AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1973

Alcides DE MENDONÇA LIMA*

SUMÁRIO

I. *Introdução.* II. *O Saneamento no Código de 1939.* III. *Nomenclatura.* IV. *Forma.* V. *Finalidades.* VI. *O Saneamento no Código de 1973.* VII. *As Providências Preliminares.* VIII. *Efeito da Revelia.* IX. *Da Declaração Incidente.* X. *Dos Fatos Impeditivos, Modificativos e Extintivos.* XI. *Das Alegações do Réu.* XII. *Finalidades das Providências Preliminares.* XIII. *Conclusão.*

I. *Introdução*

1. A 1o. de janeiro de 1974, entrou, em vigor, o novo Código de Processo Civil Brasileiro — Lei número 5.869, de 11 de janeiro de 1973, alterada, posteriormente, pela Lei número 5.925, de 1o. de outubro de 1973. O texto se baseou no Projeto de autoria do professor Alfredo Buzaid, catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, então, Ministro da Justiça do Governo do Presidente Emílio Garrastazú Médici. O mestre paulista já havia elaborado o Anteprojeto em 1964, revisado por comissão formada por especialistas, quais sejam José Frederico Marques, Guilherme Estelita, Luís Machado Guimarães e Luís Antonio de Andrade. Apesar de a Comissão haver apresentado várias sugestões, o Projeto, que acolheu apenas algumas, foi da lavra, na sua maioria, do Professor Alfredo Buzaid, e cujo teor foi submetido ao Congresso Nacional, para transformar-se na lei acima citada. O professor Alfredo Buzaid, em situação inédita no Brasil —quicá no mundo—, foi o autor do Anteprojeto (1964) e do Projeto (1972); e, como titular do Ministério da Justiça, referendou a lei e a pôs em vigência a 1o. de janeiro de 1974.

2. O Código brasileiro atual se inspirou, em grande parte, nos diplomas similares da Alemanha, Itália e Portugal, além de manter vários institutos já formados sob a égide de nossa melhor tradição. Aprimorou a técnica, a terminologia, as diretrizes e o sistema do Código anterior, que datava de 18 de setembro de 1939, tendo iniciado sua vigência a 1o. de março de 1940. Em suas linhas gerais, o novo diploma deverá concorrer

* Professor Catedrático de direito processual civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (Estado do Rio Grande do Sul), Do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil.

para aperfeiçoar a obtenção da justiça, tornando a luta judiciária mais breve, econômica e simples, embora, em último término, dependerá sempre dos homens que apliquem suas normas. Apesar do pouco tempo de execução e das críticas que vêm sofrendo, algumas áspers e candentes, as perspectivas de êxito são ainda promissoras.

À medida que a literatura brasileira expandir-se sobre o Código e que a jurisprudência, com sua experiência e sabedoria, der a verdadeira interpretação aos textos duvidosos, os benefícios surgirão e se consolidarão. É um Código mais revolucionário do que conservador. Sem tornar o juiz um autoritário ou um ditador dentro dos autos, confere-lhe mais poderes na direção do processo: no seu saneamento; na preservação da dignidade da Justiça; nos óbices às artimanhas do litigante ímprobo; na possibilidade de julgar o mérito mais rapidamente, sem sacrificar a defesa das partes. Tudo isso tem de gerar uma nova mentalidade, que se deverá firmar paulatinamente. Embora bascado, na época, nos Códigos mais modernos, o anterior, de 1939, ainda se conservava ligado, em muitos pontos, às vetustas Ordenações Manuêlinas do Reino de Portugal do século xvii. O atual, porém, se mostra arejado e atualizado na sua estrutura geral, em que pese a muitos defeitos, que deverão ser aprimorados com a sua aplicabilidade criteriosa e racional.

II. O saneamento no Código de 1939

3. No Brasil, um instituto genuinamente português, qual seja o “despacho saneador”, foi introduzido no regime ora revogado. Criado, em Portugal, pelo Decreto número 3, de 29 de maio de 1907, com o nome de “despacho regulador do processo”, foi, lá, ampliado, posteriormente, pelo Decreto número 12.353; consagrado e aperfeiçoado nos Decretos números 18.552 e 21.287, para, finalmente, ser mantido no Código de Processo Civil lusitano de 1939 (artigo 514), subsistindo nas reformas de 1961 e de 1967 (artigo 510). A concepção portuguesa se concretizou, também, em nosso Código de 1939 (artigo 294), que adotou a nomenclatura já clássica no ordenamento originário: *despacho saneador*.

4. Como a sua finalidade, desde o início, foi a de atender, mais eficientemente, ao princípio da economia processual, por via do *saneamento*, há autores que remontavam sua gênese ao direito romano, com a clássica bipartição das fases *in jure* e *in judicio*. Pontes de Miranda, aliás, o situa mais longinquamente: no direito grego.

Entretanto, mais lógica nos parece a corrente que confere ao direito lusitano moderno o privilégio da invenção do extraordinário instituto processual, que tantas vantagens causa à administração da justiça e aos interesses das partes. Seus objetivos e seu alcance acham-se tão bem determinados nos sucessivos diplomas lusitanos que o insculpíram, com amplitude progressiva, que mais o aprimorou, que, somente forçando muito as pesquisas e as interpretações analógicas, se pode vislumbrar qualquer nexu com os institutos arcaicos, ainda que com leves traços coincidentes.

5. No próprio direito processual civil brasileiro antigo, procurou-se encontrar o germe do despacho saneador, no velho Regulamento número 737, de 1850, artigos 98 a 676. Entretanto, naquele diploma imperial brasileiro, o julgamento das nulidades era *provocada* pelas partes, não podendo o juiz agir por iniciativa própria, como é da índole do despacho saneador ou de seu sucedâneo, em benefício da economia, da brevidade, e, até mesmo, da proibidade processual.

Ao tempo em que os Estados-membros de Federação brasileira tinham competência para legislar sobre processo (civil e penal), na vigência da constituição Federal de 1891, a primeira da República (regime igual ao dos Estados Unidos do México, e da Argentina), o anteprojeto, porém, do Código de Processo Civil do Estado de Mato Grosso reproduziu, substancialmente, o teor do artigo 24 do citado decreto português número 12.353, de 10 de setembro de 1926. Mas nunca se convertem em lei.

Antes mesmo de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 1939 —o primeiro de âmbito nacional no Brasil, porque, desde a Constituição Federal de 1934, a competência sobre direito processual passou a ser da União, regime mantido nas Leis Magnas de 1937, de 1946 e na atual de 1967—, o Decreto-Lei número 960, de 17 de dezembro de 1938, regulando o “Executivo Fiscal”, incluiu dispositivos que refletiam a criação lusitana em nosso meio, ainda que sem denominação específica. Mas, em essência, suas finalidades eram as mesmas do despacho saneador do Código português e, igualmente, do Código brasileiro que já estava em elaboração.

6. Finalmente, o Código de Processo Civil Brasileiro (Decreto-lei número 1.608, de 18 de setembro de 1939, com vigência a partir de 1º de março de 1940, pela alteração do artigo 1.052 do texto primitivo) adotou, definitivamente, o despacho saneador, nos artigos 294 a 296 refundidos, sucessivamente, pelos Decretos-Leis número 4.565, de 1942, e número 8.570, de 1946. O texto, que vigorou até o início da vigência do atual Código de 1973, era o seguinte:

Art. 294. No despacho saneador, o juiz:

- I. Decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público.
- II. mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro selhe opuser, extintivo do pedido.
- III. examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral.
- IV. pronunciará as nulidades insanáveis ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades.
- V. determinará *ex-officio* ou a requerimento das partes, exames, vistorias, e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não hajam feito, indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129.

Parágrafo único. As providências referidas nos ns. I e II serão determinadas nos três primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.

Art. 295. Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze (15) ou trinta (30) dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de quarenta e oito (48) horas, proceda na forma dos ns. I e II do artigo seguinte.

Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador:

- I. Designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes.
- II. Ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito.

No direito processual brasileiro, salvo no cível, não existe despacho saneador, tanto no penal, como no trabalhista, aquele regido pelo Código de Processo Penal de 1941 e o último pela Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, ambos já na iminência de serem substituídos por novos diplomas, em elaboração, devidamente atualizados.

III. Nomenclatura

7. Apesar da nomenclatura tradicional —“despacho saneador”—, a mesma nunca refletiu a realidade pelos objetivos variados do provimento juiz. Mesmo quando, inicialmente, em Portugal, seu nome era de “despacho regulador do processo” (item número 3 *supra*), a doutrina e a jurisprudência de lá o denominavam de “despacho saneador”, que terminou adotada pelo Código lusitano (nas versões de 1939, 1961 e 1967) e pelo Código brasileiro de 1939. O direito positivo dos dois países prestigiou a terminologia surgida da praxe. José Alberto dos Reis, processualista luso, criticava a denominação antiga, porque “o despacho do artigo 24º não é um despacho meramente regulador; melhor lhe cabe, a nosso ver, a designação do despacho *saneador* ou *expurgador*, visto destinar-se a limpar o processo de questões que podem obstar ao conhecimento de mérito da causa”. Os processualistas brasileiros, porém, desde 1939, sempre optaram pela denominação que se tornara tradicional, não perquirindo, a rigor, o sentido preciso da expressão que se manteve em mais de trinta anos nos dois países.

8. Entretanto, como o despacho saneador apresentava diversas finalidades que não tinham por escopo apenas limpar, expurgar, *sanear* o processo, pois, às vezes, não realizava nenhum desses atos, sempre nos pareceu que melhor fora denominá-lo de *ordenador*. Realmente, seu objetivo sempre foi o de *ordenar o processo*, isso é, pôr o processo em ordem para o julgamento do mérito. Se a ordem consistia em sanear, limpar, expurgar, a atividade, seria saneadora; mas, de qualquer forma, fora posto em ordem. Se, porém, nada havia a sanear, limpar, expurgar, a atividade, mesmo assim, era a de pôr ordem, preparando o processo para ser proferida a

sentença sobre o mérito (denominada, no Código de 1939, de “decisão definitiva”).

9. Outrossim, o *nomen juris* deveria ser *decisão* e, não, despacho. Realmente, o despacho saneador, no regime do Código brasileiro de 1939, encerrava, em muitas ocasiões, verdadeira decisão, com toda sua tipicidade e conseqüências processuais e, até, de direito material. Decisão é termo amplo, que abrange o despacho e a sentença, se bem que o actual Código brasileiro de 1973 conceitue cada provimento separadamente (artigo 162: § 1o. - sentença; § 2o. - decisão interlocutória; § 3o. - despachos). Mas, técnica e doutrinariamente, decisão sempre tem acepção genérica, mesmo quando possa ser usado o termo em sentido restrito em lei. Como *decisão*, o provimento judicial pode ser despacho, decisão interlocutória (ou terminativa no Código de 1939) ou sentença de mérito (ou definitiva no Código de 1939). Como *despacho*, o provimento judicial, tecnicamente, somente pode abranger as chamadas decisões interlocutórias simples, pois, apenas forçando o seu sentido, abarca as demais espécies de decisões.

Como, porém, na maioria dos casos, não existia um só despacho saneador, na técnica do Código de 1939, mas diversos despachos, que, no seu conjunto, se completavam, formando como que um só ato, na sua unidade, chegou a ser sugerida a expressão “fase saneadora”. Era mantido o adjetivo clássico e tradicional, que nós mudaríamos para “ordenadora”, pelos motivos acima expostos. A nomenclatura certa, contudo, para nós, seria de a de “decisão ordenadora”, no regime processual brasileiro, relativo ao Código de 1939-1974.

IV. Forma

10. O “despacho saneador” do Código brasileiro de 1939 era proferido nas ações que (a) seguiam o procedimento ordinário, desde sua propositura (b) ou nas intentadas com procedimento especial, mas que, posteriormente, se transformavam em procedimento ordinário. Aquelas que se iniciavam e prosseguiam sempre com o procedimento especial dispensavam o despacho saneador.

Não havia, rigorosamente, um tipo padrão de despacho saneador, nem a lei anterior indicava seu conteúdo. Enquanto a sentença exigia certas formalidades necessárias, pela sua relevância e pelos seus efeitos diretos sobre o direito material das partes, o despacho saneador, por ser aparentemente mero despacho, não foi contemplado com normas específicas para sua formulação.

11. No regime do Código de 1939, o despacho saneador podia ser *composto*, quando abrangia diversos atos, não se esgotando num só provimento, para determinar várias providências sucessivas. Criava, assim, um estado de expectativa, até ser ultimado, normalmente, com a designação da audiência. E podia *simples*, quando inexistia qualquer providência a ser tomada, porque tudo estava em ordem, marcando-se, desde logo, a audiência de instrumento e julgamento (depoimento pessoal das

partes; ouvida de peritos e de testemunhas, se fosse o caso; debates orais e sentença). Isso acontecia quando não ocorria nenhum problema de ordem processual, a ser sanado, ou quando não houvesse nenhuma preliminar — um ou outra que pudessem obstar o conhecimento do mérito, propriamente dito, ao ser proletada a então já chamada “decisão definitiva”.

12. O juiz, portanto, no sistema de nosso Código revogado, contava com um momento próprio para decidir, *verbi gratia*, sobre a representação das partes (*legitimatío ad processum*); citação de litisconsortes ou do Ministério Público. Visava, assim, à ordem do processo, como forma de seu saneamento.

Regularizado o processo, os autos seriam conclusos ao juiz para, então, proferir o verdadeiro “despacho saneador”, ou seja aquele no qual o juiz deveria decidir qualquer questão que impedisse o prosseguimento do processo por sua natureza (*verbi gratia*, absolvição de instância do réu; declaração de nulidade insanável; decretação da prescrição ou da decadência do direito; reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* do autor; etcetera); ou, na ausência de qualquer vício ou pela repulsa a qualquer questão prejudicial, designar simplesmente a audiência de instrução e julgamento (provas, se necessárias; debates e sentença). O processo, portanto, estaria em condições de atingir a sentença de mérito (antes denominada de decisão definitiva). O juiz se achava em situação normal de julgar procedente ou improcedente o pedido, acolhendo a pretensão do autor ou rechaçando-a, se acolhesse a contestação do réu.

Sempre, porém, que o despacho saneador tivesse de enfrentar questões prejudiciais, quer para agasalhá-las, quer para repeli-las, deveria ser fundamentado, para a devida orientação das partes, sobretudo se pretendessem atacá-lo por via do recurso hábil. A sua concisão seria desaconselhável em tais casos, por um imperativo técnico, ainda que não houvesse dispositivo legal impondo a forma extensa.

13. O despacho saneador, aliás, pelo sistema brasileiro anterior, podia ser *unitário*, isso é, exarado, em uma só oportunidade, e ser *complexo*, ou seja decidir questões fora do âmbito da ordenação processual, ainda que as julgando improcedentes (*verbi gratia*, não acolher a prescrição ou a ilegitimidade *ad-causam*); e podia ser *composto*, isso é, exarado em diversas oportunidades sucessivas, e ser *simplex*, se fosse apenas para ordenar o processo (*verbi gratia* — mandar regularizar a representação do autor menor, não assistido por seu pai ou tutor; determinar a citação de litisconsorte; ordenar a juntada de documento essencial).

V. Finalidades

14. O objetivo do despacho saneador, acolhido pelo Código brasileiro de 1939, era o de atender, precipuamente, à aplicação dos princípios da economia e brevidade processuais e, quiçá, da probidade, conforme a diretriz do seu homônimo lusitano, que nos serviu de modelo. Evitava que vícios, nulidades e questões prejudiciais ficassem medrando no bojo dos

autos, para serem, a final, declarados ou reconhecidos. Tornava-se, assim inútil o dispêndio de tempo, dinheiro, e esforços de todos quantos houvessem interferido no processo. Obstava que as partes interessadas na demora do andamento da causa procurassem criar situações que, ao término, gerassem a nulidade do processo, tudo recomeçando de novo. Concedia ao juiz, como novidade ante a tradição, mais autoridade, agindo de modo mais atuante e eficiente. Com este expurgo, a atenção final do magistrado se concentrava, tanto quanto possível, apenas no julgamento do mérito, solvendo a lide realmente existente entre as partes.

Mas, no despacho saneador, o processo poderia terminar quer a questão solvida fosse meramente formal (*verbi gratia*, nulidade insanável) como prejudicial, afetando indiretamente o mérito (*verbi gratia*, decretação da prescrição, ou reconhecimento da ilegitimidade *ad causam*). Tais fatos, que ensejavam o encerramento do processo, atingindo alguns, até, o próprio mérito, impediam que o juiz, a final, decidisse o próprio conflito de interesses das partes. Se o processo tivesse de continuar, sem a solvência de tais questões, tudo que viesse a ser provado, com gastos enormes e perda de tempo inestimável, redundaria em inutilidade, porque nada seria aproveitada como material para o juiz decidir a causa na sentença. Essa ficaria circunscrita, em última análise, a questões já existentes nos autos, deduzidas e alegadas antes da instrução, e cujo conhecimento o juiz já possuía, sem que nada viesse a influir tudo que se passasse posteriormente para formar a convicção ou fundamentar a sentença. Quer decidindo antes da audiência, como depois de sua realização, a matéria seria a mesma e o mérito não seria atingido em seu fulcro.

Apenas, o mérito, propriamente dito, não podia ser decidido por ocasião do despacho saneador, ao contrário do que ocorria no Código de Portugal.

15. As matérias a serem solucionadas no despacho saneador, como já frisamos (item número 5 *supra*), podiam ser levantadas *ex-officio* pelo juiz, em regra (a prescrição de direito patrimonial lhe era vedada, por exemplo). Tudo que não pertencesse à disponibilidade das partes era permitido que o juiz conhecesse e declarasse *ex-officio* (*verbi gratia*, nulidades, relativas ou absolutas; coisa julgada; objeto imoral ou ilícito). O despacho saneador, portando, era instituído mais no interesse da atividade jurisdicional do que no dos litigantes.

Passada a fase do despacho saneador, dificilmente as partes poderiam suscitar questões pertinentes ao mesmo. Das duas uma: ou não foram argüidas e nem o juiz tinha motivos para sua decisão *ex-officio*, não mais cabendo levantá-las; ou foram argüidas e foram rejeitadas ou, então, expressamente, retardada a solução para a sentença. Com isso, a insídia das partes era prevenida, de modo a não tornar-se o processo ninho de surpresas para o adversário. O autor teria de levantar as questões na inicial e o réu na contestação (ou esse na reconvenção e aquelle na reposta à mesma, equivalendo à contestação).

O despacho saneador, portanto, conforme a natureza intrínseca do julgamento proferido, podia configurar uma decisão terminativa (terminava o processo, mas não julgava o mérito, podendo a ação ser renovada), quando abrangia questões processuais; ou uma decisão definitiva (terminava o processo, e também não julgava o mérito, mas a ação não podia ser renovada); quando abrangia questões prejudiciais. Somente o mérito — procedência ou improcedência do pedido — ficava fora de sua órbita. A carência da ação — pela ilegitimidade *ad causam*; prescrição; decadência; etcetera — podia ser decidida no despacho saneador. A questão porém, era controvertida, embora a maioria dos processualistas e a jurisprudência quase pacífica assim então entendessem.

A grande finalidade do despacho saneador era a de tornar preclusas as questões no mesmo decididas ou, na maioria, as que deveriam ter sido levantadas e não o foram antes de haver sido proferido. Somente as de ordem pública é que não precluam (*verbi gratia*, incompetência absoluta; coisa julgada), quer para as partes, como para o juiz.

VI. O saneamento no Código de 1973

16. A atividade saneadora do juiz, no sistema atual, é bem maior do que no anterior. A fiscalização é mais severa, pois começa, de modo mais evidente, no exame rigoroso da petição inicial (artigo 284); no teor do mandado de citação, para que conste a advertência expressa de que a revelia faz presumir como aceitos pelo réu os fatos articulados pelo autor (artigo 285); etcetera; tanto que foram ampliados os casos de indeferimento daquela peça preambular (artigo 295).

Mas, a função verdadeiramente saneadora, conforme a terminologia que a identifica, surge nos atos que, agora, substituíram o antigo despacho saneador, quais sejam as providências preliminares (livro I, título VIII, capítulo IV, seções I a IV, artigos 324 a 328).

As providências que, antes, eram referidas em um só dispositivo (item número 6 *supra*), hoje se acham desdobradas, de modo mais técnico, em vários, em sequência lógica, além de algumas inovações. Em síntese, tudo visa à preparação do processo para seu julgamento, isso é, para ser extinto (artigo 329) ou para ser decidida a lide (artigo 330 e 331). Esse último julgamento tanto pode ser, normalmente, em audiência (artigo 331) como ser “antecipado” (artigo 330), isso é, antes daquele momento normal, quando as circunstâncias permitirem, “conforme o estado do processo” (epígrafe do capítulo V do mencionado título VIII, livro I).

Após a contestação do réu, se houver reconvenção deste, da resposta do autor como reconvido, poderá (a) ocorrer alguma (ou algumas) das providências preliminares; ou inexistindo (b) o julgamento sem mérito; ou (c) o antecipado da lide; ou, então (d) realizar-se a audiência para o julgamento da lide no instante normal, depois de produzidas as provas orais e feitos os debates.

Nas providências preliminares agora instituídas pelo Código brasileiro de 1973, que se decompõem em vários atos, se efetivam, em última análise, todos os atos que, antes, se situavam no despacho saneador do regime de 1939. O próprio mérito está fora do âmbito das “providências preliminares”. O adjetivo “preliminares” revela que as “providências” antecedem, são prévias, a um determinado ato, qual seja o julgamento da lide, que pode ser sem audiência (antecipado) ou com audiência (como é o normal). Mas, de qualquer maneira, as “providências preliminares” preparam o caminho para o julgamento da causa, quer da lide, como da extinção do processo simplesmente (artigo 329), independentemente do momento em que possa ser proferido (artigo 330 a 334). Limpam o processo, expurgando-o de vícios que afeitariam a sua regularidade, dificultando ou impedindo o julgamento da lide. Se assim não fosse, como já prescrevia o antigo despacho saneador do sistema de 1939, ao ter de proferir a sentença, o juiz teria de mandar suprir irregularidade; decretar nulidade; reconhecer fato extintivo do pedido; etcetera, com a perda evidente de tempo e de esforços com relação a tudo que, inutilmente, fora praticado, sem nenhuma vantagem para o processo e para a própria justiça.

17. Apesar da importância e da relevância das “providências preliminares”, não se tornam sempre indispensáveis ou necessárias a todo e qualquer procedimento. Se um processo não padece de nenhum vício ou no mesmo não se verificar um dos fatos extraordinários que podem ocorrer (*verbi gratia*, pedido de declaração incidental pelo autor em face da defesa do réu, *ex-vi* do artigo 325), então prescindida a efetivação da respectiva medida prevista. O processo irá direto para o julgamento: com extinção (artigo 329) ou da lide, antecipadamente (artigo 330) ou em audiência (artigo 331). Inexistirá uma fase intermediária entre a postulatória (na qual as partes delimitam suas pretensões) e a decisória, podendo esta ser apenas antecedida de uma instrutória (que se desenvolve na própria audiência), conforme as peculiaridades do caso.

No Código de 1939, mesmo que o processo também não contivesse algum vício ou não houvesse nenhuma questão prejudicial a ser solvida, não havia hipótese de ser proferido o julgamento da lide imediatamente: a audiência era ato indispensável, essencial, embora sem provas. Apenas legislação especial posterior passou a permitir o julgamento sem audiência, em determinadas circunstâncias (*verbi gratia*, ação de despejo; ação executiva de cobrança de duplicate; etcetera).

Quer, portanto, no antigo despacho saneador (unitário ou composto; simples ou complexo —item número 13 *supra*), como nas atuais providências preliminares, a missão do juiz, imposta em lei, é proceder a exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da validade dos atos do processo na fase postulatória. Na lição de J. J. Calmon de Passos, o primeiro processualista a comentar o novo Código nesta matéria, “só após esse exame, ele poderá formar ente de razão quanto às providências que

devem ser determinadas ou quanto à desnecessidade de qualquer delas, cumprindo-lhe proferir julgamento conforme o estado de processo”.

18. Passada a triagem pelas providências preliminares (ou porque não foram necessárias ou porque foram realizadas, regularizando o processo), e desde que não foi possível haver o julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 330, o Código de 1973 refere-se ao “saneamento do processo” no artigo 331 (seção III, do capítulo V, do título VIII, do livro I).

Nada mais incorreto e fictício. Realmente, se todos os vícios, por ventura revelados, foram já expurgados nas “providências preliminares”; se o julgamento antecipado da lide não foi possível; e se o chamado “saneamento do processo”, por via de despacho em que cabe ao juiz “declarar saneado o processo” (artigo 331), mais não é do que decidir sobre a realização do exame pericial e designar a audiência de instrução e julgamento (artigo 331, I e II), é evidente que não se trata mais de nenhum “saneamento”.

Se “saneamento” foi necessário, o mesmo já se efetivou por via de uma ou de algumas providências preliminares. O dito despacho estatuído no artigo 331 apenas serve para “declarar saneado o processo” e, não, a rigor, para sancá-lo, isso é, determinar medidas para regularizar o processo. Quando a causa chega para realização de perícia (se necessária) ou designação de audiência (para a produção de prova oral: ouvida dos peritos, se houve a prova; das partes, se requerido ou determinado o depoimento pessoal; e de testemunhas), nada mais há a “sanear”. Desde logo, as partes já sabem que nenhuma outra questão ou matéria poderá ser levantada, discutida, provada e decidida, que não seja a referente ao mérito ou à lide, salvo as de ordem pública, que não tenham sido suscitadas normalmente antes daquele momento, por ignorância, por ocorrência superveniente ou, até, por malícia do interessado (*verbi gratia*, incompetência absoluta; coisa julgada, *ex-vi* do artigo 203 e incisos).

Por conseguinte, o Código atual não deveria ter empregado a expressão “saneamento do processo”, introduzida pela Lei número 5.925, de 10. de outubro de 1973, que o alterou, substituindo a anterior “despacho saneador”, que era a do texto primitivo. Ambas, porém, são injustificáveis, pois, apesar da nomenclatura, nada há mais, no momento de despacho, para sanear, expurgar, limpar, regularizar. Melhor fora que o legislador houvesse mantido uniformidade na terminologia, em sentido lógico: seção II, “Do Julgamento antecipado da lide”; seção III, “Do Julgamento em audiência da lide”. Naquela, não há audiência, por ser dispensável qualquer prova (somente matéria de direito) ou desnecessária prova suplementar por constante dos autos toda a documentação; na última, audiência é indispensável, por precisar da prova oral quanto aos fatos alegados pelas partes.

VII. As providências preliminares (artigo 323)

19. A novidade do Código brasileiro de 1973, no tocante ao saneamento do processo, é de um modo geral, quanto à forma pela qual agora foi regulado o anterior despacho saneador com suas raízes lusitanas. Em que

pese a algumas variantes presentemente, em essência a diéia e a finalidade são as mesmas do regime revogado. A distribuição da matéria é mais técnica do que a antecedente. É na fase “Das providências preliminares” que o saneamento se produz (artigos 323 a 328). Transporta a faixa respectiva —ou por ausência do que deva ser saneado ou porque, se havia, tudo foi regularizado, inclusive com o julgamento de questões prejudiciais—, o processo atinge a situação de ser julgado: extinto (artigo 329); ou, no mérito, por antecipação ou em audiência (artigos 330 e 331). A adoção “das providências preliminares” foi louvável, pois “uma das mais importantes inovações constantes do Código diz respeito à nova estrutura dada ao despacho saneador”, na assertiva de Luís Antônio de Andrade.

Não é, portanto, “o julgamento conforme o estado do processo” que corresponde ao antigo despacho saneador (amplo ou estrito) do Código de 1939, pois aquele ato já pressupõe o saneamento antecedente, se necessário, em situação análoga ao que acontecia anteriormente, quando o julgamento da lide apenas podia realizar-se na audiência. O “julgamento conforme o estado do processo” dependerá apenas da situação da causa: sem julgamento de mérito (artigo 329) ou, com julgamento do mérito, sem audiência (antecipadamente, artigo 330); ou com audiência (normalmente, artigo 331).

20. As “providências preliminares” se apresentam em quatro espécies, sendo impossível todas num só processo. Além disso, estão subordinados à circunstância de haver, ou não, o réu contestado; e, se o fez, qual a natureza de sua defesa (indireta ou direta), como veremos na análise de cada uma delas.

21. Oferecida a contestação pelo réu ou, findando o prazo respectivo, se deixou de ser oferecida, cabe ao escrivão fazer conclusos os autos ao juiz, que “determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste capítulo” (artigo 323). O juiz, porém, nem sempre tem de determinar providências preliminares, pois já é prevista a ressalva : “conforme o caso”. O juiz, portanto, poderá ir direto ao julgamento conforme o estado do processo, em uma de suas modalidades (artigos 329, 330 e 331).

VIII. Do efeito da revelia (artigo 324)

22. Pelo sistema drástico do Código de 1973, normalmente o revel perde a ação, *ex-vi* do artigo 319, que assim dispõe: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Há, porém, as ressalvas do artigo 320, pelas quais

a revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: i. Se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; ii. Se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; iii. Se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato.

Um dos casos de julgamento antecipado da lide é, exatamente, “quando ocorrer a revelia (artigo 319)”, segundo o artigo 330, II. Claro que, inexistindo o efeito da revelia consoante as exceções do artigo 320, acima transcrito, então o julgamento antecipado da lide não é proferido obrigatoriamente com base no mencionado artigo 330, II, podendo verificar-se, contudo, por um dos demais motivos do inciso I do mesmo artigo 330.

A técnica do Código tem sido severamente censurada por seus comentadores como Calmon de Passos (“o revel, no direito brasileiro, deixou de ser um ausente para se tornar um delinquente”); Celso Barbi; Luís Antônio de Andrade; Barbosa Moreira, entre outros. O tema, porém, está fora dos limites deste estudo, não cabendo ser tratado com minúcias de ordem doutrinária. Somente nos compete analisar a questão dentro da área “das providências preliminares”, segundo suas consequências nas medidas a serem tomadas pelo juiz.

23. O artigo 324 estabelece: “Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência”.

Por conseguinte, não basta que o réu não conteste para que o efeito da revelia se produza, gerando o julgamento antecipado da lide, *ex-vi* do citado artigo 330, II. Mesmo sem contestação do réu, desde que incida um dos casos das exceções do artigo 320, não há revelia. É nesta hipótese que tem de ser observada uma providência preliminar ordenada pelo juiz: o autor tem de fazer prova de suas alegações, em audiência. A simples revelia não induz que serão reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, como preceitua o citado artigo 319. Se, porém, o réu não contestar e ocorrer o efeito da revelia, por ausência de qualquer das exceções que o ilidem, não há providência preliminar a ser tomada: deverá ser proferido o julgamento antecipado da lide (artigo 330, II). É claro que, antes de qualquer iniciativa com base na revelia, decorrente da ausência de contestação, o juiz deverá examinar a regularidade da citação, conforme os preceitos expressos e rigorosos do Código, na salvaguarda do direito de defesa. Nem precisa alegação do réu; o juiz deverá decretar a nulidade de ofício, mandando repetir o ato que fora viciado (artigo 245, § único, *comb*, com o artigo 327, segunda parte).

24. Assim sendo, a primeira providência se relaciona com a inércia do réu: (a) não contestou, inexistindo o efeito da revelia por força do artigo 320, ao autor cabe indicar os meios de prova de suas alegações a serem produzidos em audiência (*verbi gratia*, a mulher não contesta ação de nulidade de casamento proposta pelo marido; não há efeito da revelia, por tratar-se de direito indisponível, artigo 320, II); (b) não contestou, existindo o efeito da revelia, deve ser proferido o julgamento antecipado da lide, salvo se, excepcionalmente, o juiz deva declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito (artigo 329), podendo, assim, ser renovado, quando o autor entender conveniente, porque não se opera a coisa julgada

material. Apenas na hipótese a) é que se realiza providência preliminar, intimação do autor para oferecer prova de suas alegações.

25. O dispositivo ora comentado é inovação do Código de 1973 em confronto com o de 1939. A revelia, por si só, não originava, então, a sucumbência do réu, embora diminuíssem as possibilidades de sua vitória. Por isso, não havia regra especial sobre o efeito da revelia, porquanto o autor não estava dispensado de provar suas alegações qualquer que fosse a ação, mormente se baseada em direito indisponível, para evitar a colusão das partes. O efeito draconiano reconhecido pelo Código de 1973 á revelia, como regra geral, é que originou a providência preliminar do artigo 324, para atenuar as consequências.

IX. Da declaração incidente (artigo 325)

26. Este dispositivo tem de ser articulado com o artigo 5o. A ação declaratória se integrou no direito processual brasileiro no artigo 2o. do Código de 1939. Foi mantida no citado artigo 5o. do atual diploma. Mas, no presente, não se trata de ação autônoma e, sim, da que foi provocada pelo autor em face da contestação do réu. E seu julgamento fará coisa julgada material, (artigo 475) o que não acontecia anteriormente com as questões prejudiciais incidentais (*verbi gratia*, A propõe ação de alimentos contra B de quem se diz filho; B, nos mesmos autos, ao contestar o pedido principal de alimentos, nega a paternidade que lhe foi atribuída, A, então, requer ao juiz que profira sentença incidente. O pedido principal — alimentos — fica sendo a questão subordinada; o pedido declaratório — filiação — fica sendo o subordinante. Se a incidente e procedente, isso é, B não é pai de A, os alimentos não são devidos; se a incidental, porém, for improcedente, isso é, B é pai de A, então será discutida a ação de alimentos, para verificar se são devidos; qual o valor, sua duração; etcetera.

27. É uma providência preliminar *sui generis*, também inédita no ordenamento processual brasileiro anterior. Realmente, o juiz, a rigor, não está regularizando o processo, pondo-o em ordem, quer para sanar irregularidades; como para decretar nulidades; ou decidir questões que impedem o conhecimento de mérito. O juiz se limitará a ampliar os limites da controvérsia entre as partes, se provocado pelo autor ante a matéria de contestação do réu. A providência preliminar será no sentido, apenas, de desviar o debate também para outro conflito, cuja decisão fará coisa julgada. Será o processamento de uma ação nova enxertada na principal, com fisionomia, até, de reconvenção. Quanto à ação principal em si mesma, a contestação poderá suscitar outros problemas, que passam a exigir verdadeiras providências preliminares, como as mencionadas nos artigos 326 e 327. A ação declaratória incidental é mera faculdade do autor em provocá-la; se não o fizer, inexistirá coisa julgada material sobre a questão, que permanecerá em aberto, apesar da alegação do réu quanto à relação

jurídica em que se baseia o pedido do autor. A providência é considerada preliminar apenas no sentido de que a solução da questão da incidental influirá no julgamento da ação principal, que se tornou subordinada àquela. Mas, no curso, propriamente, da ação principal, em seus vícios, irregularidades ou fatos obstativos do julgamento do mérito por si mesmos — não há nenhuma providência preliminar. Se a ação principal for isenta de qualquer vício; ou o réu nada opuser que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; ou o réu não alegar nenhuma das matérias do artigo 301, que antecedem a contestação (essa como defesa direta) — não haverá qualquer providência preliminar a ser tomada em relação á mesma, embora, a ação declaratória incidental seja provocada pelo autor. Abriu-se o leque, para abranger matéria que estava fora do pedido, mas no qual poderá influir decisivamente: consolidando-o ou extinguindo-o. Em última análise, a ação declaratória incidental é ampliação do pedido do autor, depois de ajuizada e contestada a ação que ele propôs com outra finalidade. É exceção ao artigo 294 do próprio Código, que assim reza: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe fora lícito fazer, só por ação direta poderá formulá-lo”. Ora, no exemplo proposto (item número 26 *supra*), o pedido do autor era apenas o de alimentos; mediante a contestação, é que ele alterou para a declaração da filiação. Se não o fizesse, poderia ajuizar ação autônoma para discutir o caso se houvesse perdido a de alimentos; assim como o réu poderia mover a ação autônoma negatória da paternidade, embora houvesse perdido a de alimentos.

Não é, portanto, uma ação do réu contra o autor na ação deste contra aquele. O réu se restringe a contestar a ação do autor; esse é que provoca a ação, ampliando seu pedido e, conseqüentemente, o conflito de interesses. No fundo, é uma nova ação ou, pelo menos, uma cumulação de pedidos fora da inicial, como seria o normal. Mas cada pedido pode exigir pressupostos processuais e condições de ação diferentes, assim como duas sentenças, ainda que, formalmente, tudo se passe nos mesmos autos.

28. Por conseguinte, inexistente tecnicamente qualquer providência preliminar quanto à ação principal, pelo simples fato de ser suscitada a ação declaratória incidental pelo autor. Cada uma poderá ter a sua (ou suas) providências preliminar diferente ou igual; ou nenhuma necessitar de qualquer medida prévia.

A colocação da matéria, portanto, foi um pouco forçada embora não prejudique o sistema do Código. Foi dado um sentido extremamente lato à expressão —“providência preliminar”— na inclusão da “declaração incidente” no capítulo IV, formado a seção II.

O assunto não era contemplado no Código de 1939, sendo, assim, estranho aos dispositivos do antigo despacho saneador. Nada havia que se assemelhasse a essa esdrúxula “providência preliminar” ora criada.

X. *Dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido (artigo 326)*

29. Das “providências preliminares”, é a primeira que também aparecia no Código de 1939 quanto ao despacho saneador, ou seja o inciso II do artigo 294 antes transcrito (item número 6 *supra*). Presentemente, o dispositivo é mais extenso e minucioso; mas o sentido é o mesmo em ambos os diplomas.

O artigo 326 assim está redigido: “Se o réu, reconhecendo o fato em que fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de dez (10) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental”. É espécie da chamada “defesa indireta”, com a qual o réu não ataca o pedido formulado pelo autor, mas, por via oblíqua, servindo-se do processo, procurar evitar a solução do conflito de interesses, com o julgamento do mérito. Sem negar o direito do autor, o réu alega fato que possa *impedir* seu reconhecimento presente (*verbi gratia*, acordo prorrogando o vencimento da dívida); *modificar* seu reconhecimento, sem, contudo, obstar totalmente (*verbi gratia*, acordo parcelando a dívida, sendo, então devida apenas uma parte, ou seja a vendida e, não, o total); ou *extinguir* o reconhecimento, embora admitindo que houvera a relação de direito material (*verbi gratia*, prescrição).

Como, de certo modo, é um contra-ataque do réu ao autor, àquele cabe o ônus da prova do fato alegado. Tanto assim é que o autor deverá ser ouvido no prazo de dez (10) dias, para, querendo, responder à arguição do réu, a qual deverá estar contida na própria contestação. Normalmente, os documentos são juntos pelo autor com a inicial e pelo réu com a contestação. Exactamente porque já passar a oportunidade regular para o autor, é que o Código fez a ressalva expressa de ele ainda poder juntar documentos, se for necessário para a prova contra a alegação obstativa do réu. É evidente que a prova não fica circunscrita à documental para ambas as partes: as demais poderão ser produzidas, segundo a natureza dos fatos que o réu alegou e que o autor terá interesses em destruir, como a pericial, testemunhal; etcetera. O ônus da prova do réu quanto a tais fatos é determinado pelo artigo 333, II, atual, equivalente ao artigo 209, § 1o., antigo. Ainda que o autor não responda às alegações do réu, não lhe é aplicável o efeito do artigo 319, que é norma de caráter estrito, referente apenas à revelia do réu, na sua exata posição processual, a qual não é assumida pelo autor, em que pese a uma possível analogia de situação. Por conseguinte, mesmo ante a inércia do autor, ao réu caberá provar qualquer dos fatos obstativos do conhecimento do pedido por via do julgamento do mérito.

30. A “providência preliminar” ocorre, no caso, exatamente, porque se abre um incidente com a ouvida do autor e produção de provas referentes ao fato alegado pelo réu. O juiz, em face da circunstância, não pode passar da fase postulatória (que findou com a contestação do réu; ou,

excepcionalmente, com a resposta do autor à reconvenção do réu) para a fase decisória, configurada, atualmente, “no julgamento conforme o estado do processo” (artigos 329 a 331). Ainda que haja necessidade de audiência para o incidente, com a produção de prova oral (depoimento pessoal das partes; dos peritos, se houver; e de testemunhas), na mesma somente haverá debates e sentença sobre o fato e, não, sobre o pedido. Se o fato argüido pelo réu for acolhido, o juiz julgará extinto o processo, na forma do artigo 329. Poderá simplesmente extinguir o processo *sem* julgamento do mérito (fato impeditivo ou modificativo, que se situa entre as condições da ação, *ex-vi* do artigo 267, VI); ou *com* julgamento do mérito (fato extintivo, porque assim o considera o Código, *ex-vi* do artigo 269, IV: “quando juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”). Se o fato argüido pelo réu não for acolhido, então o juiz proferirá julgamento antecipado da lide (artigo 330; I - questão somente de direito ou de fato já totalmente provada nos autos) ou por necessária, designará audiência para a prova oral, debates e sentença sobre o mérito (artigo 331, I e II).

31. Não reconhecido o fato obstativo alegado pelo réu, caberá agravo de instrumento (artigo 522), porque não se extinguiu o processo por um dos modos previstos: a) *sem* julgamento do mérito, nos casos do artigo 267; b) e *com* julgamento do mérito, nos casos do artigo 269. Há mera decisão interlocutória.

Reconhecido, porém, o fato obstativo alegado pelo réu, caberá apelação (artigo 513), porque se extinguiu o processo, por um dos modos acima referidos, conforme a espécie decidida. Haverá sentença terminativa (artigo 329) ou definitiva (artigo 330 ou 331).

XI. Das alegações do réu (artigo 327)

32. A matéria contida no artigo 326, antes comentado (item número 29 a 31 *supra*), também faz parte das alegações do réu. Apenas aquelas configuram “defesa indireta do mérito”, pois ao mesmo se vinculam. No presente; porém, o Código refere-se à “defesa indireta de rito ou processual”. De modo algum o mérito é afetado, mesmo indiretamente, sendo apenas objeto da contestação ou defesa direta. Entretanto, toda a espécie de defesa —indireta (de mérito ou de rito) e direta (que é específica do mérito)— tem de ser articulada na contestação: as indiretas como preliminares e a direta como de fundo. Apenas ficam fora da contestação, constando de peça separada, suspendendo até o curso do processo, as exceções de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição (artigos 304, 306 e 265, III).

As chamadas “alegações do réu”, mencionadas no artigo 327, se referem às permitidas pelo artigo 301, que devem anteceder à contestação. Mas, se houver também fatos obstativos —ou sejam os relacionados no artigo 326, já comentado (itens números 29 a 31 *supra*)—, os mesmos se deverão situar, na mesma peça, entre as alegações indicadas no artigo 301 e a contestação. Por conseguinte, a ordem da defesa do réu será a

seguinte: a) fatos do artigo 301 (um ou alguns); b) fato obstativo (impeditivo; modificativo ou extintivo); c) contestação diretamente ao pedido.

Eis o teor do artigo 327, que trata "das alegações do réu":

Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no artigo 301, o juiz mandará ouvir a autor no prazo de dez (10) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta (30) dias.

O artigo 301, ao qual se reporta o transcrito, assim estatui:

Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

- I. inexistência ou nulidade da citação;
- II. incompetência absoluta;
- III. inépcia da petição inicial;
- IV. preempção;
- V. litispendência;
- VI. coisa julgada;
- VII. conexão;
- VIII. incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- IX. compromisso arbitral;
- X. carência de ação;
- XI. falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

§ 1o. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2o. Uma ação é idêntica, a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3o. Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

§ 4o. Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Toda a matéria, pois, diz respeito com a estrutura e com a forma do processo. São vícios que o maculam. Se puderem ser sanados, o juiz deverá ordenar neste sentido, cabendo providenciar a parte, em prazo não superior a trinta (30) dias. Se, porém, a matéria tiver de ser decidida a favor do réu, acolhendo uma ou alguma de suas alegações, (como o reconhecimento da coisa julgada ou da carência de ação), ou se houver nulidade insanável, o juiz deverá proferir sentença, extinguindo o processo (artigo 267), contra a qual, como já vimos, caberá apelação (artigo 513). Ocorrerá um caso "do julgamento conforme o estado do processo" (artigo 329), embora sem decidir o mérito.

33. A "providência preliminar", portanto, ou (a) limpa o processo de vícios, que o afetam, por infringirem a regularidade do processo (pressu-

postos processuais e condições da ação); ou (b) provoca o julgamento conforme o estado do processo, extinguindo-o. Na primeira hipótese (a), prepara-o para o julgamento do mérito: a) antecipado, se assim as circunstâncias permitirem (artigo 330); b) em audiência, se assim exigirem os fatos a serem ainda provados (artigo 331). Na segunda (b), suscita sua terminação anômala (o mérito deixou de ser decidido, ficando *in albis*, artigo 329).

É, exatamente, “providência preliminar” em relação ao julgamento do mérito: ou impede-o ou abre caminho para sua solução.

A matéria, no Código anterior, estava prevista, em parte, no artigo 294, iv, antes transcrito (item número 6 *supra*).

XII. Finalidades das providências preliminares (artigo 328)

34. Adotando, em essência, a técnica e os objetivos do despacho saneador consagrado pelo Código de 1939, por inspiração portuguesa, o diploma de 1973 também criou uma fase (não mais um despacho) que, se necessária, se interpõe entre a fase postulatória (inicial e contestação; e, excepcionalmente, reconvenção do réu e resposta do autor) e a fase decisória. Normalmente, o processo somente precisa da fase postulatória e da decisória, podendo ser esta *simplex* (julgamento extinguindo o processo ou julgamento antecipado da lide) ou *complexa* (julgamento da lide em audiência, após prova e debates). A fase intermediária, configurada nas “providências preliminares”, poderá, ou não, existir, dependendo das circunstâncias: determinação do juiz para o autor produzir prova, apesar da revelia do réu, por não operar-se seu efeito (artigo 324); provocação do autor à declaração incidente pelo juiz, em face da contestação do réu (artigo 325); ouvida do autor e processamento do incidente, se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido (artigo 326); ouvida do autor sobre matéria do artigo 301 alegada pelo réu e decisão respectiva, podendo o juiz agir de ofício, mesmo sem arguição do réu (artigo 327).

Por isso, o artigo 328 prescreve: “Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidades delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo observando o que dispõe o capítulo seguinte”.

Pelo mesmo, verifica-se que ou há “providência preliminar”, e a mesma deve ser cumprida; ou não há e, então, o juiz proferirá o julgamento conforme o estado do processo. O Código, no capítulo III, regula a atitude do juiz, consoante o caso exija a modalidade de julgamento: extinção do processo; julgamento antecipado da lide ou julgamento da lide em audiência.

A essa última situação, é que o Código denomina, erradamente, de “saneamento do processo” (item número 18 *supra*), pois não é para ser procedido a saneamento algum e, sim, apenas para declarar que o processo se acha saneado, fato já passado, ocorrido, consumado, nada dependendo no futuro.

35. Os objetivos, portanto, das providências preliminares, são, em substância, os do antigo despacho saneador. É fim ético e de profunda significação para a luta judiciária. Permitem- que, limpo o processo, o juiz, a final, enfrente, verdadeiramente, o problema que é o alvo das partes ante o conflito de interesses surgido entre ambos: o julgamento do mérito. O resto deverá ficar à margem, sem criar obstáculo àquele desideratum, que é o único, a rigor, do próprio processo. As circunstâncias poderão impedir que este objetivo seja atingido normalmente. Mas, nem por isso, devem perturbar sua consecução, quer sejam resolvidas antes, como até, que haja solução que não permita chegar ao mérito. Quando o momento propício e regular, porém, se apresentar, expurgado o processo de vícios e de irregularidades, que o juiz julgue procedente ou improcedente o pedido, como a suma aspiração da justiça. Tudo mais será mero acidente, ainda que a questão seja de tal monta que influa no conhecimento do mérito. É uma solução, porém, de ordem prática, até necessário mas, nunca, a de realizar o verdadeiro ideal da justiça, que é “dar a cada um o que é seu”, somente atingido com a sentença de mérito.

XIII. Conclusão

36. Procuramos fazer rápida e sintética resenha da aplicação (ainda recente neste seis meses de vigência do Código) das “providências preliminares” no novo direito processual brasileiro. Com isso, poderemos despertar a curiosidade e o interesse dos legisladores e dos processualistas estrangeiros para sua criação e sua extensão em outros ordenamentos. Quanto ao despacho saneador —antecedente, em essência, das atuais “providências preliminares” brasileiras— tivemos uma experiência por 34 anos. Cada vez foi mais aperfeiçoado, ao suscitar estudos que esbatiam suas dúvidas e o aprimoravam, sempre seguindo a linha lusitana, que lhe serviu de fonte direta. Dificilmente um instituto se apresentará como o despacho saneador luso-brasileiro: somente ofereceu virtudes, sem ter revelado nenhum mal por menor que fosse. Integrou-se seu sistema de modo tão profundo no regime luso-brasileiro que se tornou irreversível, ainda que mudado o nome ou regulado de maneira diferente do ponto de vista extrínseco, como acontece agora em nosso Código de 1973. Apenas a ação declaratória incidente (artigo 325) poderá provocar reações, no sentido de tumultuar o processo, acimada de ser, quem sabe, motivo de chicana da parte interessada em procrastinar o fim da demanda. Mas tal óbice deverá ser contornado pela jurisprudência, que se firmar sobre o tema, e por novas investigações doutrinárias.

Uma das inovações do Código de 1973 foi, sem dúvida, a de permitir que, após o prazo da contestação, o processo seja julgado imediatamente, se não exigir prova oral em audiência (artigo 330, I e II), como era da tradição portuguesa, mas não adotado pelo sistema do Código brasileiro de 1939. Depois da contestação (ou mesmo sem ela), sempre existia, entre nós, o despacho saneador, ao menos para marcar somente a audiência,

salvo em casos regidos por legislação especial. O mérito não podia ser decidido no momento reservado ao despacho saneador, em que pesasse a algumas opiniões valiosas contrárias, na época. Hoje, no instante em que, anteriormente, cabia o despacho saneador, após a contestação, se abre a fase das providências preliminares, a qual substituiu aquele provimento, mas cujas medidas somente serão cumpridas quando for necessário (artigo 328).

37. Tanto o antigo despacho saneador como as atuais providências preliminares, ambos os institutos visam a realizar um dos postulados da luta forense para atingir o ideal de justiça: o mínimo de formalismo para não empecer o desfecho da causa no seu mérito. Desde que o sacrifício da defesa das partes não ocorra substancialmente, a justiça deverá manifestar-se através de deliberações judiciais com o máximo de brevidade, simplicidade e economia.

38. Somente assim a justiça concretizará sua alta missão, tornando-se instrumento de paz social e de confiança para os indivíduos que acodem aos pretórios, sempre guiados pela esperança de que, no seu seio, encontrarão o amparo para resguardar incólume a efetivação de seus direitos. Mas para alcançar esse *desideratum*, a civilização criou o processo, que, no elegante conceito de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “será dentro de sus imperfecciones humanas, el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres”.¹

BIBLIOGRAFIA ESPECIALMENTE CONSULTADA

(Pela Ordem Alfabética dos Autores)

I — CÓDIGO DE 1939-1974

- Arruda Alvin, José Manoel, *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1972, vol. II.
- Assis, Jacy de, *Despacho Saneador*, Uberlândia, 1953; e *Do Sancamento do Processo*, São Paulo, 1962.
- Barbosa Moreira, José Carlos, *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1971.
- Buzaid, Alfredo, “Despacho Saneador”, in *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1960, vol. I e II.
- Costa, Alfredo Araújo Lopes Da, *Direito Processual Civil*, 1a. ed., Rio de Janeiro, 1946, vol. II.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a. ed. (póstuma), Buenos Aires, 1958.
- Cunha, Oscar da, “Despacho Saneador”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1945, vol. 101, pp. 262 a 267.
- Gusmão, Sady Cardoso de, “Despacho Saneador”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, sem data, vol. 15.
- Lacerda, Galeno V., *Despacho Saneador*, Porto Alegre, 1953.

¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México 1970, p. 239.

- Liebman, Enrico Tulio, "O Despacho Saneador e Julgamento do Mérito", in *Estudios Sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 1947.
- Lima, Alcides de Mendonça, "O Despacho Saneador no Código de Processo Civil Brasileiro", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1964, vol. 205, pp. 31 a 37; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1964, vol. 43, pp. 7 a 19; *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1963, vol. 64, pp. 3 a 15.
- Marques, José Frederico, *Instituições do Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1959, vol. III.
- Martins, Pedro Batista, *Comentários ao Código do Processo Civil*, 2a. ed., Rio de Janeiro, 1960, vol. III, tomo II.
- Miranda, Pontes de, *Comentários ao Código do Processo Civil*, 2a. ed., Rio de Janeiro, 1960, tomo IV.
- Neto, Martinho Garcês, "Despacho Saneador - Aplicações e Deturpações", in *Revista Forense*, 1945, vol. 101, pp. 442 a 450.
- Reis, José Alberto Dos, *Breve Estudo Sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, 2a. ed. Coimbra, 1929; *Código de Processo Civil Anotado* (português), Coimbra, 1950, vol. III.
- Rezende Filho, Gabriel J. Rodrigues de, *Curso de Direito Processual Civil*, 3a. ed. São Paulo, 1952.
- Rosa, Eliézer, "Alguns Aspectos do Despacho Saneador", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1947, vol. III, pp. 332 a 335; *Dicionário de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1957.
- Santos, J. M. Carvalho Dos, *Código de Processo Civil Interpretado*, 1a. ed., Rio de Janeiro, 1940, vol. IV.
- Santos, Moacyr Amaral, *Direito Processual Civil*, 3a. ed., São Paulo, 1970.

II — *CÓDIGO DE 1973* (em vigor a partir de 1o. de janeiro de 1974; as obras são as lançadas até junho de 1974, quando este estudo foi remetido para ser publicado).

- Andrade, Luís Antônio de, *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1974.
- Barbi, Celso, Conferência sobre "Processo de Conhecimento de Primeiro Grau" no "Instituto dos Advogados Brasileiros", na *Revista da Entidade*, Rio de Janeiro, 1973, núm. 31.
- Barbosa Moreira, José Carlos, "Antecedentes da Reforma Processual e Sistemática do Novo Código de Processo Civil", em *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1971.
- Calmon de Passos, José Joaquim, "Comentários ao Código de Processo Civil", *Forense*, Rio de Janeiro, 1974, 3o. vol.
- Miranda, Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1974, vols. 1o., 2o. e 3o.