

De algumas regras novas no Processo Civil brasileiro

Milton Paulo de Carvalho¹
Advogado

Sumário: Introdução. 1. A utilidade das críticas ao Anteprojeto e ao Projeto de Código de Processo Civil. 2. De algumas regras novas na Lei de Processo Civil. 2.1. *A não redução dos recursos e a celeridade processual*. 2.1.1. A supressão do agravo retido, a enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o acesso à justiça e o devido procedimento legal. 2.1.2. O efeito suspensivo da apelação como regra. 2.1.3. Recursos protelatórios. 2.1.4. Requiem para os embargos infringentes. 2.2. Colaboração das partes na organização do processo. 2.2.1. Sobre o *caput* e o § 1º do art. 357 do novo Código. 2.2.2. Sobre a organização do processo. Art. 357, §§ 2º e 3º. Probabilidade de alteração do pedido e da defesa.

Introdução

Convertido na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o projeto que propiciou à doutrina e às classes operadoras do direito digressões interessantes sobre a lei que viria suceder um código de processo civil exemplar em rigor sistemático, como foi conhecido o “Código Buzaid”, um novo diploma que assimilando tendências inovadoras oriundas do direito estrangeiro viria resolver o problema da lentidão na administração da justiça jaz agora na *vacatio*, oferecendo-se ao mundo culto e em especial a quantos neste Brasil se ocupam de fazer atuar praticamente o direito, para que, bem conhecido, venha concretizar os augúrios da sua gestação.

Atento à necessidade de edição de um novo código, em razão das inúmeras alterações que desde 1992 fizeram do vigente uma colcha de retalhos, tivemos oportunidade de apresentar ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, em 2008, algumas considerações sobre um novo direito processual civil, insertas pelos eminentes organizadores ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e PETRÔNIO CALMON na coletânea intitulada “*Bases científicas para um renovado direito processual*”, publicada por aquele prestigioso Instituto. Nesse trabalho, a primeira parte salienta o imprescindível respeito aos princípios informativos do direito processual, enquanto a segunda oferece crítica a institutos modificados sob inspiração da reforma setorial empreendida a partir de 1992, entre outros a definição de sentença, a enumeração dos títulos executivos judiciais e a inabilidade de não detectar as regras do Código de 73 que ou não vinham sendo aplicadas ou eram aplicadas

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professor Coordenador dos cursos de direito processual civil do Centro de Extensão Universitária – Instituto Internacional de Ciências Sociais. Titular da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

incorretamente.² Diante de inúmeros exemplos de ausência de sistema, concluíamos pela busca de um que trouxesse ao novo processo o perfil de obra homogênea, coordenados todos os seus setores, confirmada e respeitada a autoridade estatal no exercício da jurisdição sem prejuízo da liberdade dos litigantes; pela promulgação, enfim, de um diploma que contivesse o elevado teor jurídico inicial do código a revogar, mas atendessem ao direito material que deveria aplicar e às peculiaridades da sociedade a que se destinaria.

Mantivemos como obrigação o encargo de discutir a emissão de tão importante lei, acompanhando a sua discussão e endereçando as nossas críticas leis ao trabalho de todos os ilustres discutidores e autores de proposições, com os protestos de respeito pelo empenho que animou a sua colaboração.

1. A utilidade das críticas ao Anteprojeto e ao Projeto de Código de Processo Civil

É de registrar-se que foi de grande valia, para o aperfeiçoamento do texto convertido em lei, a sistemática e às vezes radical oposição da doutrina ao anteprojeto de 2010 e ao que dele foi restando pelo caminho das discussões parlamentares. Se inegável a utilidade da crítica, deduz-se, todavia, que a obra legislativa, no seu todo, ficou a exigir reparos, assim no campo do respeito a princípios fundamentais do processo civil, como no da técnica procedimental.

As oposições lograram melhorar o anteprojeto, pelo menos parcialmente; mas, quando do retorno ao Senado, algumas das proposições censuradas foram restabelecidas. É o caso, por exemplo, da enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que eram 20 (vinte) no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados em novembro de 2013 (art. 1.028), reduzidas a 12 (doze) quando da aprovação pela Câmara Alta (art. 1.015), afora as hipóteses de cabimento esparsas, presentes nas duas aprovações.

Consideremos, por outro lado, que não se pode almejar a reedição de um diploma que alcance de imediato o prestígio obtido na área da ciência jurídico-processual pelo Código de 73 quando elaborado na primeira metade da década de 1960 e quando da sua entrada em vigor, mesmo que respeitadas as diferenças entre o tráfico jurídico de hoje e o de quarenta anos atrás e, portanto, a ressonância daquele código para a ciência daquele tempo, ressalvados, ainda, alguns institutos e algumas das suas regras que foram objeto de precedente contestação da doutrina.

² É o seguinte o conteúdo desse trabalho, sob o título “*Os princípios e um novo Código de Processo Civil*”, às páginas 199 a 239: Apresentação e plano das sugestões. 1ª Parte - Dos princípios. Da necessidade de obediência aos princípios informativos do processo civil. Princípios políticos: princípio do acesso à justiça, princípio do juiz natural, princípio do devido processo legal, princípio dispositivo ou da iniciativa de parte. A iniciativa de parte nas tutelas de urgência. Princípio da publicidade, princípio da motivação das decisões, princípio da correlação entre sentença e pedido, ou de congruência ou de adstrição. Princípios éticos: princípio da lealdade, princípio da isonomia processual, princípio do contraditório. Princípios técnicos: princípio do impulso oficial, princípio da economia e da instrumentalidade das formas, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da apuração da verdade e poderes-deveres instrutórios do juiz. A prova a serviço da verdade e não de interesses políticos. Relações e hierarquia entre os princípios. 2ª Parte - Algumas críticas, mais sugestões e aplicações práticas. Algumas críticas. Algumas atecnias. À busca de um sistema. Fatos e circunstâncias intercorrentes. Se possível, um só código, não vários diplomas de processo civil. Da competência. Sugestões para um procedimento comum ordinário em primeiro grau. Redução do número de procedimentos especiais. Tutelas de urgência. “Processo” cautelar. Processo civil coletivo. Recursos. Informação do processo judicial. Dos serviços auxiliares da Jurisdição. Por um novo código. A discussão é necessária. Bibliografia.

Muitas das objeções ao projeto do novo Código provieram da inconformidade com o desrespeito a regras do Código de 1973, que se tornaram letra morta em razão de vezes na atividade judicial, por exemplo, a não designação da audiência de instrução e julgamento por ocasião do despacho saneador nos casos em que se defere a realização de perícia, o que, entre outros efeitos, acarreta sensível demora no andamento do processo.

Estivemos a frisar – e mantemos nossa opinião – que, se de um lado se tornou necessária a edição de um novo código, principalmente por ter-se convertido o de 1973 num mosaico, por outro lado os males dos serviços jurisdicionais não podem ser debitados apenas à lei de processo, mas também à forma da sua operacionalização. O próprio autor do Código ainda em vigor, ao apresentá-lo ao Presidente João Goulart, em 8 de janeiro de 1964, advertiu na exposição de motivos:

Não se cuide que a reforma processual baste, de per si, para resolver, como que por encanto, todos os problemas da administração da justiça. O melhor sistema processual estará fadado a completo malogro, se não for aplicado por um excelente corpo de juizes. É que entre o processo civil e a organização judiciária deve haver um perfeito equilíbrio.

Deveras, se podem ser apontadas exceções caracterizadas pelo desapareço de alguns magistrados ao sistema do diploma de 73, no tocante à atuação dos serviços auxiliares da jurisdição realmente pecou o Estado (*lato sensu*: União e Estados Federados) por não os prover racionalmente nem promover a sua correspondente atualização, verificando-se que – mesmo depois da Constituição de 1988, com a ideia de universalização do acesso à justiça, que escancarou as portas do Judiciário – ainda se impregnava aquele serviço de práticas modorrentas, anteriores, até, ao Código de 1939.

Portanto, o projeto agora convertido em lei recebeu inúmeras alterações no seu tramitar de cinco anos e, se comparado com o anteprojeto apresentado ao Senado em fins de 2010, inegavelmente evoluiu, embora ainda enodado por uns laivos de autoritarismo, marca da tendência contemporânea de considerar o Estado criador do homem e não sua criatura. Exemplo desse relutante autoritarismo: o litigante não postula nem se locomove livremente em juízo, porque não se pode insurgir contra qualquer decisão interlocutória; apenas terá o recurso de agravo contra algumas previstas taxativamente no art. 1.015 e em casos específicos, isto significando que as outras, em número imprevisível de tão grande, são inatacáveis porque se supõe que o Estado-Juiz não erra...

2. De algumas regras novas na Lei do Processo Civil

Em atenção aos limites deste artigo, vejamos uns poucos institutos e medidas entre os muitos que foram objeto de discussão desde a apresentação do anteprojeto ao Senado, em 2010, até a sanção presidencial, em março de 2015, e de pronunciamentos políticos mais alvissareiros do que realistas sobre os efeitos esperados do novo diploma (com a esperança, é claro, de que o nosso presságio não se confirme).

2.1. A não redução dos recursos e a celeridade processual

O Código de 73 admite oito espécies recursais (art. 496); o novo Código, nove (art. 994). É verdade que tal enumeração seria irrelevante para a questão da morosidade processual caso não se considerassem outros fatores, entre os quais comentaremos uns poucos.

O novo Código elimina o agravo retido e os embargos infringentes e põe em *numerus clausus* as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Sobre isso falaremos mais adiante.

No procedimento de cumprimento da sentença e na execução por título extrajudicial, não se observam recursos além dos que habitualmente – vezo muito antigo! – se utiliza a deslealdade processual para retardar a satisfação do devido. De sorte que, salvo melhor entendimento, o cumprimento da sentença e a execução por título extrajudicial ainda permanecerão sujeitos a recursos e artimanhas dos maus pagadores.

Com todo respeito às opiniões contrárias, consideramos prematuro o aplauso a um diploma processual, ainda não entrado em vigor, porque obteria, com a redução de recursos e outros meios, menor lentidão no andar dos processos.

Em primeiro lugar, o excesso ou escassez de recursos depende, entre outros fatores, da qualidade das decisões proferidas, da natureza das questões resolvidas, da influência da intensidade das relações sociais sobre o direito positivo e, também, numa inversão do efeito para a causa, da própria celeridade do processo.

Em segundo lugar, são vários os motivos que levam à desilusão da almejada celeridade: os prazos, quase todos de quinze dias, contados em dias úteis (imaginem-se os processos com a presença do *amicus curiae*, de litisconsortes, de terceiros intervenientes, do ministério público, todos a gozar igualmente dos prazos alongados); o incidente de resolução de demandas repetitivas, a ser julgado no prazo de um ano (art. 980), cabendo recurso extraordinário ou especial com efeito suspensivo (art. 987 e § 1º); as matérias devolvidas ao tribunal como preliminares da apelação porque não foram objeto de agravo, a tumultuar, literalmente, o procedimento da apelação, com novo contraditório no limiar desse recurso (art. 1.009, §§ 1º e 2º), etc., etc.

2.1.1. A supressão do agravo retido, a enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o devido procedimento legal e o acesso à justiça

A restrição das hipóteses de cabimento do recurso destinado, prioritariamente, a preservar a regularidade do processo é assunto que entendemos deveria merecer maior atenção do que aquela que lhe dedicaram críticos e a doutrina. O novo Código elimina o agravo retido e enumera taxativamente as interlocutórias que podem ser impugnadas, no art. 1.015 e em hipóteses específicas.

Lembre-se que pelo Código de 73 o agravo retido tem o efeito de obstar a preclusão da matéria agravada, objeto de qualquer decisão interlocutória, sendo assim porque as interlocutórias, com inumeráveis destinos, podem produzir inumeráveis efeitos; permitindo-se, ainda, à parte manejar o agravo de instrumento se a decisão puder causar-lhe lesão grave e de difícil reparação e nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (arts. 162, § 2º, e 522).

Não se pode esperar bom resultado da supressão do agravo retido e da enumeração taxativa para o cabimento do agravo de instrumento porque, entre várias razões, à luz dos princípios, a impossibilidade de utilização desse recurso cerceia a atividade das partes.

É que o agravo tem relevante papel no resguardo das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal (CR, art. 5º, incisos XXXV e LIV).

O procedimento posto na lei integra o conceito de *due process of law* porque o processo só é legal se desenvolvido consoante o procedimento previsto na lei.

O agravo assegura o cumprimento do procedimento legal porque é interponível contra decisões que desviam o processo deste procedimento. É assim o guardião do devido processo legal. Nessa ordem de ideias, em última análise, contribui para o alcance da propalada segurança jurídica.

Por isso, assegura às partes a certeza de que o juízo não se afastará do procedimento, conferindo-lhes liberdade de postular, de reclamar, de pleitear, sem a qual não se poderá falar em acesso à justiça. O acesso à justiça, por sua vez, supõe a liberdade de litigar garantida pelo procedimento legal: sem a certeza e a segurança do procedimento esvazia-se a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as violações de direito. Não há acesso à justiça sem liberdade de litigar.

Ademais, como já anotamos em outra oportunidade, a enumeração taxativa de cabimento do agravo recende a processo autoritário, em que o Estado-Juiz comanda o procedimento como que lhe convém sob o espectro de que o que interessa ao Estado-Juiz, ditando a forma da discussão para facilitar a decisão, é o que faz bem às partes. Assim foi no Código de 1939, promulgado no Estado Novo de Getúlio Vargas, que trazia no art. 851 a enumeração taxativa das interlocutórias impugnáveis por agravo no auto do processo.

Houve aqui derrota das insurgências contra o Projeto.

Não é fora de propósito prever que os operadores do direito, a doutrina e a jurisprudência acabarão acatando a impetração de mandado de segurança contra decisões interlocutórias não agraváveis, ou farão resgatar aquele característico de liberdade, que acompanha a história do processo civil brasileiro desde a sua origem, reescrevendo no art. 1.015 a lapidar disposição do art. 522 do Código Buzaid: “Das decisões interlocutórias caberá agravo.”³

2.1.2. O efeito suspensivo da apelação como regra

Provocou muitos questionamentos a posição adotada pelo Projeto do Senado, n. 166/2010 (anteprojeto da Comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux), de não conceder, como regra, efeito suspensivo ao recurso de apelação, permitindo que a sentença pudesse ser imediatamente cumprida embora pendente o tal recurso (art. 908 daquele anteprojeto).

³ Já sustentamos, durante a discussão do Projeto, que haveria de corrigir-se a ilógica definição pela negativa, constante no art. 203, § 2º, que diz que é decisão interlocutória o que não é sentença. O legislador de hoje não deveria ter escrúpulos em copiar a definição do Código Buzaid, no art. 162, § 2º: “Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”, deixando de imiscuir-se nos despachos de mero expediente e abarcando todos os incidentes, que são muitos e importantes no curso do procedimento, seja ordinário, seja especial, seja executivo, seja cautelar.

O Projeto foi modificado durante as discussões na Câmara dos Deputados, admitindo-se agora, no art. 1.012 do novo Código, a suspensividade da apelação como regra. Excetuam-se hipóteses como as excetua o hoje vigente art. 520: a sentença que homologa divisão ou demarcação de terras; a que condena a pagar alimentos; a que extingue sem julgamento do mérito ou julga improcedentes embargos do executado; a que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; a que confirma, concede ou revoga tutela provisória e a que decreta a interdição (§ 1º do art. 1.012), além de outras hipóteses previstas em lei.

São de variada natureza as causas pelas quais se faz necessário o reexame, por provocação da parte, das decisões de primeiro grau de jurisdição.

Não vivemos o estágio sócio-cultural que conhece o direito como verdadeira ciência, em que os legisladores são capazes de não produzir leis inspiradas por motivos momentâneos, apartadas da realidade e aos borbotões, de modo a causar perplexidade ao aplicador diante do cipoal legislativo. Esse é o direito posto a dificultar a aplicação do Direito.

Leve-se em conta também que nem sempre a causa é suficientemente debatida em primeiro grau, em razão de não ter sido levada com clareza pelas partes, assim na indicação e descrição dos fatos relevantes e pertinentes como na sua implicação jurídica; em razão da deficiência probatória, da pressa e das limitações que os próprios juízes, com elevado propósito – reconheça-se – impõem à discussão. É a narrativa dos fatos a dificultar a aplicação do Direito.

Veja-se, a esse respeito, o número de arguições sobre o cerceamento da ampla defesa, protegida constitucionalmente (Const. Rep., art. 5º, LV), provocado pelo julgamento não antecipado, mas prematuro, do mérito, com interpretações discutíveis do art. 330, I, do Cód. Proc. Civil ainda vigente.

Por isso, um segundo grau de jurisdição, especialmente no tocante à atividade cognitiva, em litígios com ou sem complexidade de direito ou de fato, é necessidade de direito natural consistente na inconformidade com decisões únicas, reconhecimento da própria dignidade humana, que a lei não pode negar.

O meio de impugnação adequado ao reexame do que foi discutido em primeiro grau é a apelação, considerada o recurso por excelência, com efeito de devolução plena da cognição realizada na instância anterior, limitada apenas pelo próprio apelante (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Vitória das insurgências contra o anteprojeto.⁴

2.1.3. Recursos protelatórios

Nesse ponto da coibição e repressão de recursos protelatórios, o projeto convertido em Código não inova no direito processual civil brasileiro. A questão tem natureza ética, toca à lealdade de cada litigante, já vem constituindo ilícito processual há muito tempo e se pode constatar que também nesse passo o Código de 73 muitas vezes restou sem aplicação.

⁴ Digressões muitas, e interessantes, poder-se-iam fazer sobre os efeitos da apelação, no atual direito processual civil brasileiro, que, todavia, não cabem nos limites deste modesto trabalho, bastando considerar que em sentido contrário ao adotado pelo novo Código foi escrita a tese de doutorado *Apelação sem efeito suspensivo*, pelo magistrado MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO. São Paulo: Saraiva, 2010.

Certa habilidade no exercício postulatório tem desafiado a perspicácia de quantos deveriam entrever em demandas e recursos a incidência dos arts. 16 e 18, entre outros, do Código de Processo Civil de 73, que soam: “Art. 16 – Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé como autor, réu ou interveniente. Art. 17 – Reputa-se de má fé aquele que: (...) VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” Quem tem certeza de que não ocorrerá o mesmo com o disposto nos arts. 77, 79 e 80, VII, da lei nova?⁵

Temos para nós deplorável que uma lei de processo deva reprimir – quase elevando à categoria de ilícito penal – o uso abusivo dos recursos.

2.1.4. Requem para os embargos infringentes

Desde a aprovação do Código de 73, o recurso de embargos infringentes tem enfrentado vicissitudes de toda espécie para manter-se no ordenamento processual civil brasileiro. Agora, quando se contava que o novo CPC o alijaria de vez, eis que se cria um sucedâneo... Até porque não foram muitas as ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça deram razão ao voto vencido em matéria constitucional ou de direito federal infraconstitucional, respectivamente.

O novo diploma suprime os embargos infringentes, mas admite o “prosseguimento” da sessão de julgamento quando a decisão não for unânime:

- a) na apelação (art. 942, *caput*);
- b) na ação rescisória em que se rescindir a sentença (art. 942, § 3º, I); e
- c) no agravo de instrumento, “quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito” (art. 942, § 3º, II).

Essa disciplina se encontra no Capítulo II, que cuida “da ordem dos processos no tribunal”, o mais extenso do Título I do Livro III, este destinado a tratar “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

A providência do prosseguimento toma-se em seguida à decisão não unânime, sem provocação do litigante interessado, a quem se concede “o direito de sustentar oralmente as suas razões perante os novos julgadores”, “convocados nos termos previamente definidos no regimento interno” (art. 942, *caput*).

Vê-se que esse arremedo de embargos infringentes não foi criado no interesse do jurisdicionado, embora se pudesse cogitar dessa alegação como justificativa quando se consideram as hipóteses em que o sucedâneo tem cabida, importantes por dizerem respeito ao *meritum causae*.

Entre outros efeitos da supressão dos embargos infringentes como recurso com a criação de um equivalente sem iniciativa da parte, dois podem ser apontados: a) a

⁵ Novo Código, art. 77: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: II - não formular pretensão ou (de) apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito.”;

“Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

conveniência de extinguir um pressuposto para o cabimento do recurso especial, exigido pelo art. 105, III, da CR, qual seja, a decisão de tribunal local de “única ou última instância”. Sendo essa a finalidade do “prosseguimento”, teriam os legisladores, em dedução empírica, facilitado o julgamento do mérito e eliminado a oposição voluntária dos embargos infringentes, necessária para manejo oportuno do recurso especial; e b) teriam suprimido a interposição adesiva desse recurso, hoje admitida pelo art. 500, inciso II.

Teresa Arruda Alvim Wambier et al. registram a expectativa de problemas que poderão surgir nos tribunais cujas câmaras são compostas de três desembargadores: a solução será “convidar” desembargadores de outras câmaras ou turmas, o que poderá provocar a alegação de ofensa ao princípio do juiz natural.⁶ A nós nos parece, com a devida vênia, que esse problema não ostenta caráter de tamanha gravidade, uma vez que a regra do novo art. 942 se reporta expressamente ao regimento interno da corte, bastando a adaptação adequada.

Enquanto técnica de julgamento, já dissemos, a solução prescrita no art. 942 é inteligente, se não se pensar que seria mais econômica se fossem suprimidos de vez os embargos infringentes, cujas hipóteses de cabimento têm-se reduzido consideravelmente, desde 1973.

Qualquer que seja a inspiração desse “prosseguimento”, ele aparece não para tutelar a pretensão do litigante vencido em julgamento no qual lhe foi favorável voto minoritário, mas como dupla imposição da lei: sobre os julgadores, para levá-los a uma decisão unânime; sobre o litigante, obrigado a admitir revisão que não pleiteou, sendo estéril, para os fins destas considerações, o argumento de tratar-se de providência “a favor” da parte.

Em tempos de morosidade dos serviços judiciários, soa estranho imitar recursos à margem do princípio dispositivo. A que vem esse paternalismo?

2.2. Colaboração das partes na organização do processo

No Título I do Livro I da Parte Especial, o Projeto abre o Capítulo X, dedicado ao julgamento conforme o estado do processo, inserindo nele a Seção IV sob a rubrica “Do saneamento e da organização do processo”, constante somente do art. 357, este com cinco incisos e nove parágrafos.

2.2.1. Sobre o *caput* e o § 1º do art. 357 do novo Código

É esta a redação do *caput* do art. 357:

Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo (extinção e julgamento antecipado total ou parcial do mérito), deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1341-1342

de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Distinguem-se nesse artigo 357 duas atividades de grande interesse para o desenvolvimento do processo: uma, do saneamento, que vai do *caput* do dispositivo até o seu § 1º; outra, da organização do processo, que compreende os §§ 2º e 3º.

Com relação ao saneamento, dispensamo-nos de comentários sobre o seu conteúdo, a nosso ver bom enquanto aproxima o juiz do mérito do litígio, o que é previsto nos incisos II, III e IV acima transcritos. Há de reconhecer-se que a atividade jurisdicional cognitiva, que pode levar a sentença justa, somente é aquela que fornece ao juiz o domínio pleno do cerne da controvérsia.

Segundo as novas disposições, realizado, porém, o saneamento, as partes apenas têm a oportunidade de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, “no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável” (art. 357, § 1º). Isso significa que não caberá recurso contra tal decisão, não cabendo também da decisão sobre o pedido de “esclarecimentos ou ajustes”.

De toda matéria objeto do saneador⁷, somente serão agraváveis as partes que estiverem elencadas no art. 1.015; e em matéria de prova, **somente** caberá agravo de instrumento do tópico do saneador que decidir sobre exibição ou posse de documento ou coisa, como admitido pelo inciso VI do citado artigo.

As novas regras nesta área do saneamento e organização do processo buscam conter excessos na discricionariedade do magistrado, pois o § 1º do art. 357, como se disse, faculta às partes o pedido de esclarecimentos e a solicitação de ajustes, embora sem recurso, a não ser contra a decisão sobre exibição ou posse de documento ou coisa; o § 2º do mesmo artigo permite aos litigantes apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito sobre o mérito; e o § 3º impõe ao juiz designar audiência para que se faça o saneamento em cooperação com as partes, se a causa apresentar complexidade na matéria de direito ou de fato.

A conclusão a que se chega é a de que, pela nova lei do processo civil, teremos partes, ou “capítulos” do saneador sujeitos a agravo, e “capítulos” imunes a essa impugnação, sendo lícito deduzir que no Senado se reduziram as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sem critério lógico, o que se confirma com a manutenção do inciso VI do art. 1.015 (decisão sobre exibição ou posse de documento ou coisa).

2.2.2. Sobre a organização do processo. Art. 357, §§ 2º e 3º, do novo Código. Probabilidade de alteração do pedido e da defesa

A segunda atividade prevista pelo novo estatuto processual civil para a espécie de julgamento conforme o estado do processo, denominada “saneamento e organização do

⁷ Vocábulo utilizado em homenagem a GALENO LACERDA e ao direito processual civil lusitano.

⁸ Cf., entre outros, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, v. I, n. 88, p. 220; PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, *Direito processual constitucional*, n. 4, p. 43; LUIZ RODRIGUES WAMBIER et al., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 83; MILTON PAULO DE CARVALHO, in *Teoria geral do processo civil*, cap. 8, n. 8.2.2.3, p. 81.

processo”, situa-se nos §§ 2º e 3º do art. 375 e recende à moderna concepção do contraditório, com o sentido de participação e não de contenda.⁸ Consiste na colaboração das partes para a delimitação das questões de fato e de direito objeto da lide, prevendo o Código novo, neste caso, a iniciativa consensual das partes, ou, apresentando a causa complexidade em matéria de fato ou de direito, a convocação delas, pelo juiz, para que o saneamento seja feito com a cooperação de todos. Trata-se de interessante solução introduzida durante a discussão do Projeto na Câmara dos Deputados.

A primeira hipótese está assim regulada no art. 357, § 2º:

As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IVº; se homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz.

Parece-nos que a solução adotada vai além do consolidado dever de colaboração das partes, exorbitando também da dispositividade característica do direito processual civil.

Não concordamos com a preclusão *pro judicato* quanto às provas a serem produzidas, muito menos quanto ao direito a ser aplicado.¹⁰ As partes podem e devem propor, sendo isto do seu direito; mas, se a prova dos fatos não for suficiente à formação do convencimento do juiz, não há razão para impedir exerça ele o poder-dever de determinar a produção das que o sejam, como previsto no art. 370 do novo Código, correspondente ao art. 130 do Código em vigor.

Quanto à delimitação das questões de direito pelas partes, igualmente, não atinamos com o fundamento desta permissão, que se deve entender restritivamente, isto é, ela somente poderá ser admitida se o litígio se resumir na disputa sobre a incidência de textos legislativos.¹¹ Porque se há de respeitar a regra elementar de que *iura novit curia*.¹²

Por isso, somos de opinião que é excrescente o § 2º do art. 357 do novo diploma, no tocante à matéria de direito. Até porque se pode antever a sua pouca ou quase nenhuma aplicação no dia a dia do foro.

O mesmo não diremos da norma prevista no § 3º do art. 357, que contemplando uma segunda hipótese, soa:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁹ “Art. 375. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e organização do processo: (omissis) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (omissis) IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.”

¹⁰ Preclusão “*pro judicato*” neste sentido: “Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão ‘vera e propria’ não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão-só as faculdades processuais das partes, fala-se de preclusão *pro judicato*.” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Instituições*”, v. II, n. 469, p. 385-386).

¹¹ Como pode ocorrer em matéria tributária, por exemplo.

¹² Tome-se, ainda como exemplo, uma hipótese para a qual as partes discutam a incidência de regras da responsabilidade aquiliana e ao cabo da instrução se convença o julgador de que a disputa deve ser resolvida segundo normas regentes dos contratos.

Consideramos útil essa disposição, como, aliás, já vínhamos postulando a aplicação da norma congênere do art. 331, § 2º, do Código em vigor.

Espera-se que essa regra saudável seja efetivamente cumprida. Porque o Código em vigor contém disposição para o mesmo fim de circunscrever os limites do litígio e determinar as provas pertinentes, que caiu no esquecimento: é a já citada, do art. 331, § 2º, nestes termos:

Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes (extinção do processo e julgamento antecipado do mérito), 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.

A respeito desse assunto escrevemos, em 2008, que era de lamentar a relutância à obediência e à aplicação do sistema da Lei Processual de 1973, no que concerne à delimitação da matéria de fato e de direito, bem como no tocante à prova suficiente para formação do convencimento do juiz, tomando como exemplo o procedimento comum ordinário:

- a) o autor e o réu expõem os fatos constitutivos da causa de pedir do primeiro e da resistência do segundo (arts. 282, III e VI, e 300), assim delimitada a controversia;
- b) conhecida pelo juiz a *quaestio facti* litigiosa, determina as provas que poderão esclarecer os ‘pontos controvertidos’ por ele então fixados (art. 331, § 2º);
- c) indefere diligências probatórias impertinentes ou relativas a fatos irrelevantes [...] (art. 130);
- d) determina as provas das afirmações de fatos pertinentes, relevantes e controvertidos, assim por ele considerados em razão do conhecimento das peças integrantes da fase postulatória (arts. 130 e 334, II);
- e) no tocante à prova documental, pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que tem em seu poder, sendo dever da mesma sujeitar-se à inspeção (art. 355 c.c. art. 340, II);
- f) ao deferir ou determinar a prova pericial, fixa prazo para a entrega do laudo, abrindo-se, nessa oportunidade, o prazo para as partes indicarem assistentes e formularem quesitos, como está no art. 421 e § 1º. [...];
- g) formula quesitos para resposta do perito e dos assistentes técnicos, indeferindo aqueles formulados pelas partes, a seu ver impertinentes, irrelevantes ou sobre fatos incontroversos, ou, de qualquer modo, inúteis à formação de seu convencimento (art. 426, I e II);
- h) delimita o âmbito da prova a ser produzida na audiência, fixando os pontos que convêm à formação da sua convicção (art. 451);

- i) e, por isso, depois, na audiência, inquire pessoal e diretamente os depoentes (art. 446, II), o que lhe permite fiel interpretação das declarações.¹³

Esse o sistema do direito ainda vigente que, se chegou a ser praticado, caiu em desuso.

É já discutida e reconhecida a necessidade de fixarem-se os lindes da disputa ao fim da fase postulatória, sendo a determinação do mérito da cognição mais importante do que o saneamento de irregularidades que não comprometam aquela decisão principal.

De sorte que a providência saudável, introduzida pelo art. 357, § 3º, durante as discussões do Projeto – **pois o anteprojeto não a continha** –, pode vir a ser a pedra de toque do novo processo civil brasileiro, possibilitando uma cognição mais precisa do cerne do litígio com o expurgo do supérfluo, com a produção só das provas pertinentes e o descabimento de recursos protelatórios.

Augura-se seja a regra efetivamente aplicada; não aconteça com ela o que aconteceu com a do art. 331, § 2º, mencionado acima, e com a do art. 433, que determina ao perito apresentar o laudo até 20 dias antes da audiência, pois, se o juiz não designa no saneador, quando defere a perícia, a data da audiência – o que é frequente –, fica livre o perito para apresentar o seu laudo a qualquer tempo, uma vez que não se sabe quando será 20 dias antes de data não marcada. Estes são dois exemplos, outros há de não aplicação de regras do Código vigente.

Encerrando esta apreciação do § 3º do novo art. 357, não podemos deixar de anotar o seguinte, a respeito da parte final desse parágrafo, com esta prescrição: “[...] oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

Pelo direito vigente, a regra é a de que a alteração, com aumento ou substituição dos fatos constitutivos da causa de pedir e do pedido, só é permitida até a citação do réu, ou, se com a concordância deste, até o despacho saneador (art. 264 e § único), o mesmo ocorrendo com a defesa, em que, em regra, se impede o acréscimo, supressão ou mudança dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor depois de oferecida a contestação (art. 303).

Está a ver-se que essas restrições visam obstar manobras que alterem ou desfaçam a nitidez do cerne da disputa, destinando-se a promover a chamada estabilização da relação processual. É instituto de suma importância, porquanto, integrando e definindo o objeto litigioso do processo, identifica e circunscreve o provimento jurisdicional final.

Para nós não existe ofensa a direito se, em fase de “saneamento e organização do processo”, o réu concorda com a alteração do pedido (termo que engloba o pedido propriamente dito e a *causa petendi*, quando esta o identifica) e o autor com a alteração da defesa, ainda que a transformação da demanda implique no protesto por provas antes não cogitadas. É que o saneamento encerra a fase postulatória, sendo conveniente, a essa altura, fixarem-se a natureza e as dimensões vertical e horizontal do litígio, para as atividades subsequentes de instrução e julgamento da causa.

¹³ CARVALHO, Milton Paulo de. Aplicação e reforma da lei processual. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.127.

Agora, porque a nova lei oferece ao juiz a faculdade de “convidar as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” poder-se-ia pensar na sugestão ao magistrado de recomendar aos litigantes pusessem a lide em termos de solução jurídica possível; mas, não se mostra óbvia essa conclusão quando se leva em conta que outra disposição, relativa ao mesmo grave tema da formulação do pedido, traz este comando com odor paternalista:

*Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de quinze dias, a emende ou a complete, **indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.**¹⁴*

O “convite” à integração ou esclarecimento das alegações e a indicação precisa da emenda ou correção da inicial não se compadecem com um sistema processual cujas entranhas liberais enjeitam toda sorte de dirigismo estatal sobre o que é mais individualmente subjetivo: o pedido e a defesa. Sem contar com o risco de perda da imparcialidade do juiz...

Por isso, propugnamos pela supressão do período final do § 3º do art. 357, quando o Código ainda era Projeto.

São Paulo, 6 de maio de 2015

¹⁴ Com efeito, enquanto o art. 264 e todo o sistema do Código em vigor preservam a estabilidade do processo contra manobras arquitetadas inteligentemente e com aparência legal, os dispositivos do novo Código deixam a ideia de que **buscam suprir a deficiência postulatória**. Porque realmente a descrição pormenorizada de fatos circunstanciais, assim na inicial como na contestação, estranhos à causa de pedir e à defesa, a citação de doutrina nem sempre pertinente, em linguagem tosca ou rebuscada, vez por outra dificultam a apreensão dos elementos objetivos do processo. O tempora, o mores! (Oh tempos, oh costumes!), diria Cícero.

Bibliografia

CARVALHO, Milton Paulo de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2010.

CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athon Gusmão; CALMON, Petrônio. (Coord.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. p. 199.

_____. Aplicação e reforma da lei processual. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1.125.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 5. ed., Rio de Janeiro. Gen - Forense, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.