida.

Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone “prova ilícita”. Quando a prova pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo “prova ilegítima”. Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada sendo este de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova será ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita, infringindo, portanto, norma material, quando for “colhida” de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for “produzida” no processo, em violação a norma processual. Repetindo, a “prova ilícita” diz respeito à transgressão de direito material, ocorrendo a violação no momento da colheita da prova; prova ilegítima por sua vez, diz respeito à transgressão de regra de caráter processual, ocorrendo em momento processual posterior à sua colheita, ou seja, no momento da sua produção, de sua introdução no processo”.

va, com a realização de atos inúteis para o esclarecimento da realidade, o que certamente comprometerá a decisão final.

Os leitores devem, ao longo de sua experiência nas lides forenses, lembrar-se de ao menos uma dezena de casos em que foi requerida e deferida produção de provas orais, por exemplo, cuja colheita não resulta em produção de elementos de convicção que permitam ao juiz decidir a causa. Não raro, por exemplo, em ações anulatórias, requer-se a inquirição de testemunhas para desconstituir atos administrativos, sendo a prova impertinente para a resolução da controvérsia.

Por essa razão, a fixação dos fatos a serem provados é imprescindível, devendo o magistrado cotejar as manifestações das partes (inicial, contestação, réplica, tréplica) e os documentos apresentados, para verificar que fatos são efetivamente controversos, bem como se não existe já material probatório suficiente, de modo a evitar atividade processual inútil ou protelatória, liberando a pauta de audiências dos juízes para a realização efetiva das audiências necessárias.

Devemos lembrar que, não obstante a Constituição Federal garanta o exercício da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, a garantia constitucional não é um “salvo conduto” para atividades instrutórias inúteis. Essa garantia é contrabalançada pela garantia constitucional da razoável duração dos processos, razão pela qual a definição real e efetiva do âmbito da controvérsia implicará o imediato balanceamento ou ponderação entre as garantias constitucionais.

Com efeito, o magistrado não deve temer a eventual alegação de cerceamento de defesa. Muitos magistrados, ao olhar para essa verdadeira “espada de Dâmocles”, preferem seguir a via de menor resistência, deferindo a produção da prova requerida pelo litigante, ainda que não haja necessidade da produção da prova (e, posteriormente, se constate a sua ineficácia). Por seu turno, a parte adversa abstêm-se de recorrer de decisões desse jaez, alimentando, assim, um ciclo vicioso, que acaba por comprometer o sistema judiciário como um todo: diligências inúteis, maior sobrecarga para as partes, aumento da taxa de congestionamento dos Tribunais.

Não só as provas orais podem ser objeto de requerimento de provas impertinentes. Não raro, são solicitadas provas periciais e, entre os quesitos, inserem-se perguntas relativas à validade de títulos (sem que o

objeto da perícia seja esse), transferindo, indevidamente, análises jurídicas sobre documentos ou títulos para o perito.

Convém lembrar, novamente, a necessidade da fixação dos pontos controvertidos, bem como o cotejo dos elementos probatórios já constante dos autos, para delimitar o escopo da prova pericial (art. 464), que poderá ser simplificada, o que tornará sua produção mais célere e menos onerosa. Aliás, o juiz poderá dispensar a produção de prova pericial, caso as partes tenham produzido, com a inicial ou contestação, pareceres técnicos que o magistrado considerar suficientes (art. 472). Essa suficiência está atrelada a um exame entre as alegações das partes e o conhecimento técnico que emana desses pareceres, capazes de proporcionar o convencimento do magistrado sobre o tema. Quanto melhores forem esses pareceres (do ponto de vista técnico), maior será a possibilidade de dispensa da prova pericial.

Outra questão que deverá ser resolvida pelo juiz é a necessidade de mais de um perito, quando a controvérsia abranger mais de uma área do conhecimento humano, por exemplo, engenharia e contabilidade; ou engenharia (avaliação) e agronomia. Como o perito deve ser especializado no objeto da perícia (art. 465), não se deve admitir que o perito nomeado invoque a complexidade do objeto controvertido para justificar a contratação de outros especialistas (terceirização da perícia), à revelia do juiz e das partes.

A atribuição de nomear os peritos é do juiz, além de ser uma exigência do devido processo legal: o perito “terceirizado” não pode ser impugnado pelas partes, inclusive sobre a questão do próprio conhecimento técnico. Portanto, sendo complexo o objeto da perícia, a exigir mais de um ramo do conhecimento humano, deverá ser fracionado o objeto da perícia, nomeando-se tantos peritos quantos forem necessários, ensejando às partes igual oportunidade de indicar os assistentes técnicos que entendam necessários.

Por derradeiro, o juiz deverá determinar a quem toca o ônus da prova. Embora se possa afirmar que nesse aspecto o novo CPC mantém o tradicional sistema de interesse na afirmação de fato, isto é, de que aquele que alega um fato constitutivo de seu direito (ou de sua defesa) deve produzir a prova do fato (art. 373) ou de que o ônus pode ser definido

por convenção entre as partes, com algumas restrições, o novo sistema permite ao magistrado distribuir o ônus da prova de maneira diferente, seja por expressa disposição legal ou diante das peculiaridades do caso.

A regra inserida no § 1º do art. 373 exige que essa distribuição seja feita de maneira fundamentada, de modo que aquele que, em princípio, não teria o ônus da demonstração do fato, possa saber dessa atribuição antes da produção da prova.

A regra evita a situação absolutamente desconcertante, invocando-se, por exemplo, a regra do Código de Defesa do Consumidor que permite a inversão do ônus da prova nos casos de hipossuficiência técnica, mas o magistrado somente invoca a regra após a colheita da prova, o que viola o contraditório por permitir uma surpresa para a parte. Para utilizar expressão corrente, não pode haver o chamado julgamento de “emboscada”: a lealdade processual afeta também o magistrado, razão pela qual o processo deve ser desenvolvido dentro da ideia de *fair play*.

8.3. Fixar as questões jurídicas relevantes para a decisão (isto é, que deverão ser resolvidas obrigatoriamente)

Na decisão de saneamento e organização do processo, deverão ser delimitadas as questões relevantes para a decisão do mérito, o que compreende, minimamente, tanto as teses apresentadas na petição inicial quanto aquelas que foram deduzidas na contestação.

Porém, por vezes, a decisão do mérito exige que o juiz tenha de resolver questões jurídicas que não foram suscitadas pelas partes. Por exemplo, ambas as partes suscitam a aplicação de uma determinada norma de direito material. Porém, para aplicá-la, o juiz tem de considerar questões outras como a sua vigência ou até mesmo a sua constitucionalidade.

Por isso, o novo sistema processual enfatiza a cooperação entre as partes e o juiz, no sentido de evitar o fator surpresa no julgamento. A conjunção do artigo 357, IV, com os artigos 6º e 10 do novo CPC, numa interpretação e aplicação sistemática, demanda a prévia e clara definição dos temas jurídicos que serão enfrentados pelo juiz como relevantes para solução do conflito. Pode-se apontar várias consequências benéficas para a tramitação do processo e para o funcionamento

do Poder Judiciário como um todo, caso essa norma seja efetivamente implementada.

O primeiro e mais evidente é assegurar o efetivo contraditório para os litigantes. Tendo sido demarcada a área de cognição sobre os pontos jurídicos apontados tanto pelas partes como pelo juiz, a possibilidade das partes realmente apresentarem argumentos que permitam influir na decisão será aumentada e garantida.

Em segundo lugar, também na linha do sentido moderno de contraditório, está em evitar que as partes, após a colheita das provas e apresentação de suas razões finais, sejam surpreendidas na sentença com fundamentos ou argumentos sobre os quais não puderam previamente se manifestar (por exemplo, o reconhecimento de que dada norma é inconstitucional, ou que houve prescrição ou decadência não alegada pelas partes). Impõe-se a todos os sujeitos do processo transparência na argumentação e exercício do contraditório e, para o juiz em especial, o dever de deixar visível as questões detectadas e que podem não ter sido captadas pelos litigantes, aguerridos que estejam às suas teses.

O terceiro aspecto salutar dessa delimitação dos temas jurídicos está em apresentar ao magistrado um roteiro lógico dos temas que deverão, necessariamente, estar na fundamentação da decisão. Utilizando-se da decisão de saneamento e organização do processo como uma espécie de guia, o magistrado terá a sua carga cognitiva reduzida, pois terá diante de si um roteiro para decisão, reduzindo a necessidade de revisão de todo o feito: o exame do material dos autos será mais concentrado naquilo que realmente importa para a solução da controvérsia.

Aqui vale recordar interessante lição de Barbosa Moreira, ao comentar a fundamentação da sentença no aspecto jurídico⁴³:

O juiz deve ter como lema examinar todas as questões de direito relevantes, e só essas. Há casos em que a parte invoca normas inteiramente estranhas à causa, alude à Declaração Universal dos Direitos do Homem a propósito de simples despejo. Esse tipo de questão o juiz está autorizado a desprezar. Não me refiro a questões infundadas, senão apenas

43 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O que deve e o que não deve figurar na sentença". In *Temas de direito processual*, 8ª série, p. 121.

às impertinentes e, portanto, irrelevantes. Fora daí, o juiz deve resolver todas as questões, ainda que para rejeitar as alegações dos litigantes, desde que a solução possa, em tese, influir na decisão.

Portanto, o saneamento serve para que o juiz e as partes procedam à depuração dos temas jurídicos, podendo eventuais excessos que por vezes entulham as alegações das partes, além de evitar a intromissão de temas até então estranhos à solução da lide.

Esse procedimento, sendo seguido pelos sujeitos do processo, terá outro efeito benéfico: a redução da necessidade de oposição de embargos de declaração. Com efeito, estando o juiz adstrito aos limites da controvérsia jurídica, ao formar a sua convicção e elaborar a sentença, bastará uma vista d'olhos na decisão de saneamento para certificar-se de que não deixou de cotejar os temas havidos como relevantes. E, por outro lado, as partes também serão inibidas na utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de omissão, caso não demonstrem que houve um efetivo hiato entre a proposta cognitiva esboçada na decisão de saneamento e o resultado final constante da sentença.

Convém destacar que essa delimitação implica prévio tratamento dos argumentos deduzidos pelas partes. Não poderá, obviamente, consistir numa mera justaposição de argumentos deduzidos pelas partes, como uma espécie de resumo dos articulados do autor e do réu.

Impõe-se um verdadeiro teste lógico-jurídico, cujo objetivo pode ser assim sintetizado: para acolher o pedido, quais são os aspectos jurídicos imprescindíveis? Para rejeitar a pretensão do autor, quais são os temas suscitados pelo réu que poderão levar à improcedência? Quanto melhor for esse teste prévio, menor serão as chances de surpresa para as partes e mais efetivo será o contraditório.

9. Principais inovações do novo Código no tocante ao saneamento

As inovações do NCPC podem ser assim listadas: a) possibilidade de requerer esclarecimentos ou ajustes ao magistrado; b) apresentação consensual dos pontos controvertidos de fato e de direito; c) possibilidade da realização de audiência para saneamento em cooperação; d) a elaboração do calendário de atividades processuais.

Em princípio, a iniciativa do saneamento está nas mãos do juiz, considerando-se inclusive seu papel como destinatário final de todo material cognoscível que será produzido. Uma vez que se pronuncie sobre os temas que o magistrado considera relevantes para a resolução do litígio, as partes poderão requerer eventuais correções, evitando-se assim o manejo de recursos. Evidentemente, esses ajustes ou esclarecimentos devem ser relacionados com a matéria deduzida, não servindo para adição de temas que não foram anteriormente cogitados nas manifestações principais (petição inicial, contestação, réplica etc.).

Isso se deve ao fato de que o saneamento do feito possui um efeito fixador ou estabilizador do objeto do processo. Serve para que os sujeitos do processo (partes e juiz) focalizem e concentrem suas atenções sobre os temas delimitados, evitando-se dois males que podem assaltar o processo: a dispersão e o retrocesso.

Fixando e focalizando os temas probatórios e os jurídicos, evita-se que a atividade posterior fique comprometida pela ausência de um rumo claro (isto é, de coleta de informes sobre os pontos de fato controvertidos). De outro, evita que ocorra o retrocesso a momentos anteriores, o que ocorreria se fosse permitido introduzir sorrateiramente novos temas probatórios e novas questões jurídicas, com evidente burla ao contraditório, além de comprometer a garantia da razoável duração dos processos.

O efeito estabilizador ou preclusivo da decisão de saneamento tem como principal meta aumentar a eficiência da atividade jurisdicional, que deve centrar-se nos aspectos previamente submetidos ao contraditório e adequadamente especificados. Porém, convém atentar para o fato de que o efeito preclusivo diz respeito àquilo que foi objeto de decisão no momento do saneamento.

Com efeito, como vimos anteriormente, o juiz deverá decidir as eventuais questões processuais pendentes, entre as quais estão as relativas aos pressupostos processuais.

Acolhida ou rejeitada alguma das matérias processuais alegadas, o novo regime recursal exigirá uma de duas atitudes: a) interposição de agravo de instrumento, caso o tema esteja numa das hipóteses do artigo 1.015 do NCPC; b) alegar o tema em sede de preliminar de apelação ou de contrarrazões (art. 1009, §§ 1º e 2º). Logo, não manejado um dos re-

cursos indicados, ocorrerá a preclusão, obstando novas cogitações, quer pelas partes, quer pelo Poder Judiciário⁴⁴.

Coisa diversa é a existência de uma questão de ordem processual (logo, que possa ser conhecida de ofício) que não tenha recebido apreciação expressa por ocasião do saneamento. Como não houve decisão anterior, obviamente não se pode falar em preclusão. Nesse caso, ainda diante do dever de cooperação, as partes deverão ter assegurada a possibilidade de se manifestarem sobre o tema conhecível de ofício e que não fora objeto de decisão no saneamento.

Das inovações introduzidas pelo novo Estatuto Processual, a possibilidade de as partes apresentarem ao magistrado um esboço da decisão de saneamento, por meio de fixação consensual dos pontos de fato e de direito que deverão ser objeto de investigação e decisão, é a que merece mais aplausos.

Cuida-se de real possibilidade de participação no processo e uma radical mudança de paradigma de atuação dos advogados (públicos ou privados). Em lugar do antagonismo clássico, no qual as partes apresentam suas alegações fáticas e jurídicas, deixando ao magistrado o trabalho de pinçar os pontos fundamentais para a resolução do litígio, os advogados serão instados a efetivamente concorrer para o aperfeiçoamento da administração da justiça.

Assim, o novo modelo processual de cooperação entre as partes na elaboração dos necessários ajustes do instrumento técnico, que é o processo, exigirá um comportamento próximo ao que ocorre com os advogados no sistema anglo-saxônico, em que há ativo intercâmbio entre os representantes judiciais dos litigantes e o Poder Judiciário, no que se denomina gestão de casos, gestão de procedimentos ou gestão de processos:⁴⁵

44 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume, págs. 699-670.

45 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª edição, págs. 139-140.

O tribunal deve garantir que os assuntos sejam focados de forma adequada, que a disciplina seja supervisionada, que os custos sejam reduzidos, que o andamento do processo seja acelerado e que resultados justos sejam facilitados e concedidos. A gestão de processos tem três funções principais: encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível [...]; evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; e, finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente conforme exigido pelo “Objetivo Preponderante”, CPR, Seção 1. Esse aspecto da Seção 1 exige que o tribunal e as partes levem em conta haver ações que disputam o mesmo espaço e outros litigantes que também pretendem obter acesso aos juízes, cuja disponibilidade de espaço para julgamento demonstra bem o quanto são escassas as efetivas disponibilidades dos tribunais.

Em nosso sentir, a possibilidade de as partes apresentarem em conjunto a definição dos pontos relevantes para a resolução do conflito é uma forma de cooperação com o Judiciário sem precedentes na história brasileira. Representa um avanço na implementação de um espírito democrático e solidário. É, outrossim, a melhor perspectiva de um contraditório ativo, que permite a efetiva construção da solução do litígio, ao contrário do impulso burocrático que é percebido em milhares de processos que tramitam e chegam a soluções que não pacificam efetivamente os litigantes.

Um dos efeitos que certamente surgirá dessa iniciativa é o aumento da celebração de acordos entre os litigantes. Provavelmente, no intercâmbio entre os advogados das partes para a definição dos pontos de fato e de direito que deverão merecer a cognição judicial, surgirá mais de uma ocasião em que se perceberá a possibilidade de celebração de acordos, evitando-se o desgaste da fase instrutória e posterior julgamento.

A questão, todavia, dependerá que nossos advogados abracem a ideia de injetar essa energia no processo, em prol do interesse de seus clientes e, indiretamente, no interesse da sociedade por um Judiciário mais célere, eficiente e eficaz. Esse, sem dúvida, é o maior desafio que se vislumbra com a entrada em vigor do novo Estatuto Processual.

De fato, o sistema jurídico não é composto apenas de normas. Essas são as instruções para que a máquina judiciária possa absorver os

litígios e resolvê-los. Porém, o sistema “opera” por meio as condutas dos seus agentes, que são as partes (representadas por seus advogados) e pelo juiz (auxiliado por servidores e outros). São esses agentes que darão vida às normas positivadas. Logo, o sucesso da promessa contida com a edição do novo CPC depende, em grande medida, dos seus operadores.

Esse desafio passa, inclusive, por aprimoramento na apresentação das alegações de fato e de direito. A técnica de argumentação exigirá um tratamento mais analítico⁴⁶ dos pontos, de modo que esses sejam concentrados nos aspectos essenciais para a solução do conflito. Assim, as manifestações das partes deverão conter, concretamente, um conjunto lógico de proposições, deduzidas a partir dos fatos supostamente ocorridos, os quais, demonstrados, implicarão dada solução para a controvérsia.

Isso inclui a maneira como se utilizam, por exemplo, citações jurisprudenciais, que deverão necessariamente conter o sumário do que foi decidido no acórdão, para permitir a vinculação do julgado com a causa apresentada. Quanto maior for a proximidade dos temas debatidos (fatos e questões jurídicas), tanto maior será a força persuasiva do julgado ou dos precedentes invocados.

É corriqueiro verificar que, na prática diuturna, muitos operadores do direito citam (transcrevem) ementas de julgados dos mais variados tribunais, sem que tenha sido realizada a análise dos pressupostos da solução dada pelos respectivos julgados, sendo que em muitas situações tais citações são impertinentes para a resolução do caso concreto. Somente a similitude entre as circunstâncias de fato do caso concreto e do caso (s) indicado (s) como paradigma (s) permitem invocar um precedente judiciário.

46 Ou seja, tanto as alegações das partes, quanto os pronunciamentos decisórios deverão empregar a análise, que pode ser assim definida: “Em geral, a descrição ou a interpretação de uma situação ou de um objeto qualquer nos termos dos elementos mais simples pertencentes à situação ou ao objeto em questão. A finalidade desse processo é *resolver* a situação ou o objeto nos seus *elementos*, de modo que um processo analítico é considerado bem-sucedido quando tal resolução é realizada”. Veja: ABBGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 51-54. De fato, a apresentação dos fatos e dos argumentos numa petição inicial, na contestação e na sentença, deverão convergir para a resolução do problema (crise) que está posta para resolução por meio do processo, com efetivo contraditório entre as partes.

De fato, com o novo sistema de cooperação entre os sujeitos do processo, o que é vedado a um deles é igualmente vedado aos demais. Assim, se o NCPC prescreve a falta de fundamentação de uma sentença que contém razões que podem servir da para embasar qualquer outra decisão ou que se limita a afirmar a existência de precedentes, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto, impondo um dever analítico de fundamentação (isto é, de resolução da controvérsia, art. 489, § 1º, V), igualmente deverão as partes, caso invoquem precedentes para sustentar suas teses, demonstrar a correlação entre o caso que sustentam e aquelas soluções adotadas pelos acórdãos tidos como paradigma.

Igual dever se impõe àquele que vier a sustentar que determinada súmula não se aplica ao caso concreto (art. 489, § 1º, VI), pois impõe-se adotar a técnica da distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) em suas razões, quer na petição inicial, quer na contestação. Aliás, visto o contraditório como meio efetivo de obter a resolução do conflito, de forma participativa, o princípio ganharia novos contornos, como sustentam Humberto Theodoro Júnior e outros:

Nessa ótica, o contraditório (na perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito) permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujo efeitos sofrerá. A decisão não pode ser mais vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que se possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

A garantia de fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CF/1988), agora fortalecida pelo art. 489 do novo CPC, pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.

É, na verdade, nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento, não a fins estratégicos.

O ambiente propício para tal espaço público é o processo constitucionalmente entendido, que impedirá decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a esses a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente.

Desse modo, como explica Picardi:

O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma **ordem assimétrica**. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existem entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado de **ordem isonômica** (tradução livre).

A assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual.

Esta não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas sim o estabelecimento **da ótica da consideração e interdependência** entre eles, uma vez que, na hipótese da assunção dessa concepção do contraditório como garantia de influência, assegura-se uma correção normativa das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo; e se permitirá que, na imensa maioria das situações, somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação.

A percepção da interdependência dos sujeitos processuais, albergada pelo novo CPC, caso seja levada a sério, permitirá novos horizontes para o sistema de aplicação, que garantiriam que a estrutura normativa processual e a sua cognição, imperfeita por essência, impusessem um fluxo discursivo

predominantemente performativo (vocado ao entendimento), o que garantiria provimentos legítimos, e não meramente funcionais⁴⁷.

Essa é a chave para o sucesso no uso da faculdade prevista pelo novo CPC no tocante à fixação consensual dos pontos controvertidos: a apreensão pelos operadores do direito da necessária dinâmica de interdependência entre todos os sujeitos do processo. Sem que os sujeitos processuais apreendam e exercitem essa interdependência, o novo mecanismo tenderá a dormir no texto legal, sem alcançar a eficácia social que dele se espera: aperfeiçoar qualitativa e quantitativamente as soluções no foro.

A terceira inovação no tocante ao saneamento é a audiência para esclarecimentos.

Embora não possa ser taxada efetivamente de novidade,⁴⁸ a experiência no CPC de 1973 demonstrou que o legislador deixou de considerar diversos aspectos quando alterou, em 1994, o regime original, impondo a realização de audiência preliminar e de saneamento.

Em primeiro lugar, os magistrados acabam se demonstrando refratários à realização de audiências que não sejam destinadas à colheita de provas. Nada obstante um dos deveres do juiz seja tentar obter a autocomposição partes (Art. 125, IV, do CPC de 1973; art. 139, V, do novo CPC), nem todos se empenhavam efetivamente nessa tarefa ou não dominavam as técnicas de mediação ou conciliação.

Porém, o que parece mais grave, é a visão dos magistrados de que o único objetivo daquela audiência prevista pelo art. 331 do CPC de 1973 fosse a tentativa de conciliação. Por isso, acabou-se colhendo o alvitre de parte da doutrina e setores da magistratura, para afastar a obrigato-

47 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, págs. 123-125.

48 Afinal, reza o artigo 331 do CPC de 1973: Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir [...]§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

riedade dessa audiência, conforme ocorreu com a introdução do § 3º ao artigo 331 do CPC 1973.

De fato, aparentemente a audiência seria um desperdício de tempo e atividade processual, quando o direito fosse indisponível ou ocorresse a citação ficta: com efeito, uma pequena experiência no foro permite concluir que nas situações de citação ficta (por hora certa ou por edital), a possibilidade de comparecimento do réu para tentativa de autocomposição eram praticamente nulas.

Porém, ainda que não fosse possível a composição, os demais objetivos da audiência poderiam, já no sistema anterior, ser melhor direcionados, como a especificação dos pontos controvertidos com a presença das partes, que poderiam contribuir nesse delicado e importante trabalho preparatório da fase instrutória.

A opção do legislador foi separar as atividades, evitando que uma acabasse contaminada pelo insucesso da outra. Na fase postulatória, permitir que ocorra a tentativa de composição, com auxílio de mediadores e conciliadores (art. 334). Fracassada esta, o processo se desenvolve, sendo de regra o saneamento escrito, precedido ou não de apresentação consensual pelas partes dos pontos controvertidos de fato e de direito.

Porém, deixou-se a possibilidade de designação, pelo juiz, de uma audiência para saneamento em conjunto, o que ressalta o novo vetor do processo civil: a cooperação entre todos os agentes do processo.

O saneamento conjunto em audiência também pode ser entendido como uma concessão ao princípio da oralidade no processo, na sua manifestação viva: o contato direto entre o julgador e os sujeitos parciais do processo. Nas causas complexas, o uso hermético de códigos linguísticos (vocabulário técnico, científico, de uso pouco corrente ou que envolvam fatos pouco comuns na praxe forense) pode obscurecer o que realmente precisa ser provado em juízo ou as questões que devem ser resolvidas.

Essa audiência é uma exceção: deverá ser utilizada quando as questões de fato e de direito assumirem complexidade que recomende a delimitação mais próxima das questões, dentro do contexto da demanda posta e respondida, ocasião em que as partes poderão esclarecer suas posições quanto aos fatos e teses jurídicas. Embora não se possa dizer

que o juiz esteja proibido de marcar esse tipo de audiência para causas de menor complexidade, o fato de que o art. 357, § 9º, estabelece um tempo mínimo de 1 (uma) hora entre audiências desse tipo na pauta judicial deverá inibir esse tipo de iniciativa.

Convém frisar algo que merece atenção: designada a audiência para saneamento conjunto, as partes deverão trazer para a audiência o rol de testemunhas, cujo limite é 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para cada fato a ser demonstrado.

Nessa audiência, pode ser celebrado o negócio jurídico processual denominado calendário, com previsão no artigo 191 do NCPC:

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

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

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

A principal virtude do calendário é a economia processual, especificamente na economia de atividade processual. Com efeito, em lugar do processo se desenvolver no típico ação e reação entre partes e juiz (ou seja, a provocação de um leva a reação em sentido contrário do outro), exigindo, por força do contraditório, a necessidade de intimação das partes para que se manifestassem ou agissem no processo, o calendário coloca o fluxo processual sob o controle das partes, dispensando a máquina judiciária de intimar as partes sobre os eventos do processo.

Constitui-se de verdadeira forma de planejar o desenvolvimento do processo, aumentando a previsibilidade sobre o desfecho do processo, ao menos sobre a perspectiva temporal.

O objeto do calendário abrange tanto as atividades das partes quanto do juiz e seus auxiliares: realização de audiência, apresentação

de quesitos, assistentes técnicos, apresentação de laudo pericial⁴⁹, formulação de razões finais e prolação da sentença.

Sendo um negócio jurídico plurilateral, não poderá ser imposto pelo magistrado, mas nada impede que esse tome a iniciativa de propor o calendário.

A doutrina elaborada logo após a edição do novo CPC levantou a questão da possível colisão do calendário com a ordem cronológica dos julgamentos (art. 12), apontando duas soluções: a) necessidade de uma audiência para prolação de sentença, o que estaria de acordo com o artigo 12, § 2º, I, que excluía a observância da ordem cronológica de conclusão para ser proferida a sentença; b) não se admitir no calendário a designação de data limite para ser proferida sentença, para evitar que o pacto multilateral prejudicasse terceiros.⁵⁰

Porém, antes mesmo que o novo CPC viesse a ter aplicação prática, em razão de fortes pressões da magistratura, preocupada com o novo sistema de processamento de recursos extremos, o texto legal recebeu alteração, por força da Lei federal nº 13.256/2016:

Art. 2º A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Vigência)

“Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

“Art. 153. O escrivão ou o chefe de secretaria atenderá, preferencialmente, à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais.

49 De fato, uma inovação do novo CPC é a possibilidade das partes, de comum acordo, escolherem o perito, conforme o previsto no artigo 471 do novo Estatuto Processual, com indicação simultânea dos assistente técnicos. Porém, a indicação conjunta do perito exige que as partes sejam plenamente capazes e a disputa seja solucionável por autocomposição.

50 Nesse sentido, de que o calendário não poderia implicar em desrespeito à ordem cronológica: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1, p. 696. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 234. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*, p. 354.

Assim, a edição da norma pouco mais de um mês antes da vigência do novo CPC, de forma pouco elogiável, sepultou as preocupações dos autores que vislumbraram a possibilidade de burla à ordem cronológica de julgamento com a adoção do calendário processual.

Em lugar de adaptar-se a máquina judiciária ao novo *software*, preferiu-se reescrever as instruções, para manter tudo como está. Assim, embora o novo sistema estivesse com suas vigas mestras desenhadas desde 2009, os Tribunais não se adaptaram.

Essa iniciativa não é nada auspiciosa. Acaso durante a implementação do novo CPC prevaleça esse tipo de entendimento, boa parte das inovações serão destruídas pelas mãos dos principais operadores do direito.

Portanto, as perspectivas que se anunciam com o novo CPC são principalmente positivas.

Acaso as atividades de preparação do processo sejam levadas a sério, é possível que muitas demandas acabem por meio de autocomposição, diante dos cenários probatórios disponíveis.

De outro lado, a instrução probatória ganha contornos mais precisos, com a delimitação analítica dos pontos controvertidos e participação real e efetiva das partes nessa delicada e importante tarefa, ante a adoção de uma nova leitura do contraditório.

Resta saber se a máquina judiciária não manterá sua tradicional inércia, especialmente no tocante à fundamentação das decisões frente aos pontos controvertidos de fato e de direito. Isso, porém, é outra história... cuja narrativa, esperamos, tenha final feliz.

Referências bibliográficas

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª edição. Tradução do autor [orientação e revisão da tradução Tereza Arruda Alvim Wambier] São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. In *Temas de direito processual*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Revista do Advogado, nº 85. São Paulo, 2006

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Sparpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Será o fim da categoria condições da ação? Uma resposta a Freddie Didier Jr.* Revista de Processo, vol. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª edição, Vol IV arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, ADA PELEGRINI. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos da PGE-SP, nº 16, p. 97-108, jun/1980

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume 1, 45ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierli. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALLAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

