

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

Evolutione legislativa della fase di trattazione del processo
Revista de Processo | vol. 255/2016 | p. 435 - 460 | Maio / 2016
DTR\2016\4685

Heitor Vitor Mendonça Sica

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor
Doutor da Faculdade de Direito da USP. Advogado. heitorsica@usp.br

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente texto se propõe traçar a evolução da fase de saneamento e organização do processo a partir do Código de Processo Civil de 1973, passando pelas reformas de 1994 a 2002, e, ao final, destacando as principais alterações engendradas no Código Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Saneamento do processo - Preclusão - Providências preliminares - Julgamento antecipado do mérito - Julgamento antecipado parcial do mérito.

Riassunto: Questo lavoro si propone di tracciare l'evoluzione della fase di trattazione del processo secondo il CPC del 1973, le riforme del 1994 e del 2002, e alla fine, analizzando i principali cambiamenti del 2015 CPC.

Parole chiave: Trattazione - Preclusione - Giudizio anticipato di merito - Sentenze parziali.

Sumário:

1Introdução - 2Análise breve do Código de Processo Civil de 1973 - 3Providências preliminares no Código de Processo Civil de 2015 - 4Visão geral da fase saneadora e de organização no Código de Processo Civil de 2015 - 5Análise crítica da técnica de organização prevista no Código de Processo Civil de 2015, à luz do contraditório e da razoável duração do processo - 6A "estabilidade" da solução das matérias preliminares (art. 357, I e § 1.º, do CPC/2015) - 7A "estabilidade" da decisão acerca da organização do processo (art. 357, II a V e § 1.º, do CPC/2015) - 8Julgamento antecipado parcial do mérito no Código de Processo Civil de 2015 - 9Referências bibliográficas

1 Introdução

São bem conhecidas as dificuldades de dividir o procedimento para prestação de tutela cognitiva em fases estanques. É quase ocioso reconhecer que muitas são as regras que implicam inversões de atos processuais, bem como abreviações.¹

Tal realidade já se desenhava notável à luz da redação original do Código de Processo Civil de 1973 e, com ainda maior intensidade, avulta indubitável no Código de Processo Civil de 2015.²

Contudo, tanto no procedimento comum ordinário, pautado no Código de 1973, quanto no procedimento comum tout court, estruturado no Código de Processo Civil de 2015, destaca-se a importância da chamada "fase de saneamento e organização do processo".

Para que se análise de modo adequado a sistemática prevista no Código de Processo Civil de 2015, mostra-se indispensável passar em revista o diploma que o antecedeu, sobretudo para que sobressaiam mais facilmente as alterações agora introduzidas em nossa legislação.

2 Análise breve do Código de Processo Civil de 1973

No Código de Processo Civil de 1973, o tema vinha regulado nos arts. 323 a 331, que

compreendiam todas as regras relativas às chamadas "Providências preliminares" e ao "Julgamento conforme o estado do processo", cujo objetivo era, de maneira bem didática e minuciosa, descrever todos os passos a serem adotados pelo juiz após o término do prazo para respostas do(s) réu(s).

Inicialmente, determinava-se que o juiz verificasse se o réu caiu ou não em revelia. Na primeira hipótese (revelia configurada), deveria o juiz verificar se seu efeito primordial (a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, ex vi do art. 319), seria cabível à luz do art. 320.

A partir de então, novamente colocavam-se duas alternativas: se presente o efeito da revelia, estava o juiz autorizado a desde logo proferir sentença, saltando diretamente da fase postulatória para a fase decisória (art. 330, II); do contrário, haveria de prosseguir o feito como se tivesse havido defesa, isto é, abrindo-se o ensejo para a fase instrutória, mediante exortação ao autor a indicar as provas que pretendia produzir (art. 324).

Na hipótese de o réu não ser revel, cabia ao juiz analisar o conteúdo da defesa apresentada e, caso houvesse alegação de matérias preliminares, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor ou tornasse controvertida questão prejudicial,³ a fase postulatória se estendia para que o autor, em 10 dias, fosse ouvido em réplica³ (arts. 326 e 327, 1.^a parte) ou pedisse declaração incidente (art. 325).⁴ Em havendo reconvenção, o autor-reconvindo teria, ainda, o prazo de 15 dias para respondê-la, devendo-se a contestação respeitar os mesmos moldes procedimentais que aquela apresentada pelo réu.

Após o prolongamento da fase postulatória, cabia ao juiz verificar a existência de vícios sanáveis e, em caso afirmativo, corrigi-los (art. 327, 2.^a parte).

Cumpridas tais providências, o art. 329 dava ao juiz a liberdade de desde logo proferir sentença, seja terminativa (art. 267), seja uma das assim chamadas "falsas" sentenças de mérito (art. 269, II a V).⁵ Contudo, cabe ressaltar que o próprio art. 330, I, já permitia que desde logo fosse proferida a "verdadeira" sentença de mérito, julgando procedente ou improcedente o pedido (art. 269, I).

Apenas se fossem superadas todas as possibilidades anteriores é que o juiz passaria, de fato, a proceder ao "saneamento e organização",⁶ cujo referencial normativo fundamental sempre foi o art. 331.

Apegada às tradições lusitanas,⁷ o art. 331 do CPC/1973 em sua redação original, tratava do "despacho saneador". A denominação era imprópria por três razões: (a) o provimento tinha conteúdo decisório (e, portanto, não poderia ser catalogado como mero despacho); (b) a decisão não saneava o processo, mas apenas declarava que os vícios que existiam já haviam sido sanados;⁸ (c) não se limitava a dispor sobre vícios, mas sim deferia as provas a serem produzidas.

A Lei 5.925/1973 - editada ainda durante período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil - abandonou a expressão "despacho saneador", e passou a usar "saneamento do processo", além de ter corrigido outro equívoco do texto original: a referência que os incs. I e II faziam limitadamente a alguns (e não todos) os meios de prova passíveis de deferimento pelo juiz.

Outro dado relevante extraído da redação original do Código de Processo Civil de 1973 (não alterado pela Lei 5.925/1973): tratava-se de ato a ser tomado sem qualquer oralidade.⁹

A reforma instituída pela Lei 8.952/1994 procurou dar novo impulso à disseminação da oralidade processual, trazendo a grande inovação da audiência preliminar,¹⁰ na qual teria lugar a tentativa de conciliação, o proferimento da decisão declaratória de saneamento e o impulso do processo à fase instrutória, mediante o deferimento dos meios de prova a serem produzidos.

Os defensores da reforma¹¹ diziam que as vantagens seriam: (a) prestigiar a concentração dos atos e o contato do juiz com partes e advogados (imediatidade) em uma fase processual em que antes tal prática não era prevista; (b) prestigiar a conciliação, que ainda não tinha palco para que fosse tentada antes da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do CPC/1973);¹² e (c) melhorar a instrução processual, com a fixação dos pontos controvertidos do litígio, para que, incontinenti, o juiz deferisse as provas necessárias a aclará-lo (por meio de atividade que passou a ser chamada de organização do processo).¹³

Alguns autores, entusiasmados com a inovação, defendiam que a audiência preliminar era obrigatória e que a omissão do juiz em designá-la importava em nulidade absoluta de todos os atos praticados após a dispensa.¹⁴ Outros sustentavam que a audiência preliminar deveria se realizar mesmo se os direitos em controvérsia fossem indisponíveis.¹⁵ Levantaram-se vozes, ainda que minoritárias, para defender também que a audiência deveria se realizar mesmo no caso de extinção sem exame de mérito, nos casos do art. 269, II a V e julgamento antecipado da lide.¹⁶

Porém, não tardou a demonstração de que a prática diferiu muito da teoria. Os juízes, assoberbados de trabalho, no mais das vezes não tinham tempo para estudo dos autos antes da realização das audiências preliminares e, assim, geralmente encontravam-se nessas ocasiões despreparados para sanear o feito oralmente. As partes aguardavam durante meses a realização da audiência e, frustrada a conciliação, sequer presenciavam o saneamento oral do feito.¹⁷

Esse quadro já fora anunciado por Barbosa Moreira, que afirmava ser a introdução da audiência preliminar uma "faca de dois gumes":¹⁸ quando obtida a conciliação, ganhava-se tempo; frustrada a composição amigável, perde-se tempo com a designação da audiência, sem que haja alguma vantagem substancial. Para esse autor, nem sempre o saneamento "de gabinete" ostentava vantagem substancial em relação ao saneamento em audiência.¹⁹

O advento da Lei 10.444/2002, que novamente alterou o art. 331 do CPC/1973, roborou a lição de Barbosa Moreira, demonstrando que o legislador elegeu como o objetivo mais importante da audiência preliminar a conciliação (e não o saneamento).²⁰ Isso porque a audiência preliminar foi excluída em processos que envolvam direitos que não admitam transação e quando as circunstâncias da causa indiquem remotas as chances de conciliação. Tivesse o legislador considerado a importância ao saneamento oral do processo, teria mantido a audiência ao menos para realização dessas atividades.

Pode-se afirmar, mesmo que à míngua de dados estatísticos, mas com base no empirismo do dia a dia do foro, que a introdução dessa segunda hipótese no texto da lei, deixando ao arbítrio dos magistrados a realização da audiência, fez com que ela fosse dispensada com maior frequência que o desejado²¹ ou que sua realização fosse "terceirizada" para auxiliares da justiça (de modo que sua utilidade fosse reduzida à tentativa de conciliação).

Percebem-se, pois, o malogro de (mais uma) tentativa de ampliar a carga de oralidade do sistema. Conspirou contra essa inovação uma certa barreira cultural, ventilada há mais de meio século por Frederico Marques²² em lição que persiste atual.

Ainda assim, jamais se questionou a utilidade da concentração decisória no tocante às atividades de saneamento e organização. Mesmo que seu proferimento seja feito por escrito, e não em audiência,²³ a decisão saneadora propicia um exame concentrado dos requisitos de admissibilidade da demanda, antes do início da instrução probatória, o que pode representar sensível economia de tempo, recursos e energia.

E tal fato se confirma de forma veemente com uma análise histórica e de direito comparado, demonstrando que a técnica de saneamento concentrado do processo, por escrito ou em audiência, foi implantada com sucesso em vários países, em diversas

épocas.²⁴

De toda sorte, merece destaque o fato de que os tribunais costumam fazer "vista grossa" ao reiterado descumprimento do dever imposto aos juízes no tocante à fixação dos pontos controvertidos. Mais uma vez a prática destoa da teoria (e, mais do que isso, do texto expresso de lei), de modo que a importância da fase de saneamento e organização resta apequenada. Perde-se a oportunidade de uma gestão mais racional da colheita da prova, mediante seleção dos meios a serem empregados à luz de uma análise minuciosa do thema probandum.

Eis aqui o pano de fundo para análise do Código de Processo Civil de 2015.

3 Providências preliminares no Código de Processo Civil de 2015

Em linhas gerais, a sistemática das chamadas "providências preliminares" prevista no Código de Processo Civil de 1973 e acima delineada restou preservada, com apenas algumas alterações:

a) O art. 345, IV, do CPC/2015 positivou entendimento já assente²⁵ no sentido de possibilitar ao juiz determinar ao autor a produção de prova dos fatos constitutivos do seu direito mesmo em face do réu revel quando suas alegações "forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos";

b) Positivou-se o entendimento (anteriormente já prevalecente)²⁶ de que o réu revel, ao comparecer espontaneamente no processo, tem direito a produzir provas (art. 349), desde que o requeira antes de uma sentença de julgamento antecipado (art. 355, II);

c) O prazo para o autor se manifestar sobre a contestação do réu (réplica)²⁷ passou a ser de 15 dias (arts. 350 e 351);

d) Face ao que dispõe o art. 503, § 1.º (que expandiu, dentro de determinadas condições, a coisa julgada para a solução incidenter tantum de questão prejudicial), desapareceu a demanda declaratória incidental (seja aquela manejada pelo réu como instrumento de resposta, seja aquela manejada pelo autor, ao ensejo da réplica);

e) Passou a se permitir de modo expresso²⁸ o proferimento de decisões²⁹ de mérito parciais (art. 356), tema ao qual dediquei especial atenção no item 8, infra.

4 Visão geral da fase saneadora e de organização no Código de Processo Civil de 2015

A análise da fase saneadora e de organização no Código de Processo Civil de 2015 permite afirmar que, em alguns pontos, o novo códex aprofunda tendências antes já sinalizadas pelas reformas empreendidas no Código de Processo Civil de 1973 e, em outros, nota-se clara inflexão, mediante acolhimento de diretrizes diametralmente opostas.

No primeiro grupo (aprofundamento de tendências), destacam-se:

a) Concentração ainda mais intensa de atividade decisória relativa a questões processuais ao ensejo da passagem da fase postulatória para a fase de saneamento;³⁰

b) Restrição ainda mais intensa³¹ da atividade conciliatória realizada pessoalmente pelo juiz nesta etapa do procedimento;³²

c) Restrição ainda maior³³ para realização das atividades de saneamento e organização orais, em audiência, cuja designação o art. 357, § 3.º passou a limitar a casos em que a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito", hipótese em que as partes serão convidadas a integrar ou esclarecer suas alegações";³⁴

d) Redução ainda mais intensa do âmbito de operação da oralidade (ao ponto

de ter desaparecido qualquer traço da chamada regra da identidade física do juiz, antes inculcado, embora com diversas exceções, no art. 132 do CPC/1973;

e) Agilidade ainda maior na produção da prova testemunhal.³⁵

Já no segundo grupo (pontos de inflexão), se detecta o seguinte:

a) Redução das possibilidades de dispensa de audiência para tentativa de solução autocompositiva. Embora realizada em diferente momento do procedimento (isto é, logo após a citação do réu, ex vi do art. 334), essa audiência só não se realiza se todas as partes se manifestarem nesse sentido.

b) Ampliação dos deveres do juiz no tocante à organização da fase instrutória, haja vista que não mais lhe bastará fixar pontos controvertidos e deferir as provas destinadas a esclarecê-los (como determinava o art. 331, § 2.º, do CPC/1973 pós-reformas), mas também indicar a quem compete o ônus da prova³⁶ e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;³⁷

c) Em coerência com o disposto no art. 190, ampliaram-se significativamente os espaços para o "autorregramento da vontade"³⁸ das partes, de tal modo a lhes facultar apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incs. II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz (art. 357, § 2.º) é o chamado "saneamento compartilhado". Essa possibilidade pode ainda ser conjugada com a proposição de um calendário processual nos moldes do art. 191, embora seja improvável imaginar que as partes o elaborariam, sponte própria, e o submeteriam à mera homologação judicial.

5 Análise crítica da técnica de organização prevista no Código de Processo Civil de 2015, à luz do contraditório e da razoável duração do processo

O Código de Processo Civil de 2015 reduziu a oralidade processual, mas contraditoriamente, manteve técnicas processuais cunhadas originalmente para um processo oral.

Com efeito, a sistemática introduzida pela Lei 8.952/1994 ao art. 331, § 2.º, do CPC/1973, sob inspiração de ordenamentos estrangeiros,³⁹ estava umbilicalmente ligada à oralidade processual.

Imaginava-se que partes e juiz, de maneira dialogada, identificariam juntos os pontos controvertidos e, incontinenti, debateriam quais provas seriam necessárias, tudo isso de maneira oral e concentrada.

Quando se transpõe essa técnica para o procedimento escrito, ou se perde qualidade da atividade jurisdicional (atentando-se contra a garantia do contraditório) ou se compromete a razoável duração do processo.

Em outras palavras: ou o juiz não dialogará suficientemente com as partes para definir como se desenvolverá a fase instrutória, ou ele atrasará severamente a marcha do procedimento para que as partes debatam essas questões por meio de petições escritas.

Tal risco poderá se revelar ainda mais insidioso se continuar a ser aplicado o "costume judiciário" (completamente incompatível com o sistema processual, seja à luz do Código de Processo Civil de 1973, seja sob vigência do Código de Processo Civil de 2015), de os juízes, antes de praticarem qualquer ato de organização do processo (em especial a fixação de questões fáticas controvertidas), determinarem às partes que "especifiquem" as provas que "realmente" pretendem produzir, justificando sua pertinência, sob pena de preclusão.

Essa prática - observada no dia a dia do foro ao longo de mais de 40 anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973 -, além de colocar "o carro à frente dos bois"

(discutem-se os meios de prova, antes de analisar sobre que alegações fáticas eles recairão), impede injustamente que as partes complementem o pedido de realização de provas depois de identificar sobre que elementos elas recairão.

E nem se diga que as partes poderiam "inferir" do cotejo entre as postulações qual seria a matéria ainda pendente como controvertida, haja vista que essa operação nem sempre é simples. Há que se interpretar os atos postulatórios para identificar quais são os fatos pertinentes e relevantes e confrontá-los com a prova documental já carreada até então aos autos (que eventualmente pode tê-los esclarecido de maneira suficiente). Há um trabalho de valoração probatória, ao menos preliminar, que compete ao juiz.⁴⁰

É particularmente inaceitável que as partes estejam sujeitas à preclusão se não indicarem as provas que pretendem produzir antes de saberem sobre quais fatos a prova deverá recair.

Assim, mesmo que se mantenha a prática consagrada desde os tempos do Código de Processo Civil de 1939 - a tal "especificação de provas" ao fim da fase postulatória - ao menos o Código de Processo Civil de 2015 traz um alento ao atenuar o regime preclusivo aplicável às partes, o que se infere do seu art. 357, II e § 1.º.

De fato, o inc. II determina que o juiz, de uma só vez, delimite "as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória" e indique os "meios de prova admitidos", ao passo que o § 1.º deixou aberta a porta para que as partes, após intimadas da decisão de saneamento e organização, solicitem "esclarecimentos" ou "ajustes" em cinco dias. A escolha dos vocábulos pelo texto normativo não foi das mais felizes. Melhor teria sido dito, para não haver dúvidas, sobre o direito das partes a "complementações". Ainda assim, não há como duvidar da imperiosa interpretação do dispositivo sob essa dimensão, à luz de todos os argumentos acima enunciados.

Essa sistemática conspira para que se continue a observar o expediente da "especificação de provas". Afinal, dificilmente o juiz vai se basear apenas nos requerimentos de provas feitos por autor e réu em suas respectivas postulações iniciais (arts. 319, VI e 336, respectivamente) que costumam ser genéricos ("todos os meios admissíveis").

Ademais, há que se considerar que o pedido de "ajustes" e "esclarecimentos" não se reveste de natureza recursal e, portanto, não interrompe o prazo para interposição de agravo de instrumento contra eventuais capítulos da decisão de saneamento que são agraváveis (como, v.g., a exclusão de litisconsorte e a distribuição dinâmica do ônus da prova, ex vi do art. 1.015, VII e XI, respectivamente).

Contudo, se a decisão de saneamento contiver omissão, obscuridade, contradição ou erro material, ela poderá ser desafiada por embargos de declaração,⁴¹ os quais têm a aptidão de interromper o prazo para eventual agravo subsequente (art. 1.026).

Nada impediria que o pedido de "ajustes" e "esclarecimentos" fosse formulado na mesma peça que veicule os embargos de declaração.

6 A "estabilidade" da solução das matérias preliminares (art. 357, I e § 1.º, do CPC/2015)

Cumpra ainda examinar o disposto no art. 357, § 1.º, parte final, segundo o qual a decisão de saneamento e organização torna-se "estável" após o transcurso do prazo de cinco dias para as partes solicitarem esclarecimentos.

O dispositivo resgata discussão clássica na doutrina brasileira acerca da eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, que vinha plasmada, anteriormente à Lei 8.952/1994, apenas às questões preliminares (essas constituem apenas uma das matérias decididas nessa ocasião à luz do art. 357, I, do CPC/2015). Cumpra, pois, começar por esse tema.

Duas dúvidas básicas se punham.

A primeira: se as matérias processuais não alegadas e não apreciadas restariam insuscetíveis de discussão posterior pelo fato de o juiz ter decretado "saneado" o processo. Prevaleceu, desde o início e com folga, a tese de que as matérias poderiam, sim, ser alegadas e decididas posteriormente. Ponderou-se, inicialmente, ser inviável reconhecer "decisões implícitas" (mormente porque seriam nulas, por falta de fundamentação),⁴² ademais de se reconhecer que a possibilidade de conhecimento de questões atinentes a condições da ação e pressupostos processuais, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (a teor dos arts. 267, § 3.º, e o art. 301, § 4.º do CPC/1973, que enunciam regra presente nos arts. 337, § 5.º e 485, § 3.º, do CPC/2015). Penso que essa diretriz fruto de consenso ao longo dos 40 anos de vigência do Código de Processo Civil não fica prejudicada pelo art. 357, § 1.º, do CPC/2015.

A segunda: se as matérias listadas nesses artigos seriam passíveis também de redescisão a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Nesse caso, a doutrina se mostra um pouco mais dividida, basicamente em três correntes: (a) a de que não há preclusão (sob o fundamento de que as questões são de "ordem pública" e, portanto, não se poderia extrair qualquer consequência da omissão da parte interessada em recorrer da primeira decisão que a examinou);⁴³ (b) a de que haveria preclusão apenas para o órgão que prolatou a decisão, mas não para os grau superior de jurisdição;⁴⁴ (c) que os dispositivos que atribuem ao julgador o poder de conhecer uma matéria *ex officio* não implicariam reconhecer a possibilidade de a matéria ser novamente decidida.⁴⁵

O art. 357, § 1.º, parece dar mais munção aos partidários dessa terceira corrente, de modo a considerar que as questões resolvidas nos termos do inc. I do mesmo dispositivo não poderiam mais ser alteradas se não houvesse subsequente interposição do recurso cabível.⁴⁶

De fato, à luz desse novo dispositivo, é difícil recusar o aumento da carga preclusiva do sistema, de modo que se torna mais difícil continuar a sustentar que as matérias passíveis de serem conhecidas *ex officio* pela primeira vez poderiam ser redecididas livremente mesmo à falta de recurso da parte interessada.

Há, pois, um fenômeno de limitação do poder decisório do juiz em rever a solução anteriormente dada às matérias preliminares após à estabilização da decisão declaratória de saneamento. Contudo, esse fenômeno não se encaixa na moldura da coisa julgada material (que, por força do art. 502 continua a ser restrito às decisões de mérito,⁴⁷ as quais, por sua vez, estão definidas claramente no art. 487), mas sim de fenômeno de menor intensidade, a que chamei, ao estudar monograficamente o tema, de preclusão dos poderes decisórios do juiz quanto às questões incidentais.⁴⁸

Contudo, esse efeito preclusivo não é absoluto e inexorável, pois em outros quadrantes do sistema se encontram situações em que ele é ressalvado. Refiro-me aos casos de rescindibilidade da sentença previstos no art. 966 do CPC/2015. Tem-se um rol de situações em que o próprio sistema reconhece particular gravidade a determinados vícios, ao ponto de torná-los imunes (ao menos temporariamente) até mesmo do efeito sanatório geral da coisa julgada material. Seria inteiramente contraditório que o sistema não permitisse ao juiz rever decisões incidentais irrecorridas para reconhecer vícios geradores de rescindibilidade de posterior decisões de mérito, mas autorizasse que os vícios fossem alegados em sede de ação rescisória.

Alguns exemplos ajudam a elucidar a posição aqui defendida. Suponha-se que o juiz tenha proferido decisão declaratória de saneamento rejeitando a preliminar de incompetência absoluta, mas acolhendo a arguição de incorreção ao valor da causa. A primeira questão poderá ser revista a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo que *ex officio*, pois não fica preclusa nem mesmo com o advento da coisa julgada (art. 966, II). A segunda matéria somente poderá ser novamente revisitada se essa matéria for oportuna e regularmente suscitada na apelação ou nas contrarrazões

contra a sentença, na forma do art. 1.009, § 1.º. À falta de impugnação nesse momento, nem mesmo o tribunal poderá rever a questão.

Também há que se reconhecer estar a salvo dessa estabilidade as questões que tiverem ensejo por matéria superveniente, também por disposição expressa de lei (arts. 342, I e 493). Pense-se, à guisa de exemplo, na decisão saneadora que reconhece presente o interesse processual e rejeita essa alegação do réu. Se, posteriormente, sobrevier causa para reconhecimento da chamada "perda de objeto" do processo, é evidente que a estabilidade calcada no art. 357, § 1.º, não impedirá que essa matéria seja conhecida.

Em resumo, conclui-se que o art. 357, § 1.º, de fato intensificou o regime preclusivo do sistema jurídico no que toca às matérias preliminares, mas ainda assim persiste um rol de matérias que, por expressa disposição legal, podem ser revistas a qualquer tempo, quais sejam, aquelas referidas nos arts. 342, I, e 493 (matéria superveniente) e art. 966 (matérias ensejadoras de rescindibilidade de subseqüente(s) decisão(ões) de mérito).

7 A "estabilidade" da decisão acerca da organização do processo (art. 357, II a V e § 1.º, do CPC/2015)

Igualmente não se poderia extrair do art. 357, § 1.º, uma estabilização inexorável quanto às demais matérias decididas na decisão de saneamento e organização referidas nos incs. II a V do mesmo dispositivo.

De fato, os já mencionados arts. 342, I e 493 recomendariam que fossem para a influência de fatos supervenientes (inc. II) e de normas jurídicas supervenientes (inc. V).⁴⁹

Ademais, a prova tem por finalidade justamente revelar os fatos em torno dos quais eclodiu o litígio, sendo mais do que natural que o thema probandum se altere ao longo da instrução⁵⁰ que tem feição essencialmente dinâmica. Assim, se determinada prova não foi deferida quando do proferimento da decisão prevista no art. 357, poderá sê-la depois.

Da mesma forma, a distribuição do ônus da prova pode ser revista, levando-se em conta a excessiva dificuldade enfrentada pela parte onerada, conforme aquilatado pelo juiz durante a instrução, seja para determinar a distribuição dinâmica antes não determinada (art. 373, § 1.º), seja para retornar às regras estáticas do caput e incs. I e II do mesmo dispositivo (como permite expressamente o § 2.º).

Ou seja, também a estabilização das matérias aludidas nos incs. II a V do art. 357 comportará muitos temperamentos.

8 Julgamento antecipado parcial do mérito no Código de Processo Civil de 2015

Por fim, há ainda que se realçar essa novidade que se insere no âmbito da fase de saneamento e organização do processo: o julgamento antecipado de mérito parcial, previsto no art. 355 do CPC/2015.

Para correta compreensão dessa novidade, convém uma breve retrospectiva.

Considerando-se o teor dos arts. 162, § 1.º, 267, 269, 463 e 459, do CPC/1973, em sua redação original, muitos autores⁵¹ afirmavam que todo o *meritum causae* deveria ser examinado na sentença e que, como ato apto a pôr fim ao processo, seria uma só. Ou seja, o Código de Processo Civil de 1973 preveria a unicidade do julgamento do mérito.

Essa realidade começou a ser posta em xeque pelo art. 273, § 6.º, do CPC/1973, com redação dada pela Lei 10.444/2002, segundo o qual o juiz poderia antecipar tutela quanto a pedido ou parcela de pedido incontroverso.

Como curial, Luiz Guilherme Marinoni foi quem, com profundidade monográfica, primeiramente defendeu, de lege ferenda, essa possibilidade de cisão do objeto do

processo durante o seu curso.⁵² O autor paranaense defendia essa cindibilidade em vários casos, dentre os quais quando houvesse incontrovérsia sobre pedido cumulado ou parcela de pedido, ou quando pedido cumulado ou parcela do pedido, embora controversos, já estivessem maduros para julgamento.⁵³ A técnica para tanto seria exatamente a mesma do art. 330 do CPC/1973, mas aplicada para desmembrar o objeto do litígio.

Essa proposição feita por Marinoni acabou inspirando o advento do § 6.º do art. 273 do CPC/1973, por força da Lei 10.444/2002.

Parte considerável da doutrina comungou da opinião de Marinoni e enxergou nesse dispositivo uma hipótese de julgamento parcial de mérito, passível de ser coberto pela coisa julgada material se restasse irrecorrido.⁵⁴ E argumentos fortes, para tanto, não faltavam.⁵⁵

Entretanto, parece ter prevalecido a tese oposta, para a qual a decisão baseada no § 6.º do art. 273 se trataria de simples caso de antecipação de tutela, concedida a título precário e sujeita a confirmação na sentença.

O principal fundamento para essa segunda tese - e que ao que aparenta jamais foi adequadamente refutado pelos adeptos da tese oposta - estava no fato de que a decisão proferida nos termos do art. 273, § 6.º, por definição, não poria fim ao processo, sendo, portanto, interlocutória. E como somente a sentença pode julgar o mérito da lide e ser coberto pela coisa julgada material (arts. 459 e 467 do CPC/1973), resultava natural que a decisão proferida nos termos do art. 273, § 6.º, seria necessariamente interlocutória e, portanto, precária e sujeita a ulterior confirmação.

Mas mesmo quem classificou essa hipótese como caso de simples antecipação de tutela, queria do legislador postura mais ousada, de modo a autorizar a antecipação parcial do julgamento do mérito.⁵⁶

A reforma do Código de Processo Civil de 2015 pôs mais "lenha na fogueira", ao reformar os arts. 162, § 1.º, 269, caput e 463, sobretudo alterando o conceito de sentença.

Antes da Lei 11.232/2005, tanto a sentença, quanto a decisão interlocutória vinham definidas pelo critério meramente formal e topológico dos §§ 1.º e 2.º do art. 162. A primeira era ato decisório que punha fim ao processo (com ou sem resolução de mérito), e a segunda era o provimento proferido no curso do processo (com o propósito de resolver questão incidente).

Ninguém duvidava que essa classificação original do Código de 1973 apresentava enormes falhas.⁵⁷ Mas também jamais se questionou seu mérito de simplificar o sistema recursal, delimitando com clareza o cabimento da apelação e do agravo, e deixando o princípio da fungibilidade recursal - tão útil sob a vigência do Código de 1939 - relegado a um plano claramente secundário.

Após a reforma, o critério topológico desapareceu, e passou a se distinguir sentença e decisão interlocutória com base em seu conteúdo. A primeira "implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269" do CPC/1973 (art. 162, § 1.º);⁵⁸ a segunda "resolve questão incidente" (art. 162, § 2.º). Talvez a única reminiscência do critério formal de distinção das hipóteses esteja no § 2.º do art. 162, não atingido por essa última reforma, e que pontua ser a decisão interlocutória ato do juiz praticado "no curso do processo".

A partir dessa segunda onda de reformas é que boa parte da doutrina,⁵⁹ com maior vigor, passou a defender o proferimento de sentenças parciais de mérito.⁶⁰

É bem verdade que essa possibilidade gerava problemas no terreno recursal, pois a dicotomia apelação-agravo havia sido calcada nas definições originais de sentença e

coisa julgada contidas no Código de Processo Civil de 1973 e baseada no critério puramente topológico. Os tribunais acomodaram a situação e pacificaram o entendimento de que era agravável a decisão que, embora tivesse conteúdo de sentença (arts. 267 e 269 do CPC/1973).⁶¹

O Código de Processo Civil de 2015 claramente se louvou dessas experiências e, de início, em seu art. 203, § 1.º definiu sentença por um critério misto (substancial e topológico) como "pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução".

Essa definição, por si só, já abriria margem para decisões interlocutórias de mérito, relativas a parte do objeto litigioso. Essa possibilidade é ainda corroborada comparando-se os arts. 487, caput e 502 do CPC/2015 com os arts. 269, caput, e 467, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Contudo, para espancar qualquer dúvida acerca dessa possibilidade, o art. 356 passou a prever expressamente o julgamento antecipado de mérito parcial, não apenas na hipótese de incontrovérsia quanto a um dos pedidos cumulados ou parcelas dele (como já decorria do art. 273, § 6.º, do CPC/1973), mas também nos casos em que parte do objeto litigioso estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355⁶² (artigo que trata do julgamento antecipado de mérito total).

Por outro lado, resolveu-se de uma vez a questão da recorribilidade da decisão com conteúdo de sentença, mas sem aptidão a pôr fim ao processo, prevendo-se o agravo de instrumento (arts. 354, parágrafo único, 356, § 5.º, e 1.015, II).⁶³

Por derradeiro, merecem aplausos os esclarecimentos contidos nos §§ 1.º ao 4.º do dispositivo, resolvendo outros problemas práticos mais ou menos graves concernentes ao cumprimento das decisões parciais de mérito, isto é: autorizar decisão parcial ilíquida (§ 1.º), permitir imediata liquidação e execução provisórias mesmo que na pendência de agravo de instrumento (§§ 2.º e 3.º) e, mais importante de tudo, permitir o desmembramento dos autos (§ 4.º).

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 atendeu a um clamor antigo da doutrina⁶⁴ quanto à cindibilidade do objeto do processo no curso do processo.⁶⁵ De fato, a desacumulação de demandas (seja no curso do feito, seja na sentença final) se inspira nos exatos mesmos objetivos que a própria cumulação, ou seja, os princípios da economia e celeridade processuais,⁶⁶ os quais hoje encontram, inclusive, assento constitucional. Afinal, não faria sentido que as demandas fossem cumuladas por medida de economia, para que, a partir de então, jamais pudessem ser separadas, mesmo que isso importasse em amarrar o andamento de uma por conta das demais.

Apesar de tudo isso, é muitíssimo provável que, no mais das vezes, somente haja uma sentença de mérito (ou, melhor dizendo, uma sentença de mérito final). Tanto porque na maioria dos casos o objeto da demanda se apresenta simples e não comporta ou permite qualquer cisão, ademais é bem possível que a prática forense vergue ao peso da tradição, mantendo a análise de todo o mérito reservada para final.

9 Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. 18. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.

AMORIM, José Roberto Neves. Coisa julgada parcial no processo civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Sentenças parciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito. Temas de direito processual - sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A nova definição de sentença. Temas de direito processual - nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. Temas de direito processual - sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Reformas processuais. Temas de direito processual - sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. O novo CPC- a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. Despacho saneador (continuação). Revista de direito processual civil. ano 1. vol. 2. p. 83-90. São Paulo: Saraiva, jul.-dez. 1960.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 3.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Código de Processo Civil reformado. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 ed., 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 4.

CORTEZ, Cláudia Helena Poggio. O novo conceito de sentença visto pelos tribunais. Revista de Processo. vol. 34. n. 171. p. 282-297. São Paulo: Ed. RT, 2009

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. Disponível em: [www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramen Acesso em: 20.07.2015.

_____; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 2.

_____. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 3.

_____. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A reforma da reforma. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A reforma do Código de Processo Civil. 5. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORNACIARI JR., Clito. A reforma processual civil (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LIMA, Alcides de Mendonça. Saneamento do processo. Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipada, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 5.

MEDINA, José Miguel Garcia. A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro - análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10352/2001 e outras questões. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outras formas de impugnação às decisões judiciais (série aspectos polêmicos e atuais dos recursos). São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 6.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolgo da Costa Manso Real. Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Thereza (coords.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR., Nelson. Audiência preliminar e saneamento do processo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. 5 e 7. t. 4.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Comentários aos artigos 335 a 342. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (orgs.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Preclusão processual civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII). Revista de Processo. vol. 32. n. 146. p. 49-68. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. Revista de Processo. vol. 22. n. 86. p. 76-111. São Paulo: Ed. RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2 ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

1 Discorri a respeito em Preclusão processual civil, p. 288-291. A propósito, confira-se também Fernando Fonseca Gajardoni, Flexibilização procedimental, passim.

2 Sobretudo à luz do que dispõe o art. 190 do CPC/2015, que permite às partes "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa".

3 Referidos dispositivos não usavam esse vocábulo, mas ele se acha arraigado há séculos na tradição luso-brasileira.

4 Embora silenciasse o Código de Processo Civil de 1973 a respeito, seria de rigor reconhecer a necessidade de o réu ser ouvido a respeito do pedido de declaração incidente formulado pelo autor, haveria que se aplicar o mesmo regime procedimental da reconvenção (conforme expus no livro O direito de defesa no processo civil brasileiro, p. 186-188).

5 Essa denominação é há tempos usada por Dinamarco (Instituições de direito processual civil, vol. 3, p. 263-276).

6 Assim, separavam-se claramente as "providências preliminares" do saneamento e a organização, propriamente ditos, que as sucediam.

7 Cf. destaca há décadas Galeno Lacerda, Despacho saneador, p. 11-12.

8 Conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci, Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, p. 275-290.

9 A própria Exposição de Motivos do Código de 1973 (Capítulo IV, Seção II, item 13) procurava demonstrar alguns inconvenientes da oralidade, e as dificuldades de aplicá-lo à risca em um país com as dimensões territoriais do Brasil, a fim de justificar as diversas normas nele instituídas que atentavam contra ela, tais a ampla recorribilidade em separado das interlocutórias (art. 522), as (novas) restrições à identidade física do juiz (art. 132), bem como outras exceções à concentração e à imediatidade (como, v.g., o art. 454, § 3.º, relativo à substituição de debates orais por memoriais escritos).

10 Também chamada erroneamente de audiência de conciliação, no entender de Dinamarco (A reforma da reforma, p. 108).

11 Como Nelson Nery Jr. (Audiência preliminar e saneamento do processo. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Reforma do Código de Processo Civil, p. 337) e Cândido Dinamarco (A reforma do Código de Processo Civil, p. 120 e ss.), dentre outros.

12 Nesse ponto, a diretriz acatada pela reforma foi reforçada pelo art. 125, IV, que atribuiu ao juiz o poder de tentar conciliar as partes a qualquer tempo.

13 V.g., Cândido Dinamarco, A reforma do Código...cit., p. 116.

14 V.g., Idem, p. 126.

15 V.g., Idem, p. 122 e Carreira Alvim (Código de Processo Civil reformado, p. 158 e ss.).

16 V.g., Dinamarco (A reformado Código... cit., p. 120-121) e Clito Fornaciari Jr. (A reforma processual civil, artigo por artigo, p. 66).

17 Barbosa Moreira já havia assinalado essa e outras variadíssimas dificuldades da efetiva implementação de um procedimento por audiências, como, por exemplo, o despreparo técnico dos magistrados para conduzir a tentativa de conciliação, a imensidão territorial do país e as dificuldades de locomoção, a precariedade dos prédios onde se realizam as audiências, a má distribuição de advogados pelo Brasil etc. (Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. Temas de direito processual - sexta série, p. 95-106).

18 Reformas processuais. Temas de direito processual - sétima série, p. 2.

19 "Pode, se vingar a tentativa, abreviar o feito de modo considerável. No caso contrário, porém, alonga o curso do processo, sem outros ganhos que o da fixação imediata dos pontos controvertidos, o da solução das questões processuais pendentes, o da determinação das provas a serem produzidas e o da designação, se necessário, da audiência de instrução e julgamento (art. 331, § 2.º, fine). Tais ganhos nem sempre serão suficientes para compensar o aumento da duração do pleito; mais valeria, por esse prisma, que o juiz procedesse ao respectivo saneamento pela forma tradicional" (Idem, ibidem).

20 Para Barbosa Moreira (Processo civil brasileiro... cit., p. 104), o saneamento do processo em audiência seria "subproduto" da introdução da audiência preliminar.

21 Advertência, em linhas gerais, similar é feita por Dinamarco (A reforma... cit., p. 109-110).

22 José Frederico Marques, ao escrever a primeira edição de suas Instituições de direito processual civil, quase 20 anos depois do início da vigência do Código de Processo Civil de 1939, acrescenta mais um relevante dado que conspirou contra a efetiva disseminação da oralidade processual: a cultura dos operadores do Direito. Pontuou o Mestre, naquela oportunidade, com sincero desânimo, o seguinte: "Infelizmente o foro brasileiro não se acomodou de todo ao sistema oral. O Código é violado, neste particular, com progressivas infrações. A princípio, eram os memoriais escritos apresentados em audiência. Posteriormente, a preguiça ou a complacência de alguns juizes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua intervenção efetiva, e tão-só com os advogados das partes. Hoje, quase tudo está postergado, como se o procedimento escrito tivesse sido restaurado" (Instituições de direito processual civil, vol. 2, p. 130).

23 Como no Código de Processo Civil de 1939, no de 1973 em sua redação original, bem como nas hipóteses posteriormente introduzidas no art. 331, pela Lei 10.444/2002.

24 Carreira Alvim (Op. cit., p. 154) anota, como antecedentes remotos do instituto, a audiência preliminar instituída nos Códigos de Processo Civil alemão e austríaco. Buzaid, (Do despacho saneador (continuação), Revista de direito processual civil, n. 2, p. 82 e ss.) cita, também o summons for directions do direito inglês e escocês e o pre trial norte-americano.

25 A ideia de que a presunção que decorre da revelia é relativa (e, por isso, pode ser excluída à luz dos demais elementos constantes dos autos) estava expressamente prevista no Código de Processo Civil de 1939 (art. 209), no art. 277, § 2.º, do CPC/1973 (relativamente ao procedimento comum sumário) e igualmente no Juizado Especial Cível (art. 20 da Lei 9.099/1995).

26 Theotônio Negrão, José Roberto Ferreira Gouveia, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca registram, a propósito, o seguinte: "Todavia, mesmo em situação de revelia, o juiz pode determinar a produção de provas. Afinal, a presunção

de veracidade dos fatos expressa naquele art. 319 é relativa, e não absoluta (v. art. 319, nota 5), E há hipótese que o legislador expressamente excluiu dessa presunção de veracidade (v. art. 320). Assim, permanece atual a Súmula 231 do STF: 'O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno'. A atividade probatória do revel fica limitada à produção de prova contrária aos fatos alegados pelo autor; não pode trazer para o processo fatos novos nem produzir provas a seu respeito. Porém, para produzir contraprova, pode o revel pedir perícia, se ainda não houve o saneamento do processo; formular quesitos, se no prazo. Arrolar testemunhas e pedir o depoimento pessoal do autor, se ainda for oportuno" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, p. 464).

27 Esse vocábulo não era usado pelo Código de Processo Civil de 1973, mas voltou a ser empregado pelo Código de Processo Civil de 2015, embora não nos dispositivos que descrevem esse ato processual, e sim nos arts. 100, 430, 437.

28 Externei essa opinião no artigo "Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005". Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil, p. 186-209. Muitos outros autores se manifestaram nesse mesmo sentido. Refiro, à guisa de exemplo, José Roberto Neves Amorim (Coisa julgada parcial no processo civil, *passim*); José Henrique Mouta de Araújo (Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito, *passim*) e Luciano Vianna Araújo (Sentenças parciais, *passim*).

29 À luz do que dispõe o art. 203, § 1.º, a decisão que, embora tenha fundamento no art. 487, não ponha "fim à fase cognitiva do procedimento comum" é catalogada como interlocutória agravável (arts. 354, parágrafo único, e 1.015, II).

30 A evolução do direito processual nacional, desde suas fontes lusitanas, aponta unidirecionalmente para a concentração da atividade decisória do juiz sobre matéria preliminar ao ensejo da passagem da fase postulatória para a fase de saneamento e organização. Com efeito, ao longo do tempo foram abandonados diversos institutos herdados de ordenamentos passados que impunham ao juiz resolver questões preliminares de maneira paulatina. Essa tendência atinge seu ponto culminante no Código de Processo Civil de 2015, a qual concentra de maneira muito mais intensa as postulações do réu na contestação, reduzindo, do ponto de vista formal, a tipologia dos instrumentos de resposta. De fato, conforme destaquei nos meus comentários aos arts. 335 a 342 do CPC/2015 inseridos nos Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, p. 890), passaram a ser matérias necessariamente alegáveis no bojo da contestação a denúncia da lide (art. 126 c/c art. 131), o chamamento ao processo (art. 131), a incompetência relativa (art. 337, II), a impugnação ao valor da causa (art. 337, III), a impugnação ao benefício de gratuidade de justiça concedido ao autor (art. 337, XIII) e até mesmo a reconvenção (art. 343). Tal inovação é positiva, pois de fato não há sentido em preservar incidentes suspensivos do curso do procedimento, sobretudo para julgamento de matérias de pequena complexidade, tal como fazia (nesses casos, o Código de Processo Civil de 1973). O julgador poderá fazer o exame de todas as questões preliminares suscitadas pelo réu ao sanear o processo, de maneira concentrada, com prováveis ganhos em termos de celeridade. Ademais, não se pode negar a manifesta simplificação formal representada pela abolição das exigências de apresentação de várias peças separadas e de autuação em apenso para diversas respostas. Também se mostra relevante em termos de celeridade a redução do rol de matérias cuja alegação suspende o prazo para a contestação.

31 Tratava-se de tendência decorrente do § 3.º do art. 331 do CPC/1973 (que autorizava a dispensa da audiência à luz da impressão subjetiva do juiz acerca das circunstâncias da causa no sentido de parecer improvável a obtenção da solução autocompositiva), bem como da tendência notada no dia a dia do foro de várias unidades da federação em encarregar auxiliares da justiça em tentar obter a autocomposição no lugar do juiz.

32 Em realidade, o juiz continua investido do poder de convocar as partes a qualquer tempo para tentativa de conciliação, embora preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais" (art. 139, V). Ademais, poder-se-ia pensar na combinação dos arts. 359 e 357, § 3.º, para o fim de reconhecer que o juiz poderia tentar conciliar as partes não apenas ao início da audiência de instrução e julgamento (como dita o primeiro dispositivo), mas igualmente ao ensejo da audiência de saneamento e organização (excepcionalmente designada com fundamento no segundo artigo aludido).

33 Analisando-se o § 3.º do art. 331 do CPC/1973 (introduzido pela Lei 10.444/2002) e o art. 357, § 3.º, do CPC/2015, há claramente uma escala crescente de redução do cabimento da audiência preliminar tal como criada pela reforma introduzida pela Lei 8.952/1994.

34 Pode-se indagar se esse dispositivo abriria margem para eventual complementação do objeto litigioso com novos pedidos e/ou causas de pedir. Porém, a interpretação sistemática do Código de Processo Civil (especialmente à luz do seu art. 328) conduz ao entendimento de que só seria possível, nesse momento, esclarecer as pretensões já deduzidas, e complementá-las com fatos secundários (que não integram a causa petendi, conforme exposto no meu O direito de defesa... cit., p. 146-154).

35 Até o advento da Lei 10.358/2001, o rol de testemunhas haveria de ser depositado em até cinco dias da audiência de instrução já designada (art. 407 do CPC/1973). Posteriormente a esse diploma, deu-se liberdade ao juiz de assinar prazo para apresentação do rol de testemunhas independentemente do agendamento da audiência. Os §§ 4.º e 5.º seguem a mesma linha, isto é, antecipam às partes para o momento mais prematuro possível o momento de apresentação do rol de testemunhas. Essa medida favorece o levantamento de informações acerca de impedimentos e suspeições dos depoentes arrolados.

36 Esse dispositivo sepulta de vez as dúvidas que ainda teimavam a assombrar doutrina e tribunais acerca da necessidade de o juiz noticiar às partes a inversão do ônus da prova (prevista, por exemplo, no art. 6.º, VIII, do CDC) antes do início da fase instrutória, e não apenas aplicar essa técnica ao sentenciar (analisei essa polêmica no texto Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII). Revista de Processo. n. 146. p. 49-68. abr. 2007). Contudo, o dispositivo não se refere apenas à hipótese de inversão (ou, como prefere o Código de Processo Civil de 2015, de "distribuição dinâmica do ônus da prova"), mas igualmente quanto à sua distribuição segundo as regras estáticas dos incs. I e II do art. 373. Isso porque o art. 357, III, alude indistintamente a distribuição do "ônus da prova" e se refere a todo o art. 373 (e não apenas aos seus parágrafos, dedicados à distribuição dinâmica).

37 O dispositivo reforça a feição mais cooperativa do contraditório ditada a partir dos arts. 9.º e 10 do CPC/2015 (impedindo decisões-surpresa) e reduz o âmbito de operação do princípio iura novit curia (embora não o exclua).

38 Essa expressão vem sendo usada por Fredie Didier Jr. como, por exemplo, no texto Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil (Disponível em: [www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramen Acesso em: 20.07.2015.

39 A propósito, Dinamarco aponta o Código de Processo Civil-Tipo para a América Latina, a ZPO austríaca, a ZPO alemã e o CPC italiano (A reforma do Código... cit., p. 335-337).

40 A propósito, veja-se o que lecionou há muitos anos Moacyr Amaral Santos: "Tal convicção, consubstanciada na declaração de se achar saneado o processo, exige

fundamentação, embora sucinta, máxime quando hajam sido articuladas preliminares contra a validade do mesmo, quais as enumeradas no art. 301 do referido Código. Terá o juiz expor as razões pelas quais as rejeita. Ressalta a necessidade da fundamentação quando se considera que a matéria enumerada no mencionado dispositivo, salvo o compromisso arbitral, poderá e deverá ser conhecida pelo juiz até mesmo de ofício (Cód. cit., Art. 301, § 4.º). Somente através da motivação da declaração é que se fará uma ideia exata de que o processo foi devidamente examinado" (Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 2, p. 265).

41 O art. 1.022, caput, sepultou qualquer dúvida acerca do cabimento de embargos de declaração em face de decisão interlocutória.

42 V.g. Galeno Lacerda (Op. cit., p. 172-173), Barbosa Moreira (A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito. Temas de direito processual, p. 83-95) e Talamini (Saneamento do processo, Revista de Processo. n. 86. p. 76-111, abr.-jun. 1997).

43 Um dos mais pioneiros e mais proeminentes defensores dessa tese, ainda na década de 1950, foi Galeno Lacerda (Op. cit., p. 57 e 167-169), seguindo-se a adesão de vários outros autores ao longo das décadas seguintes (conforme ampla pesquisa registrada por Araújo Cintra, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, p. 309). A essa corrente eu me filiei nas duas primeiras edições do livro Preclusão processual... cit., p. 199-204 e 230-234.

44 Posição defendida, v.g., por Manoel Caetano Ferreira Filho (A preclusão no direito processual civil, p. 114-115).

45 Tratava-se da posição que emergia do verbete 424 da Súmula do STF ("transita em julgado o despacho saneador de que não houver recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença"), mas que restou superada por aquela própria Corte, conforme noticiam José Ignácio Botelho de Mesquita et ali. (Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? In: In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Thereza (coords.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim, p. 1522-1532). Já haviam se alinhado a essa posição outros autores, embora minoritariamente, dentre os quais se destaca Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3, p. 527).

46 A depender da matéria, o recurso cabível será o agravo (nos casos subsumíveis ao art. 1.015) ou a apelação (nas demais hipóteses, a teor do art. 1.009, § 1.º).

47 Conforme acima destacado, o Código de Processo Civil de 2015 passou a admitir textualmente o proferimento de decisões interlocutórias de mérito, conforme se infere da leitura conjunta dos arts. 203, § 1.º, 487, 502, 1.015, II, dentre outros.

48 A respeito dessa distinção, confira-se preclusão processual... cit., p. 266-279.

49 As normas jurídicas supervenientes não retroagem para atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988), mas podem ser levados em conta em casos que versam relações jurídicas continuativas. A título de exemplo, poder-se-ia pensar na aplicação das novas regras sobre "guarda compartilhada de menores" a processos judiciais pendentes em que essa questão é discutida. Há alguns precedentes do STJ aplicando essa mesma diretriz no campo tributário (STJ, REsp 30774/PR, 2.ª T., j. 08.04.1997, rel. Min. Peçanha Martins, DJ 23.06.1997, p. 29073; e STJ, AgRg nos EREsp 1213142/PR, 1.ª Seção, j. 23.05.2012, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14.06.2012).

50 Não por acaso o art. 435 faculta às partes em qualquer tempo, juntar aos autos

documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

51 Trata-se de princípio ao qual já havia feito referência Liebman (*Manuale di diritto processuale civile*, p. 239), e que conta com a adesão maciça da doutrina (pelo menos aquela produzida até o advento da Lei 11.232/2005), como Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 229), Dinamarco (*Nova era do processo civil*, p. 281-282) e Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p. 107), são alguns exemplos.

52 Registre-se que Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 20-21) já havia defendido (com menor profundidade) a existência de proferimento de sentenças parciais de mérito, sempre que houvesse pronúncia judicial sobre o fundo do litígio, mesmo que não fosse o caso de pôr termo ao processo.

53 Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda, p. 99 e ss.).

54 V.g. Fredie Didier Jr., *Anova reforma processual*, p. 67 e ss. e Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, p. 45 e ss.

55 Segundo os defensores dessa tese, a decisão amparada pelo art. 273, § 6.º, funda-se em cognição exauriente, e não meramente superficial como ocorre nas demais hipóteses de antecipação de tutela, pouco importando a localização do dispositivo. Ademais, afirma Scarpinella Bueno (*Idem*, p. 47) que "sua função, fosse ele um 'terceiro' caso de tutela antecipada, já é muito bem desempenhado pelo inciso II do artigo 273".

56 Dinamarco (*A reforma... cit.*, p. 96), ao comentar o art. 273, § 6.º, do CPC/1973, foi enfático: "Que pena! O legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito (art. 330, inc. I)". Em sentido análogo, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, vol.1, p. 171: "O nosso sistema não admite duas sentenças. Explicamos: de fato, a circunstância de o processo estar maduro com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação, em primeiro lugar."

57 Amplamente demonstradas por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Os agravos no CPC*, p. 102 e ss). No mesmo sentido, confira-se Barbosa Moreira (*A nova definição de sentença. Temas de direito processual - nona série*, p. 167-168).

58 Registre-se que esse texto foi alvo de duríssimas críticas de Barbosa Moreira, em *Idem*, p. 173-174.

59 Salvo algumas vozes discordantes que se poderiam reconhecer isoladas, como, por exemplo, Luis Guilherme Aidar Bondioli (*O novo CPC*, p. 44-48).

60 Essa foi também a minha opinião, no texto *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil*, de acordo com a Lei 11.232/2005. *Reflexões sobre a reforma... cit.*, p. 186-209.

61 Conforme ampla pesquisa jurisprudencial empreendida por Cláudia Helena Poggio Cortez (*O novo conceito de sentença visto pelos tribunais. Revista de Processo*. n. 171. p. 282-297. maio. 2009).

62 Numa primeira vista, poderia causar estranheza a menção ao art. 355, sem exclusão do seu inc. II (revelia). Afinal, poder-se-ia imaginar que se a decisão é parcial, é porque

não houve revelia. Ademais, poder-se-ia inferir que se se cogita de "revelia parcial" (isto é, o réu apenas contesta uma das demandas cumuladas, o problema está resolvido à luz do inc. I do art. 356). Porém, esse sentimento logo se dissipa quando se pensa em algumas situações. Pense-se em um réu revel, contra o qual foram formulados dois pedidos: um de natureza disponível e outro de natureza indisponível. Quanto ao primeiro, o efeito da revelia se aplica plenamente, mas quanto ao segundo, não (art. 345, II). Seria possível uma sentença parcial, conjugando os arts. 356, II e 355, II. Outra hipótese: processo em que há litisconsórcio passivo facultativo simples (como, por exemplo, no caso de um ilícito extracontratual, em que se imputa solidariedade a ambos os causadores do dano a teor do art. 942, parágrafo único, do CC/2002). Um dos réus contesta alegando defesas puramente pessoais. O outro réu é revel, e não pode se beneficiar do disposto no art. 345, I. Nesse caso, seria possível ao juiz proferir decisão parcial contra o réu revel, e deixar que o processo prosseguisse contra o réu que contestou, persistindo o interesse do autor na formação do título executivo judicial contra esse segundo salvo no caso de o primeiro pagar integralmente, sozinho, a indenização reclamada originalmente de ambos.

63 Trata-se de solução criticável, pois se estabelecem regimes recursais diferentes para decisões substancialmente idênticas. Pense-se, por exemplo, numa demanda indenizatória por danos materiais e morais. Se o juiz não desmembra o objeto litigioso e profere uma única decisão, o recurso cabível é a apelação, que tem efeito suspensivo automático (art. 1.012), procedimento com sustentação oral (art. 937, I) e integração da turma julgadora por mais julgadores (técnica prevista no art. 943, que substituiu os embargos infringentes). Se o juiz desmembra o objeto litigioso, e profere decisão relativo a um dos pedidos, o recurso cabível é o agravo que, além de não ter efeito suspensivo automático (arts. 995 e 1.019, I), sustentação oral e a técnica equivalente aos "embargos infringentes", ainda enseja juízo de retratação do juiz de 1.º grau (art. 1.016, § 1.º). Ora, não se cogita de semelhante efeito quanto aos recursos das sentenças (exceto nos casos de julgamento liminar da demanda, a teor dos arts. 331 e 332, § 3.º). Note-se também que a tramitação do agravo, em segunda instância, é consideravelmente mais rápida do que o da apelação, sobretudo porque nunca passa por um juiz revisor. Haveria igualmente incongruências no tocante ao regime do preparo recursal. Tomando-se como exemplo a justiça estadual paulista (cuja taxa judiciária é disciplinada pela Lei Estadual 11.608/2003), o preparo do agravo é fixo (no montante de 10 unidades fiscais do Estado - art. 4.º, § 5.º), mas o de apelação tem como base de cálculo o valor da condenação, quando houver (sob alíquota de 4%, conforme art. 4.º, II e § 2.º, da mesma lei). A interposição de agravo, ao invés de apelação, importará em indevida redução do montante de custas devido pela parte. E não seria razoável sustentar que, ao apelar da sentença final, fosse a parte obrigada a recolher o preparo tendo em conta também a condenação imposta pela decisão parcial.

64 Cassio Scarpinella Bueno, embora se reportasse apenas a essa novidade introduzida pela Lei 10.444/2002, sintetizou bem o espírito que norteia a nova diretriz técnica que o processo civil parece ter, de vez, adotado: "O que já está 'pronto' para ser julgado deve ser julgado e efetivado; o que ainda não tem condições de receber julgamento deve conduzir o procedimento para a fase instrutória, que se ocupará, apenas e tão somente, do que carece de prova, e nada mais" (Op. cit., p. 49). Na mesma linha, Fredie Didier Jr. (A nova reforma... cit., p. 68) pontua que "[a] parte só pode esperar para ver realizado seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo".

65 A adoção da teoria dos capítulos da sentença implicava a aceitação da desacumulação de demandas, ainda que apenas no ato culminante do processo, que lhe punha termo final.

66 Cf., dentre outros, Dinamarco (Instituições de direito processual civil, vol. 2, p. 162).