

INTRODUÇÃO

Na atual fase metodológica do direito processual, percebe-se um ligeiro afastamento das concepções eminentemente privatistas e conceitualistas e uma conversão aos princípios constitucionais, se tornando o processo fundamentalmente balizado pelos ideais de boa-fé, cooperação e efetivo contraditório.

Por óbvio que tão profunda reforma processual demanda a necessidade de uma mudança na forma dos operadores do direito pensarem o direito processual brasileiro, o que está intrinsecamente vinculado a uma mudança de cultura social, mais especificamente de cultura no Poder Judiciário e em todos os sujeitos que o compõem.

O novo Código de Processo Civil (CPC/15) se volta para o desenvolvimento de um processo dialético no qual a decisão judicial é formada a partir da cooperação dos sujeitos processuais com o fim de se obter um resultado justo que atenda, efetivamente, a tutela pretendida. Quanto mais alinhado o magistrado estiver com as partes, mais efetiva serão as decisões judiciais por ele proferidas.

Assim, percebe-se uma sensível mudança no papel do juiz no processo que deixa de ser um mero aplicador da lei, neutro, equidistante das partes, e passa a ter efetivo interesse no processo no que tange ao cumprimento da sua função de construir uma decisão justa, erigida a partir do esforço comum dos sujeitos do processo. Almeja-se a dialética processual:

Os reflexos da dialeticidade no processo são sentidos, de maneira marcante, no poderes do juiz na condução dos desígnios do processo, os quais lhe serão indicados através do que lhe dor dado extrair das atitudes processuais das partes, com seus arrazoados, resistências e insurgimentos voltados para a formação do convencimento do julgador. Atua, pois, a dialética, como um sistema de equalização de dois objetivos em constante ebulição no processo civil: a imparcialidade do julgador, como meta do princípio dispositivo, e o interesse do Estado na pacificação social mediante o processo. (SIQUEIRA, 2008, p. 251).

A fase de saneamento, de acordo com Galeno Lacerda (1990, p. 13/15), teve sua origem histórica no direito processual civil português (art. 24 do Decreto 12.353 de 10/09/1926) e foi denominado por este autor em sua tese como “despacho saneador”¹.

¹ Tese apresentada ao curso de Direito Judiciário Civil, publicada pela primeira vez em 1953, e referência no tema até hoje.

O art. 293 do CPC/39 combinado com os artigos 294 e 297, previu de forma inovadora no Processo Civil Brasileiro a forma e momento processual em que seria proferido o despacho saneador: “Decorrido o prazo para a contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador em dez dias”.

Desta forma, o objetivo do despacho saneador era “o de separar tanto quanto possível a decisão das questões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa ou limpar o processo das questões que podem obstar ao conhecimento do mérito da causa” (LIEBMAN, 2007, p. 104).

Contudo, apesar da existência de previsão legal no CPC/73 de um primeiro encontro entre todos os sujeitos do processo em uma audiência intitulada como preliminar, na qual haveria uma tentativa de autocomposição, o encerramento da fase de saneamento e a organização da instrução probatória, este muitas vezes não se mostrava efetivo para o fim almejado.

Dessa forma, o art. 357 do CPC/2015 vai além do retraído art. 331 do CPC/1973 cujo objetivo inicial, desde que foi alterado pela Lei 10.444/2002², foi sumariamente esquecido, uma vez que a realização da “audiência preliminar” poderia ser por ele mesmo dispensada (§3º do art. 331 do CPC/1973). Sobre isso, Carneiro (2007, p. 157) relata que:

Com a inserção do §3º no art. 331, o juiz passou a ter a opção, a seu prudente critério e desde que as circunstâncias da causa indicassem com nitidez a improbabilidade de obtenção de uma transação naquele momento processual, dispensar a audiência preliminar, evitando com isto a perda de tempo e a atividade processual com a prática de um ato complexo.

Na vigência do CPC/1973 não era raro encontrar na prática forense decisões de “saneamento” que se limitavam a determinar que as partes se manifestassem quanto a possibilidade de acordo ou, ainda, indicassem as provas que pretendiam produzir (sem sequer haver a fixação dos pontos controvertidos ou análise de pedido de inversão do ônus da prova) ou, pior, “partes capazes e bem representadas, dou o feito por saneado”.

² “A seção antes denominada “Do saneamento do processo” passou a chamar-se “Da audiência preliminar”. Na verdade foi um equívoco do legislador. Parece que teria sido melhor que a seção mantivesse denominação abrangente também do saneamento do processo (poderia ser “Da audiência preliminar e do saneamento do processo), justamente porque essa atividade organizadora do processo não foi eliminada.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de resução da atividade recursal das partes.** Disponível em: <https://www.abdpc.org.br>. Acesso em 18 de maio 2016)

Nesse âmbito, insurge no CPC/2015 a possibilidade de se formar uma decisão de saneamento que caminha em consonância com as normas fundamentais do processo, em especial com o princípio da cooperação positivado no art. 6º do CPC/2015.

Assim, além de tornar o saneamento escrito a regra, o art. 357 do CPC/2015 trouxe grande inovação com relação ao art. 331 do CPC/1973, uma vez que soube recuperar e otimizar a fase de saneamento e organização trazendo de volta a essência da busca pelo diálogo direto do magistrado com as partes, justamente na “delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória” (WAMBIER, 1995, p.31).

Ainda de acordo com Wambier (2004, p.5), com uma adequada fase de saneamento amplia-se a possibilidade da redução do volume de processos pendentes, a exigir custosa instrução, sentença e eventual fase recursal. Teoricamente ao menos, parece proporcionar a diminuição das hipóteses de recursos, com a alegação de cerceamento de defesa, por exemplo, que muito provavelmente seriam interpostos em razão de falta de sintonia entre a posição adotada pelo magistrado e o interesse das partes, na fixação dos pontos controvertidos e definição do conjunto de provas de que se lançará mão na instrução.

Outrossim, o saneamento compartilhado³ se bem aplicado, pode prover ao processo uma maior celeridade, atendendo a sua razoável duração⁴, sem prejuízo da decisão justa, uma vez que observado o efetivo contraditório.

Dessa forma, uma maior atenção à fase de saneamento e organização do processo além de resultar na diminuição do interesse recursal das partes, uma vez que teriam participado efetivamente, da construção cognitiva, preveniria a declaração de uma futura nulidade e, conseqüentemente, uma maior morosidade processual⁵.

³ Expressão criada por Luiz Rodrigues Wambier e adotada por Paulo Hoffman para fundar a sua tese de doutorado na PUC/SP (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Editora Quartir Latin, 2011)

⁴ O art. 4º do CPC/15 consagra a o princípio da razoável duração do processo, ao afirmar que: “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

⁵ Sobre a relevância dessa fase processual Liebman salienta que: “Não é exagero dizer que da boa utilização deste instrumento depende em grande parte o eficiente funcionamento do processo civil.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *apud* HOFFMAN, Paulo. **Saneamento Compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.23)

Nesse trabalho, desenvolveremos uma análise sobre as principais formas de saneamento do CPC/2015, verificando as suas particularidades e principais críticas doutrinárias e demonstraremos, mesmo que de forma breve, o diálogo entre o saneamento negociado com o instituto do negócio jurídico processual.

Será dada especial atenção a tese desenvolvida por Galeno Lacerda e Paulo Hoffman uma vez que pode-se claramente verificar as suas teorias exercendo importante papel no estudo do referido instituto.

1 FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O art. 357 do CPC/2015 desempenha a função não apenas de saneamento em seu sentido amplo, mas também de organização do processo buscando prepara-lo para a fase instrutória.

Nesta fase processual, o novo código adotou uma modalidade de saneamento compartilhado ou coparticipativo (art. 357, §1º) que permite uma organização do processo pautada por preceitos constitucionais do contraditório, isonomia, ampla defesa e devido processo, além de observar o fundamento da cooperação.

Portanto, além de haver uma participação mais efetiva das partes, esse momento processual não mais se confunde com uma tentativa de autocomposição⁶, como ocorria no CPC/73, uma vez que além de se ter uma audiência específica para este fim, esta não é mais realizada pelo juiz da causa e sim por um conciliador ou mediador.

Não obstante, nota-se que o desgastado “despacho saneador”, como era ainda inadequadamente chamada a decisão de saneamento no CPC/1973, uma vez que não se tratava de despacho e nada saneava, pelo contrário, apenas reconhecia que o saneamento do processo já havia sido realizado, recebe uma nova roupagem passando a desempenhar a função de saneamento e de organização do processo.

Contudo, de acordo com Theodoro (2015, p. 116), mesmo com a adoção de um formalismo democrático pelo CPC/2015, com decorrente máximo aproveitamento e a regra da primazia

⁶ Cumpre ressaltar que não há qualquer impedimento para que haja uma nova tentativa de conciliação entre as partes na fase do saneamento.

do mérito, a possibilidade de idas e vindas procedimentais pode se manter caso a potencialidade de sua fase no art. 357 não for implementada em sua totalidade.

1.1 PREPARAÇÃO METÓDICA DO DEBATE PROCESSUAL

Em uma análise do art. 357, nota-se que o saneamento e organização do processo continuam sendo um ato complexo, cabendo ao juiz exercer todos os atos elencados no rol do artigo, os quais serão aqui brevemente analisados.

O artigo em comento prevê que caberá ao juiz, nesse momento procedimental: resolver, se houver, as questões processuais pendentes; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observando o art. 373 do CPC/2015; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito; e, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento.

Portanto, como se pode observar, para que seja encerrada a fase de saneamento, deve-se pressupor a inexistência das hipóteses de extinção do processo nos moldes do art. 354 ou ainda possibilidade de julgamento antecipado do mérito (art. 355). Sendo que, quando o caso for de julgamento parcial, o saneamento e organização deverão incidir sobre a matéria não julgada.

Assim, ultrapassada essa análise prévia jurisdicional, será reconhecido que o processo encontra-se isento de nulidades, pois as que porventura estivessem presentes já foram devidamente saneadas na fase inicial do processo, e o processo devidamente preparado para a fase de instrução probatória.

Em assim sendo, este dispositivo demonstra que o primeiro ato a ser exercido pelo juiz nesta fase é a solução das “questões processuais pendentes”, sem a qual não será possível reconhecer o processo como saneado, principalmente uma vez que a falta de resolução da questão pode ensejar a extinção do processo.

Portanto, ultrapassadas essas questões, estará o processo, do ponto de vista formal, pronto para posterior fase instrutória e conseqüentemente decisória.

Na fase de organização do processo, observa-se que o CPC/2015 prevê a possibilidade que esta preparação seja realizada de forma conjunta pelos sujeitos processuais. Contudo, apesar do esforço normativo do artigo em estudo, pode-se concluir que nem em todas as formas em que se dará o saneamento se pode alcançar a efetiva participação das partes, conforme analisaremos em tópico específico.

1.2 DELIMITAÇÃO DA ABRANGÊNCIA, FORMA E ÔNUS PROBATÓRIO

Ultrapassada a análise pendências processuais existentes, o primeiro ato da fase de organização do processo é a fixação dos pontos controvertidos na qual haverá a limitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória.

Tal delimitação se torna essencial para que haja uma efetiva otimização da fase instrutória e, no caso de ser designada audiência para esta fase, para que o juiz, em diálogo com as partes, comece a demonstrar suas primeiras impressões e posicionamentos para delinear a forma em que se deverá conduzir a instrução processual para que se alcance a tutela pretendida.

Uma vez que o juiz, sendo o destinatário das provas, fixa os pontos controvertidos observando o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, passa a demonstrar às partes quais fatos realmente interessam ser provados para a formação do seu convencimento. Isso, por óbvio, afasta a “perda de tempo” com o trabalho de comprovar fatos que não são controvertidos ou não são essenciais à atividade cognitiva.

Na vigência do CPC/1973 e ainda na cultura processual atual, percebe-se que o juiz possui uma grande preocupação com a sua imparcialidade. Contudo, isso por muito tempo foi tratado de forma equivocada. Barbosa Moreira (2000, p. 95) brilhantemente revela que há uma grande diferença entre o juiz pluriparcial e o juiz neutro. Nesse âmbito, importante pontuar que o juiz tem interesse no processo, não um interesse processual ou voltado para uma das partes, mas o de cumprir o seu papel e o seu dever de prestar a melhor justiça possível.

Dessa forma, é de suma importância para as partes que o juiz dialogue no sentido de demonstrar o posicionamento que será adotado, suas primeiras impressões e as auxilie sobre a forma que devem conduzir a fase instrutória para que esta venha a cumprir a sua função.

Nesse âmbito, cumpre pontuar que, de acordo com o entendimento de Mazzei (2014, p. 223), a presença de uma figura de um juiz mais ativo na avaliação da cognição, caminha para correlação entre o processo civil com a arbitragem (arbitragem processual), o que se mostra benéfico uma vez que podemos verificar que a arbitragem alcança aos princípios da cooperação, da proibição de “decisões surpresa” e, possui, ainda, confiança das partes no árbitro.

Após essa determinação do objeto da fase probatória, o juiz determinará os meios de prova. Nessa fase, será necessária a apresentação pelas partes do tipo de prova que se pretenderá produzir para deferimento ou indeferimento por parte do magistrado e determinação daquelas provas não requeridas, mas que, em seu entendimento, necessária para formação da cognição.

Nesse ponto quanto a produção de prova testemunhal, caso o saneamento seja realizado em audiência específica, conforme será melhor explicado em outro tópico, de acordo com o entendimento de Paulo Hoffman exposto em sua participação na “mesa redonda” promovida por Antônio Carvalho sobre saneamento no CPC/2015, as partes devem apresentar o rol de testemunhas nessa audiência para que se abra a possibilidade de análise da necessidade ou não de produção de prova testemunhal e a sua extensão. Tal atitude evitaria um eventual deslocamento desnecessário de uma testemunha para uma audiência de instrução cuja colheita de depoimento será indeferida naquele ato, por exemplo.

Em outro âmbito, a possibilidade de definição da distribuição do ônus da prova nesta fase processual, consagra o respeito ao princípio do efetivo contraditório e a garantia de vedação da decisão surpresa uma vez que impõe ao juiz o dever de provocação do debate acerca das questões postas em juízo, inclusive nos novos parâmetros, àquelas cognoscíveis de ofício (THEODORO, 2015, p. 165).

Outrossim, evita a corriqueira ocorrência de inversão do ônus da prova tão somente no momento da sentença, impedindo que a parte possa produzir a prova cujo ônus era dela, verificando grave e flagrante violação ao princípio do contraditório.

Dessa forma, conforme entendimento que já havia sido consolidado no STJ⁷, a modificação do ônus da prova é regra de procedimento e não de julgamento sendo que a decisão que a distribuir deve ser proferida, preferencialmente, durante o saneamento do processo ou, caso não o fosse, ser garantida a parte a quem incumbia o ônus a oportunidade de produção de provas.

Cumprido ressaltar que o dispositivo legal em comento não é restritivo, uma vez que não gera qualquer preclusão ao juiz que poderá distribuir o ônus da prova durante o trâmite processual, conforme previsto no art. 373, §1º, desde que, em observância ao princípio do contraditório efetivo, reabra a fase instrutória, o que na prática poderá não se mostrar efetivo tendo em vista a consequência da morosidade processual.

Deve ressaltar ainda que desta decisão interlocutória complexa, somente no que se refere a dinamização do ônus da prova é passível de irresignação por agravo de instrumento (art. 1.015, IX) em face da peculiar adoção de um modelo casuístico de recorribilidade, salvo a ressalta do enunciado 9 do FPPC.

Os demais capítulos da decisão, salvo quando objeto de ajuste saneador dos §§ 2º e 3º ou da estabilização por inércia do §1º, terão sua recorribilidade adiada para o momento da apelação.

1.3 DELIMITAÇÃO DAS QUESTÕES JURÍDICAS E DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA

Também inovadora a previsão do inciso IV do artigo em análise, uma vez que caberá ao juiz, na fase de saneamento e organização do processo, a delimitação das questões de direito relevantes para a formação do convencimento do magistrado e, conseqüentemente, a resolução de mérito de forma que alcance a tutela jurisdicional de uma maneira justa e efetiva.

⁷ Pode-se encontrar esse entendimento jurisprudencial em diversos precedentes, cita-se a decisão proferida no REsp 1395254/SC no ano de 2013, apenas à título exemplificativo : PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014).

Nesse ponto, importante ressaltar que, de acordo com Nunes (2016, p. 528), a imposição observada na determinação contida no inciso IV do dispositivo em comento, que obriga o magistrado a delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

Em última análise, a princípio, a referida determinação legal representa um ganho discursivo-processual às partes envolvidas na lide e um obrigatório liame com o contraditório dinâmico do art. 10 e com a fundamentação estruturada do art. 489, na medida em que impossibilita, ou, ao menos, dificulta a existência de decisão do juízo proferida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (decisão surpresa).

Ademais, favorece o cumprimento do dever de consideração do magistrado previsto no art. 489, §1º, IV, na medida em que ficarão evidentes quais argumentos serão relevantes para infirmar as conclusões decisórias. Daí a necessidade de extrema cautela por todos os sujeitos processuais nesta fase.

Não se deve confundir a delimitação das questões de direito com a fixação da matéria fática controvertida, uma vez que estas deverão ser provadas pelas partes e aquelas já são de conhecimento do magistrado⁸.

Com a delimitação prevista, verifica-se uma busca pela economia processual no sentido de evitar um esforço desnecessário das partes com discussões jurídicas inúteis, uma vez que serão sinalizadas quais as questões de direito que serão essenciais para a prolação da decisão.

Outrossim, ao contrário do que se podia verificar com a aplicação do §2º do art. 331 do CPC/1973, a reforma em estudo, uma vez que incorpora a notória necessidade de preparação dos debates e da produção probatória, traz a impossibilidade de existência de decisões surpresas que seriam somente percebidas no momento final do processo.

Ultrapassados todos os atos do magistrado, lhe caberá a análise da necessidade de designação da audiência de instrução e julgamento. O inciso V do art. 357, o CPC/2015 se mostrou cuidadoso em possibilitar ao juiz a análise de necessidade de designação da audiência de instrução e primar, assim, mais uma vez, o princípio da duração razoável do processo.

⁸ *Iura Noti Curia ou Dahim factum dabo tibu ius*

Cumpra salientar que tal dispensa decorre de uma análise lógica da efetividade dos procedimentos da fase de saneamento uma vez que, caso bem observado e realizado, garante a observância do princípio do contraditório efetivo, tornando, em alguns casos, desnecessária a audiência de instrução.

2 FORMAS DE SANEAMENTO NO CPC/2015

2.1 DEVER DE ESCLARECIMENTO E RECORRIBILIDADE

O §1º do art. 357 dá margem a possibilidade de que o juiz profira a decisão se saneamento e organização do processo de forma singular, desde que conceda às partes o direito de pedirem esclarecimentos ou de solicitarem os ajustes que acharem necessários.

Importante ressaltar que nesse ponto o magistrado deverá implementar o direito e dever de esclarecimento. Por um lado, o seu dever do juiz de modificar seu comportamento e decisão caso seja nesse sentido pleiteado pelas partes, evitando, assim, uma estabilização decisória sem a possibilidade de adequação da decisão de primeiro grau.

E para as partes o direito de pedir esclarecimentos e ajustes e adequar a decisão judicial aos limites estabelecidos no processo de forma que seja possível alcançar efetivamente a tutela pretendida, sendo que a sua inércia, de acordo com o art. 223, induz a preclusão.

Tão somente após o término do prazo de cinco dias é que a decisão se torna estável, vinculando tanto as partes como o juiz, de forma que o que não for objeto de esclarecimento ou ajuste não poderá ser objeto de recurso (art. 1009, §1º).

Nesse ponto, cabe salientar que, apesar do novo CPC adotar o sistema da preclusão flexível, a opção do legislador pela preclusão da decisão de saneamento se remete a uma antiga súmula do STF (424) que indica que “transitado em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”.

Por óbvio que apesar de conceder as partes segurança jurídica, a aplicação da preclusão absoluta sobre a decisão proferida não se mostra benéfico à relação processual. Por isso, cabível a continuidade da antiga discussão doutrinária a respeito da aplicação literal desta estabilidade ou a possibilidade de alteração do saneamento em caso de surgimento de um fato novo ou se verificada questão de ordem pública.

Contudo, cumpre salientar que o entendimento exposto, apesar de ser um exemplo do posicionamento da doutrina majoritária⁹, foi construído sobre o CPC/1973 no qual era cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de saneamento proferida, o que não podemos vislumbrar na sistemática do CPC/2015.

E aqui, são cabíveis vários questionamentos que deverão ser com o tempo sanados pela doutrina e através da formação de precedentes, tais como se o juiz não poderá determinar um meio de prova que não foi deferido anteriormente se passar a entender, durante o trâmite processual, que a sua produção é importante para esclarecimento e comprovação dos fatos alegados? E na hipótese de surgimento de uma lei superveniente ou formação de novo precedente a respeito da matéria discutida, como a delimitação das questões de direito continuará inalterável?

Ao que tudo aparenta, a discussão que já se estende há décadas sobre os limites da preclusão na fase de saneamento, apenas ganhou novo fôlego com o disposto no §1º do art. 357 do CPC/2015.

Passada a consideração sobre o caráter preclusivo da decisão, importante esclarecer ainda que, mesmo sendo um ato realizado em gabinete, a possibilidade de intervenção das partes na decisão proferida visa proteger o direito de cooperação dos sujeitos do processo (art. 6º do CPC/2015) para formação da decisão, uma vez existente a participação das partes.

⁹ Cumpre salientar que esse tema já era pontuado por Galeno Lacerda que se posicionava no mesmo sentido “no que concerne à eficácia do despacho saneador sobre as questões decididas, na ausência de recurso, obter-se-á eficácia material de coisa julgada se decretar a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido ou “illegitimitio ad causam”, se acolher defesa do réu baseada em fato extintivo do pedido ou se julgar favoravelmente ao autor qualquer questão de mérito, excluindo as relativas às condições da ação. No entanto, sempre que a decisão for terminativa do processo, rejeitar defesa baseada em fato suspensivo disponível para o réu ou decidir questão concernente a anulabilidade ou simples irregularidade de ato processual produzirá efeito preclusivo. Não terá efeito preclusivo quando se pronunciar sobre nulidade absoluta ou relativa, exceto se extinguir o processo, sempre que julgar presentes as condições da ação e quando repelir defesa baseada em fato suspensivo indisponível para o réu”. (LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 177)

Isso aproxima esse pedido dos embargos de declaração, podendo, inclusive ser melhor analisado como uma hipótese de embargos de declaração tipificado pois, além de terem o mesmo prazo, possuem objetivos muito próximos, uma vez que concede às partes o direito de insurgirem contra a decisão, de auxiliarem a sua construção de forma a tornar a fase instrutória mais eficiente possível, constituindo em mais uma demonstração do modelo de processo cooperativo, e de evitar a sua preclusão.

Outro ponto relevante desta previsão, é que se constitui como única forma de as partes insurgirem contra a decisão de saneamento e organização do processo que, apesar de sua natureza interlocutória, não está prevista no art. 1.015 do CPC/2015 como recorrível por agravo de instrumento (com exceção da redistribuição do ônus da prova).

De acordo com Neves (2016, p. 628), mesmo no saneamento compartilhado realizado em audiência, o que será exposto em tópico específico, na qual a “responsabilização” pelos atos praticados deve ser repartida entre o juiz e as partes, é possível a aplicação do art. 357, §1º do Novo CPC, uma vez que pela palavra final ser sempre do juiz, não há sentido retirar das partes a única forma que têm de impugnação contra a decisão judicial e de evitar a preclusão.

2.2 NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL TÍPICA

De forma inovadora, o §2º do art. 357 prevê a possibilidade da ocorrência de uma negociação processual típica, na qual as partes apresentam ao magistrado a “delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV”.

Nesse ponto, impossível adentrar a análise dessa técnica sem ao menos se ter uma brevíssima apreciação do instituto do negócio jurídico processual.

O CPC/2015, em busca pela valorização da autonomia de vontade e flexibilidade processual, sustenta a possibilidade de celebração de negócios processuais típicos e atípicos pelas partes.

Nesse sentido Lipiani e Siqueira (2016, p. 5) registram o seguinte:

Os mecanismos estabelecidos no CPC acabaram por conferir dois instrumentos para adequação do processo (procedimento e situações jurídicas): (i) quando estiverem dispostas, elas, as próprias partes, poderão dar os contornos da solução ou do

caminho para a solução de seu litígio; e (ii) quando assim não estiverem, caberá ao magistrado, nas hipóteses em que for pertinente, ajustar regras para alcançar a melhor solução da controvérsia.

Assim, as partes poderão, antes ou durante o processo, predispor as regras que serão aplicadas durante o trâmite processual ocasionando uma condução pacífica e colaborativa do processo.

O CPC/2015, de acordo com Didier (2015), consagra o direito fundamental à liberdade no processo por meio do exercício do autorregramento da vontade, o que, faz surgir um novo (e relevante) princípio processual: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o qual deve ser inserido no rol de normas fundamentais do processo civil.

Cumprе ressaltar que o CPC/1973 já previa diversos tipos de autorregramento de vontade em artigos espalhados em seu corpo, tais como os arts. 158, 265, II e 111, contudo, o novo CPC inova ao dispô-los em uma nova roupagem e dentro de um sistema com fundamentos distintos do antigo *Códex*.

Dessa forma, a inovação do CPC/2015 não se encontra na previsão da possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, mas na possibilidade de celebração desses negócios de maneira atípica e em novas modalidades típicas, como a escolha do perito, saneamento consensual e calendário processual.

Assim, de acordo com o disposto no §2º do art. 357, as partes, de forma negociada, podem apresentar ao juiz um acordo sobre a fase de saneamento e organização do processo que incida sobre as questões de fato e de direito, limitando, assim, a instrução probatória.

No tocante a fase de saneamento e organização, percebe-se que as partes podem, em conjunto, acordar sobre a forma de condução da fase instrutória do processo, delimitando as questões fáticas e de direito, além dos meios de prova e ônus pela sua produção.

Cumprе esclarecer que a partir do momento em que o negócio for firmado, todos os sujeitos do processo estarão a ele vinculados, independentemente do grau de jurisdição. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral (2016) em sua entrevista concedida para o canal O novo CPC em gotas, coordenado pelo professor Mazzei, destaca que o magistrado, apesar de não participar da formação do negócio jurídico processual, está a ele vinculado de forma heterogênica (heterovinculação).

Essa vinculação e obrigatoriedade de aplicação pelo juiz, semelhante a que ocorre nos contratos privados, decorre da previsão dos arts. 190 e 200 do CPC/2015 que concedem aos negócios jurídicos processuais a força de normas jurídicas. Contudo, cumpre salientar que, caso o negócio jurídico for considerado inválido, o juiz não estará a ele vinculado podendo reconhecer a sua invalidade (§1º do art. 190) e não aplicá-lo ao caso.

Desta feita, como bem relata Nunes (2016, p. 528),

Nos termos portos, o §2º do art. 357 traz à baila uma faceta da autonomia provada, dentro do perfil coparticipativo do Código de Processo Civil, ao permitir aos litigantes a já aludida apresentação ao juiz de uma delimitação consensual das questões de fato e de direito (pontos controvertidos) a serem elucidadas processualmente, sendo que tal delimitação, se homologada, vincula as partes e o julgador. Este dispositivo acompanha a tendência de valorização das negociações processuais, observada nos art. 190 e 191 (cláusula geral de negociação processual e de calendarização) e 200.

Ultrapassada a análise da técnica em estudo, importante ainda levantar a discussão doutrinária da relação entre a possibilidade de limitação de questões jurídicas pelas partes e a teoria dos precedentes.

Sobre essa questão ainda polêmica, Hoffman (2016) em sua participação na “mesa redonda” promovida por Antônio Carvalho sobre saneamento no CPC/2015 pontua que as questões específicas dentro de um determinado processo não devem vincular outra demanda para que esta seja julgada da mesma forma.

Salienta ainda o professor que o negócio jurídico processual possui caráter de especificidade e, conseqüentemente, não gera a vinculação de outras demandas que versem sobre a mesma questão. Por fim, esclarece que para que ocorra a formação de um precedente nesses casos não pode ser verificada limitação muito invasiva na atividade cognitiva do juiz, pois a razão da existência dos precedentes é a sua aplicação em casos análogos e esse caso se tornaria *sui generis*.

Assim, verificada limitação no âmbito processual, a decisão proferida naquela demanda não deverá gerar um precedente, sendo este possível apenas mediante uma limitação procedimental.

2.3 AUDIÊNCIA DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO

Por fim, o § 3º do art. 357 do CPC/2015, determina que o magistrado proceda com a designação de audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes nos casos em que “a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito”.

De acordo com Paulo Hoffman (2011, p. 96), cuja tese de doutorado teve como tema Saneamento Compartilhado, essa técnica de saneamento representa a ideia de que o saneamento do processo não deve ser proferido pelo juiz isoladamente, sem a participação das partes, mas, sim, sempre em conjunto com elas e da forma mais negociada possível.

Através desta técnica é permitido ao juiz designar uma audiência para sanear o processo, verificar as situações processuais pendentes, dinamizar ou não o ônus da prova, analisar as questões jurídicas e, conseqüentemente, com diálogo entre as partes, produzir uma decisão qualitativamente melhor.

Não se pode olvidar a possibilidade, ainda, que nesta audiência seja possível a calendarização do procedimento (art. 191) para devido gerenciamento do caso em suas peculiaridades, ou mesmo para acelerar a duração do processo ou concedê-lo mais eficiência, mediante o acordo de prazos independentemente de intimação ou despacho.

Paulo Hoffman (2016), em sua participação na “mesa redonda”, relata ainda que o saneamento compartilhado parte de três premissas básicas: Dignidade da pessoa humana, razoável duração do processo e cooperação entre os sujeitos processuais.

Assim, a designação de audiência para que haja o saneamento e a organização do processo em conjunto com as partes é de extrema importância para essa fase processual, uma vez que propicia um encontro entre todos os sujeitos do processo estimulando um diálogo processual (cooperação), previne uma futura nulidade processual e diminui o interesse recursal (razoável duração do processo) e direciona para a construção de uma decisão justa, efetiva e em um prazo razoável (dignidade da pessoa humana).

A título exemplificativo, o magistrado Fernando da Fonseca Gajardoni, durante a vigência do CPC/1973, de forma inovadora, adotou a técnica do saneamento compartilhado, cuja decisão merece ser aqui elucidada:

0000241-40.2012.8.26.0426 (426.01.2012.000241-2/000000-000) Nº Ordem: 000088/2012 – Procedimento Ordinario – Indenizacao por Dano Material – CENTRAL ENERGETICA VALE DO SAPUCAI LTDA X BRUMAZI EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA – Fls. 1189/1192 – Vistos. [...] **2. Em vista da complexidade da matéria em debate por força do objeto do conflito (sistema de extração de sacarose por difusor composto por 14 equipamentos e pesando, aproximadamente, 2.000 toneladas), do valor da ação (R\$ 28.285.648,00) e do valor da reconvenção (R\$ 4.792.780,58) – que recomendariam, inclusive, a solução do conflito pela via arbitral (lei 9.307/96) -, adotarei, no caso presente, a técnica do saneamento compartilhado, que no Brasil pode ser sacada da adequada interpretação do art. 331, § 2º, do CPC, bem como do princípio da cooperação processual.** [...] Propugna-se, “efetivamente, pelo desaparecimento das decisões de gabinete, isoladas, sem a participação das partes”, vez que o juiz, “na medida do possível, devera postergar todas as decisões para a audiência de saneamento, num moderno procedimento de ampla colaboração, participação e ética? (Paulo Hoffman. Saneamento compartilhado. Sao Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 94). 3. Por essa razão, designo audiência preliminar (art. 331 do CPC) para o próximo dia 10 de outubro de 2013, as 13 horas, intimando as partes (representantes legais), na pessoa de seus advogados (que também ficam intimados para o ato), para comparecimento no salão do Júri dessa Comarca (em ato que será aberto ao público, garantindo-se, assim, a adequada publicidade processual). Destaco que sendo infrutífera a prévia tentativa de conciliação e instituição de juízo arbitral (compromisso arbitral), **as partes serão chamadas a esclarecer o juízo sobre dados, ainda nebulosos, atinentes as questões controvertidas do conflito, bem como debater a admissibilidade e pertinência da postulação probatória documental, oral e pericial de fls. 1.182/1.183 e 1.185/1.188, custos, prazos, ônus da prova, etc.** Portanto, espera-se que os procuradores e partes compareçam ao ato devidamente preparadas e dispostas a executar a tarefa proposta. [...] 5. Pese o que consta no art. 407 do CPC, **determino que as partes apresentem, ate 10 (dez) dias antes da audiência preliminar supra designada, o rol completo de testemunhas que pretendem ouvir e o nome de seus representantes para fins de depoimento pessoal, isso a fim de que, em conjunto, possamos todos deliberar sobre a pertinência da colheita da prova oral, eventuais suspeições/impedimentos, etc.** 6. Também determino que as partes – e para os mesmos fins supra -, já apresentem, nos 10 (dez) dias que antecedem a audiência designada, os quesitos para eventual realização de nova perícia (com o equipamento eventualmente funcionando), a ser objeto de decisão no ato. 7. **Ficam sugeridos os seguintes pontos controvertidos (da ação e reconvenção), que serão modificados/complementados por sugestão das partes na audiência.** [...] Int. FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI – Juiz de Direito – ADV AIRES VIGO OAB/SP 84934 – ADV LUCIANA ANTUNES LOPES RIBEIRO OAB/SP 255530 – ADV MARCIO APARECIDO PEREIRA OAB/SP 75356 – ADV RUTH HELENA CAROTINI PEREIRA OAB/SP 88202. (DJ-SP - 0000241-40.2012.8.26.0426 (426.01.2012.000241-2/000000-000), Juiz de Direito: Fernando da Fonseca Gajardoni, 1ª Instância Interior, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/09/2013)

Percebe-se que o douto magistrado, mesmo sem qualquer previsão legal específica, adotou de maneira brilhante a técnica do saneamento compartilhado concedendo às partes a oportunidade de participarem efetivamente da construção da decisão de saneamento e

organização da fase instrutória, respeitando os princípios da cooperação, razoável duração do processo e contraditório efetivo.

Dessa forma, pode-se visualizar a importância da designação de audiência de saneamento no que tange ao princípio da cooperação, uma vez que permitirá a aproximação do magistrado com as partes e uma melhor análise das questões fáticas e jurídicas. A parte final do §3º consagra esse posicionamento ao viabilizar ao juiz a solicitação de esclarecimentos para compreensão das alegações realizadas.

Nesse sentido Theodoro (2009, p. 15 e 16) relata que:

A utilização da fase preparatória, levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável. Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito [...] conduzem à conclusão que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do modelo cognitivo brasileiro para obtenção de resultados técnicos e constitucionamente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico. Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastando somente uma percepção simples que a fase de nossa audiência preliminar não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável. Os sujeitos processuais, assim, devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, efetivamente preparando-se para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido.

Apesar de suas considerações serem fundadas na audiência preliminar do CPC/1973 são plenamente aplicáveis ao CPC/2015 uma vez que a realização de um saneamento compartilhado de forma adequada viabiliza ao magistrado a retomada à oralidade processual e, conseqüentemente, uma adequada e concreta perspectiva da demanda em todas as suas facetas, algo que, apenas pela análise dos autos, principalmente se tratando de questões complexas, não se mostra tarefa tão simples.

Portanto, se bem utilizado, o saneamento compartilhado contribuirá para o alcance do princípio da primazia da resolução de mérito de forma eficaz e da razoável duração do processo uma vez que, mesmo designando uma audiência específica para tanto, por realizar o

saneamento dos vícios e por aperfeiçoar a fase instrutória do processo evitando-se dilações probatórias inúteis e diminuindo o interesse recursal.

2.4 PREPARAÇÃO PROBATÓRIA

Por fim, a fase de organização do processo se finda com a preparação probatória uma vez que o §4º do art. 357 prevê a possibilidade das partes apresentarem rol de testemunhas caso seja verificada a necessidade e a consecutiva determinação de produção de prova testemunhal.

Cumprido salientar que nos casos em que for designada audiência específica para esta fase processual, conforme já mencionado, o rol de testemunhas deverá ser apresentado em audiência, sob pena de preclusão, por força do previsto no §5º do referido artigo.

Independente do momento processual que será apresentada, o §6º dispõe que o número máximo de testemunhas arroladas deve ser de dez, sendo três para cada questão fática já delimitada. Contudo, dependendo da complexidade da causa e os fatos discutidos, o artigo abre a possibilidade do próprio magistrado limitar o número de testemunhas a serem arroladas e, nesse mesmo sentido dispõe o enunciado 300 do FPPC que diz: “O juiz poderá ampliar ou restringir o número de testemunhas a depender da complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados”.

Sobre a determinação da prova pericial (§8º), o juiz deve estar necessariamente vinculado ao disposto no art. 465 o qual determina a nomeação de perito especializado e o prazo para entrega do laudo e deve, desde logo, estabelecer calendário jurídico, garantindo, assim, os princípios da razoável duração do processo e a segurança jurídica das partes.

Por fim o CPC trouxe ainda mais uma regra para esta fase processual ao estabelecer o intervalo mínimo de uma hora de intervalo entre as audiências em que forem feitos os saneamentos compartilhados, devendo ser observado, contudo, o disposto no enunciado 295 do FPPC que prevê essa necessidade tão somente para aquelas audiências designadas após a vigência do novo Código.

3 BREVE FECHAMENTO

Apesar da relevância com que é tratada esta fase preparatória processual por parte dos legisladores da maioria dos países ocidentais, uma vez que, caso bem realizada, resulta no aprimoramento da fase probatória e, conseqüentemente, da qualidade do debate e da sentença, o Brasil, sob égide do CPC/1973, nunca conseguiu efetivamente implantá-la.

O novo Código, com sua visão democrática-constitucional, especialmente em seu artigo 357, trouxe um auxílio à consecução dos objetivos constitucionais do processo judicial ao representar uma garantia de direitos constitucionais, além de permitir a formação de uma melhor relação dialógica entre as partes processuais, garantindo efetivo diálogo e responsabilidades baseadas na boa-fé e dever de cooperação.

De maneira geral, é possível afirmar que esta fase processual, da forma em que foi disposta no novo *Códex*, delimita as condições sob as quais a fase preparatória da cognição se formará, concedendo a possibilidade para um saneamento efetivo, uma vez que observada a controvérsia, inclusive mediante a negociação processual. Isso permite com que as partes e o juiz atinjam, efetivamente, a tutela pretendida uma vez que esta fase será desenvolvida sob um alicerce firme de disposições probatórias delimitadas e um amplo conhecimento, pelas partes e pelo juiz, dos pontos controvertidos e do ônus probatório.

Por fim, diante de uma fase de saneamento e organização bem realizada, é possível observar a razoável duração do processo ao evitar a multiplicação de recursos que insurgiriam face uma decisão construída sem debate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FALANDO DE PROCESSO. **Mesa Redonda – Saneamento no CPC/15**. Disponível em: <<http://www.oabes.org.br/esa/videos/falandodeprocesso/mesa-redonda-saneamento-no-cpc15-paulo-hoffman-ravi-peixoto-59.html>>. Acesso em: 17 mai 2016.

HOFFMAN, Paulo. **Saneamento Compartilhado**. São Paulo: Editora Quartir Latin, 2011).

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *apud* HOFFMAN, Paulo. **Saneamento Compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do Mérito**. Revista Forense, 2007.

LIPIANI, Julia, SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação**. . Disponível em: www.rkladvocacia.com. Acesso em 20 de maio 2016.

MAZZEI, Rodrigo. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. **Revista de processo - IBDP**. São Paulo, v. 39, n. 237, nov, 2014, p. 223-238.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no Processo Civil, as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JR., Humberto Theodoro. **Fundamentos e Sistematização do novo CPC**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nov-Dez/2009.

THEODORO, Jr.; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes**. . Disponível em: <https://www.abdpc.org.br>. Acesso em 18 de maio 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A nova audiência preliminar – art. 331 do CPC**, Revista de Processo, vol. 80, S.Paulo, RT, out./dez., 1995, p. 31.