

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Livre-Docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Professor Associado nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Vice-Presidente do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Advogado.

Ricardo de Carvalho Aprigliano

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco USP. Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. Secretário-Geral da Revista Brasileira de Arbitragem – RBA. Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado.

COORDENADORES

Paulo Henrique dos Santos Lucon
Ricardo de Carvalho Aprigliano
João Paulo Hecker da Silva
Ronaldo Vasconcelos
André Orthmann

PROCESSO EM JORNADAS

XI JORNADAS BRASILEIRAS DE DIREITO PROCESSUAL
XXV JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL



2016

Juízo positivo de admissibilidade da demanda, primazia do julgamento de mérito e eficácia preclusiva da decisão de saneamento e organização do processo

Suzana Santi Cremasco¹
Miguel Marzineti²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O panorama atual do processo civil brasileiro, assumindo-se como referencial a Lei Federal n.º 13.105/2015, tem como pilar fundamental a evidenciação de valores decorrentes da ideia de processo justo, ideia esta delineada na Constituição da República de 1988. Tal evidenciação implica, pelo seu mais fácil reconhecimento e pela impossibilidade de tentar esvaziar hermeneuticamente a ideia de processo justo, na valorização de parâmetros interpretativos que se fazem indispensáveis nos estudos do sistema processual.

Os parâmetros interpretativos do novo processo civil brasileiro, ainda que pudessem ser utilizados anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, somente agora têm sido objeto de ampla consideração. Neste novo cenário que se estabelece, é capital revisar temas muitas vezes relegados ao tratamento de pouca importância ou à circunstância de inexistência de uma aferição mais atenciosa de sua importância para o processo civil e seus fins.

Diante disso é que se propõe a revisitação da temática do juízo positivo de admissibilidade da demanda, destacadamente sob a ótica da primazia do julgamento de mérito. A revisitação, que é o objeto do presente estudo, tem foco especial no momento processual inserido na estruturação procedimental do procedimento comum do NCPC, que é a decisão de saneamento e organização do processo.

A partir da premissa assumida, que é a primazia do julgamento de mérito no processo, tenta-se constituir um conceito de estabilização formal da demanda, que não só se revelaria

1. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Processual pela UFMG. Professora Assistente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Professora Coordenadora do Núcleo de Estudos em Processo (NEPro) da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sócia do escritório Cremasco, Dilly Patrus, Peixoto, Leão Advogados. E-mail: suzana.cremasco@gmail.com.
2. Mestrando em Teoria do Direito no Programa de Pós-Graduação da PUC/Minas. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Sócio do escritório Marzineti, Mendonça, Bedetti Mayrink & Gontijo Advogados Associados. E-mail: m.marzineti@gmail.com.

como elemento fortalecedor da premissa adotada, mas também teria implicações significativas quanto à possibilidade ou impossibilidade de rediscussão das matérias já decididas e que caracterizem um juízo de admissibilidade da demanda, ainda que de ordem pública.

2. NORMAS FUNDAMENTAIS E A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

O texto legislativo que instituiu o Código de Processo Civil de 2015 possui em seus artigos iniciais um rol de diretrizes e balizamentos ou, noutras palavras, “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”³.

É através destas diretrizes e balizamentos que se tem o parâmetro adequado para compreensão da lei processual, devendo a norma processual, fruto da interpretação, refletir uma adequação sistêmica e, mais que isso, sempre nutrir e fortalecer os valores que são fundantes e fundados pelas normas fundamentais do ordenamento processual.

No rol de normas processuais fundamentais está aquela que é usualmente denominada de primazia de julgamento de mérito, a partir da qual se delineia um cenário ideal de “máximo aproveitamento da atividade processual”⁴ com os fins de se atingir a efetiva solução da controvérsia posta à apreciação da jurisdição estatal, trazendo de forma definitiva para o sistema processual a noção de que o processo é instrumento de solução de litígios e, como tal, deve se preocupar em ter a sua atividade canalizada para um resultado que proporcione o enfrentamento e o julgamento do mérito da controvérsia existente entre as partes.

Se se assume a primazia de julgamento de mérito como parâmetro para compreensão do processo civil brasileiro com a entrada em vigor do Novo Código de Ritos, restam prejudicadas em grande parte as opções interpretativas que tendem à prevalência do uso de critérios de forma processual para pôr fim ao processo sem a resolução meritória.

Nesta perspectiva, importante salientar que, paralelamente ao prejuízo destas opções interpretativas, encontra-se espaço privilegiado para interpretações voltadas à garantia de um processo adequado sob a perspectiva temporal, ou seja, que tenha duração razoável. Isso porque há direta relação entre o julgamento efetivo do mérito, posto em destaque por sua primazia, e a tempestividade da atuação jurisdicional. Mais precisamente, assegura-se, “sob esse prisma, a prestação jurisdicional sem dilações indevidas”⁵. É inclusive a disposição expressa do artigo 4º do NCPC.

Deve-se, pois, para além de compreender o processo, através de suas normas fundamentais, como um sistema direcionado primordialmente à solução do mérito, compreendê-lo de modo a permitir a tutela efetiva dos direitos sem que o próprio processo seja utilizado com fins de retardar ou inviabilizar esta tutela pelo Estado.

Esta compreensão possui relevância para atuação das partes e do próprio Estado, os quais, já que inseridos num panorama de processo cooperativo, devem buscar uma constante estabilização formal do processo, manifestando-se prontamente quanto à existência de questões processuais potencialmente inviabilizadoras da decisão de mérito e, nesta linha, o Estado-Juiz decidir prontamente acerca destas mesmas questões.

3. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015, p. 167.
4. THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142.
5. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

As decisões do órgão jurisdicional que apreciam questões formais que, de algum modo, inviabilizariam a apreciação de mérito caracterizam um juízo de admissibilidade da demanda. Na estruturação procedimental proposta pelo legislador no procedimento comum, tem-se uma necessária concentração deste juízo, viabilizador ou inviabilizador do julgamento de mérito, na denominada decisão de saneamento e organização do processo.

3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA NA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O processo de conhecimento, ou a fase de conhecimento do procedimento comum, possui um sequenciamento lógico que permite uma divisão de sua estrutura em fases que são caracterizadas pela predominância dos atos que nelas são praticados. Inicia-se o arco procedimental com a fase postulatória, seguida da fase de saneamento e organização, que é sucedida pela fase probatória, estando ao fim a fase decisória.

A decisão de saneamento, regulada no artigo 357 do NCPC, tem conteúdo amplo e apropriado à preparação do processo para a instrução e o enfrentamento de mérito. Daí porque sua posição topológica anterior à fase probatória e decisória e a preocupação do legislador em delinear o mais possível o seu conteúdo, nos seguintes termos:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Pela redação do dispositivo legal e seu arranjo lógico é possível depreender que o saneamento e a organização processual visam garantir a higidez formal do processo para que o juiz o prepare de modo otimizado com os fins de resolução do mérito. De tal sorte é um momento fundamental do processo que se pauta pela busca da tutela efetiva do direito.

O primeiro inciso do artigo transcrito aponta para a necessidade de resolução das questões processuais pendentes, caso ainda existentes. Isso porque tanto quando do recebimento da petição inicial, quanto na transição da fase postulatória para a fase saneadora, quando das providências preliminares, cumpre ao magistrado já realizar um juízo de admissibilidade da demanda. Pode ser que inexista, portanto, quando da decisão de saneamento, questões processuais pendentes, na medida em que tenham sido todas solucionadas anteriormente.

Contudo, diante da organização processual que será levada a cabo, cumpre ao magistrado averiguar novamente a aptidão do processo para que nele seja proferida sentença tutelando efetivamente o direito postulado, sob pena de se dar seguimento à prática de atos processuais probatórios e decisórios posteriores que não resultarão em sentença definitiva, mas terminativa, incorrendo em dispêndio temporal e material desnecessário.

Naturalmente, conforme se dá no curso do processo, a decisão tomada neste momento do processo acerca das questões processuais que não constituam matéria de ordem pública e, especialmente, as definições acerca da organização do *thema probandum* vinculam as partes e o magistrado, possuindo eficácia preclusiva. Seja pela não manifestação das partes no prazo previsto no artigo 357, §1º; seja porque foi realizado acordo processual de saneamento e organização que tenha sido homologado pelo magistrado; seja porque ocorreu audiência em que se saneou e organizou o processo de modo compartilhado, sem oposição de qualquer das partes, a afirmação de que há vinculação das partes e do juiz às questões que não constituam matéria de ordem pública é verdadeira.

Ademais, é importante salientar que a realização do saneamento e organização do processo tem caráter obrigatório, não podendo o magistrado permitir que o processo ingresse na fase probatória sem proferir decisão nos termos do artigo 357. “Não pode mais o juiz relegar questões formais ou preliminares, como os pressupostos processuais e as condições da ação, para exame na sentença final”⁶, como ordinariamente se via ocorrer na vigência do Código de Processo Civil de 1973, no qual o exame desses temas era relegado para a sentença, em que pese haver disposição expressa no sentido de que, ao proferir o saneador, o juiz deveria decidir as questões processuais pendentes. Veja-se:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

6. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 828-829.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanar o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Pela leitura do texto legal que determinava o saneamento do processo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é patente que menos atenção lhe foi atribuída pelo legislador quando comparado ao Código de Processo Civil de 2015. Com acerto agiu o legislador do novo Código ao explanar de modo analítico aquilo que deve ser o parâmetro mínimo de cuidado do magistrado para com a higidez formal e para com a organização do processo.

Permitir que o processo ingresse na fase probatória sem assegurar que ele esteja apto e otimizado para tanto ou, mais gravemente, permitir este ingresso sem apreciação de questões formais que potencialmente possam impedir a prolação de sentença de mérito é violar os limites hermenêuticos impostos pelas normas fundamentais garantidoras do processo justo - inclusive aquelas previstas na Constituição de 1988 - que, conforme já mencionado, não suporta dilatações indevidas.

Dada sua obrigatoriedade e havendo comando legal para que se assegure a habilitação formal do processo, conclui-se que a decisão de saneamento que permite o prosseguimento do processo caracteriza um juízo positivo de admissibilidade da demanda ou, mais que isso, uma reiteração deste juízo positivo de admissibilidade, posto que sua realização ocorre também quando das providências preliminares e, ainda, mesmo que em caráter precário, quando do recebimento da petição inicial pelo juiz.

Esta conclusão, porém, por si só, não é capaz de delinear com clareza a extensão e a força dos efeitos deste juízo de admissibilidade. Restaria aos órgãos jurisdicionais, em qualquer tempo do processo, em qualquer grau de jurisdição, ainda que *ex officio*, até mesmo de forma contrária à manifestação das partes, rejeitar o juízo positivo de admissibilidade e extinguir o processo com fundamento em critério formais classificados como de ordem pública.

A existência da possibilidade de que se ignore, de ofício, o juízo positivo de admissibilidade conflita diretamente, numa análise primeira, com a previsão de que há primazia do julgamento de mérito. Torna-se necessária, portanto, uma apreciação mais cuidadosa.

4. JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA, QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E PRECLUSÃO: A ESTABILIZAÇÃO FORMAL DO PROCESSO COMO EFETIVAÇÃO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

Já se mencionou a finalidade e a importância que possui a decisão de saneamento e organização do processo na estrutura procedimental prevista pelo legislador processual brasileiro da atualidade. Contudo, para melhor aclarar a função desempenhada por esta decisão cumpre realizar uma exposição do tratamento dado pela doutrina nacional.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, pouca relevância se atribuiu ao saneamento e à organização do processo se comparada à relevância que possui a questão

no NCPC. Entretanto, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, havia previsão legislativa da necessidade de que o magistrado cuidasse detidamente da higidez formal do processo e de sua organização de modo bastante amplo, o que se dava por imposição do artigo 294 deste diploma processual, nos seguintes termos:

Art. 294. No despacho saneador, o juiz: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). 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; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). 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 se lhe opuser, extintivo do pedido; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). III, examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). IV, repronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará, suprir as sanáveis bem como as irregularidades; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946). 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 haja feito, e indicando o terceiro desempassador, como prescreve o art. 129. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946).

O conteúdo decisório do então denominado despacho saneador era, conforme se percebe, bem mais próximo da redação atual do aquele mencionado no Código Buzaid. Visava, de modo amplo, numa perspectiva dos atos já praticados, verificar a regularidade formal do processo e decidir acerca da possibilidade de prosseguimento da demanda. Ademais, numa perspectiva dos atos que seriam praticados posteriormente, visava permitir sua melhor organização.

Liebman destacava a relevância da decisão de saneamento, apontando inclusive que a eficiência do processo depende de sua correta prolação:

Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia, senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da depuração, do saneamento do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo. [...] O legislador pôs à disposição do juiz um instrumento dos mais eficazes para separar o exame de todas as questões processuais do conhecimento do mérito e para colocar a fase principal do processo sobre bases sólidas e firmes. Não é exagero dizer que da boa utilização deste instrumento depende em grande parte o eficiente funcionamento do processo civil.⁷

Se num contexto em que a primazia de julgamento de mérito não era tomada como cânone hermenêutico do sistema processual já se afirmava que a prolação do saneador gerava significativos reflexos na efetividade do processo, maior peso deve ser atribuído a tal conclusão quando considerada no panorama do Código de Processo Civil de 2015.

7. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 74.

É visível, portanto, que desde Código de 1939, a doutrina processual alertava para os perigos da não realização do saneamento, dos perigos de reconhecimento de nulidades processuais após o transcurso integral das fases do processo, dos perigos de se reconhecer tardiamente a ausência de algum requisito formal que resultasse em um juízo negativo de admissibilidade da demanda. E, de fato, não restam dúvidas quanto à nocividade destas possíveis circunstâncias ao processo, especialmente naquilo que diz respeito ao desperdício de tempo e recursos com uma marcha processual que, ao final, se revelará absolutamente estéril.

Contudo, mesmo diante da evidência da nocividade, especialmente na vigência do Código de 1973, sempre se admitiu amplamente, em caráter paradoxal, que, já tendo sido realizado um juízo positivo de admissibilidade do processo, os órgãos jurisdicionais, inclusive aquele que o realizou, revertssem tal juízo independentemente de requerimento das partes ou, também, quando houvesse manifestação extemporânea de qualquer delas.

Decidia-se questão que, em um cenário ideal, já havia sido decidida expressamente ou, ainda, num cenário onde o órgão jurisdicional não tenha sido suficientemente cauteloso na ampla análise da admissibilidade da demanda, esta era pressuposta pela tão-só opção do magistrado em prolatar decisão de mérito⁸.

O paradoxo se torna mais evidente na medida em que, já tendo havido juízo positivo de admissibilidade da demanda, se aceita a reversão *ex officio* para a declaração de um juízo negativo ou, ainda, se admite a reversão através de manifestação explicitamente extemporânea da parte que alega inexistir algum elemento formal necessário à admissão da demanda, mas não se admite a reversão *ex officio* ou a requerimento extemporâneo da parte diante de um juízo negativo de admissibilidade.

Em síntese, o juízo positivo de admissibilidade da demanda não se sujeita à preclusão e se enquadra no critério de questão de ordem pública arguível em qualquer tempo ou grau de jurisdição; o juízo negativo de admissibilidade, que inevitavelmente tem por objeto as mesmas matérias, se sujeita à preclusão e não se enquadra no critério de questão de ordem pública arguível em qualquer grau ou tempo de jurisdição.

Se este paradoxo, por si só, já justificaria uma alteração da postura dos órgãos jurisdicionais, a necessidade de alteração de postura ganhou ainda mais força quando estabelecido o pressuposto da primazia de julgamento de mérito. Se o que se busca é o julgamento de mérito, com a efetiva solução do conflito de interesses havido entre as partes, se o modelo

8. Neste sentido, decisão prolatada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1444360/SE, de relatoria do Ministro Humberto Martins, havendo destaque na ementa para a circunstância de ser a jurisprudência pacífica da corte: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. DEVIDO ENFRENTAMENTO DA TESE. NECESSIDADE. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS. 1. O acórdão recorrido incorreu em efetiva violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pois o ente estadual suscitou omissão atinente à ausência de interesse de agir do contribuinte, visto que este teria aderido a programa de parcelamento. 2. O Tribunal deixou de analisar o tema suscitado por entender que a matéria estaria preclusa, pois configuraria inovação recursal vedada pelo princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. 3. Contudo, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a matéria relativa às condições da ação - legitimidade, interesse processual (interesse de agir) e possibilidade jurídica do pedido -, por configurarem matéria de ordem pública, comportam apreciação a qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando, portanto, sujeitas à preclusão. 4. Outrossim, o amplo efeito devolutivo da remessa necessária mitiga o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, uma vez que não limita o conhecimento do Tribunal a quo à matéria efetivamente impugnada no recurso de apelação pelo ente público. Agravo regimental improvido.

de processo é cooperativo, não se justifica que o encaminhamento do processo à resolução do mérito esteja em posição de vulnerabilidade.

O paradoxo pode, ainda, se tornar mais grave. Cogita-se um processo hipotético, num panorama possível em circunstâncias reais. Neste processo hipotético, ultrapassada a fase postulatória, o magistrado toma as providências preliminares e realiza um juízo positivo de admissibilidade da demanda e reconhece a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito. Este julgamento antecipado é concretizado em relação a um dos pedidos cumulados, sendo que a parte sucumbente neste pedido não interpõe o recurso cabível. Há, no caso, formação de coisa julgada material pela decisão de mérito tomada em sede de cognição exauriente.

Indiscutivelmente, ainda que o órgão jurisdicional não tenha se manifestado, na decisão que resolve as providências preliminares, acerca de todos os pontos atinentes à admissibilidade do processo, é pressuposto que ele as tenha ultrapassado (e, por conseguinte, as admitido) ao optar pela prolação de decisão antecipada parcial de mérito.

Neste mesmo processo hipotético há confirmação do juízo positivo de admissibilidade em caráter compartilhado, na forma do artigo 357, §3º, sem manifestação contrária das partes. Prossegue-se para a fase postulatória e, após, o magistrado prola sentença de mérito. Visando impugnar a sentença, a parte sucumbente interpõe recurso de apelação para o tribunal. Distribuído o recurso, o relator intima as partes para se manifestarem acerca de possível ilegitimidade passiva do réu e, vencido o prazo de manifestação, declara a ilegitimidade passiva e extingue o processo sem resolução de mérito.

Haveria, nesta hipótese, uma terceira via possível para o paradoxo apresentado. O juízo positivo de admissibilidade seria válido para a decisão antecipada parcial de mérito já transitada em julgado, todavia seria inválido em relação aos demais pedidos diante da não atribuição de eficácia preclusiva ao juízo positivo de admissibilidade que foi revertido pelo tribunal.

Se há o paradoxo, resta solucioná-lo e, há basicamente, para tanto, duas soluções. A primeira seria a retirada da eficácia preclusiva do juízo negativo de admissibilidade da demanda; a segunda seria a atribuição de eficácia preclusiva ao juízo positivo da demanda.

Atribuir eficácia preclusiva ao juízo positivo de admissibilidade da demanda é solução que reconhece a relevância da primazia de julgamento de mérito e respeita os limites hermenêuticos impostos pelas normas fundamentais do processo civil brasileiro.

Poder-se-ia argumentar, com os fins de rejeitar a atribuição de eficácia preclusiva ao juízo positivo de admissibilidade da demanda, o caráter teratológico de uma decisão de mérito prolatada contra parte ilegítima, em desrespeito à coisa julgada ou em qualquer circunstância que possua uma suposta gravidade similar.

Suponha-se a primeira hipótese, relativa à ilegitimidade passiva. Sustentar-se-ia a teratologia nos casos em que, no curso do processo, haja realização de juízo positivo de admissibilidade que supere tal questão e, logo, inviabilize a sua declaração posterior se identificada pelos órgãos jurisdicionais ou, também, se apontada extemporaneamente por alguma das partes, em clara violação ao dever colaborativo imposto pela lei processual.

Este argumento, entretanto, partiria de uma situação excepcional para amparar a manutenção de uma regra geral adotada pelos tribunais que é claramente incompatível com as diretrizes e balizamentos do processo justo. Daí porque se faz premente o deslocamento da compreensão acerca do juízo positivo de admissibilidade da demanda para o interior dos

limites hermenêuticos impostos pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015, especialmente a norma da qual erige a primazia de julgamento de mérito.

Esse deslocamento necessita ser seguido da elaboração de um novo conceito que aqui é proposto, qual seja, o de estabilização formal da demanda. A prática de atos processuais no modelo processual cooperativo deve sempre tender à estabilização da demanda com os fins de se atingir o julgamento de mérito.

Para o esclarecimento de tal ideia, algumas das lições produzidas por processualistas na vigência do Código de 1939 podem servir de referencial. Veja-se o ensinamento de Pontes de Miranda:

COISA JULGADA FORMAL E DESPACHO SANEADOR. – Uma das maiores consequências do art. 294 é a de que, a respeito de todas as matérias apontadas no enunciado (para essa conclusão só interpretável como taxativo), a falta do pronunciamento do juiz, seguida de inação dos interessados (que, por exemplo, não agravam no auto do processo, art. 851, IV), tem força de preclusão; o despacho saneador – negativo, ainda que pelo silêncio – produz coisa julgada formal.⁹

Com as mesmas conclusões, ainda mais incisivamente, Milhomens:

A função saneadora desse despacho consiste necessariamente na decisão das questões duvidosas acerca da regularidade da instauração do processo. Sanear o processo quer dizer justamente limpá-lo de dúvidas. O art. 294 do Código indica as questões que o juiz deve decidir ao proferir o despacho saneador. Ora, acontece muitas vezes que o juiz não decide expressamente no despacho saneador muitas questões indicadas no art. 294. Declara saneado o processo, deixando de fazer menção especial à questão da legitimidade das partes, ou à questão da regularidade dos atos processuais até aquele momento realizados. Podemos perguntar: neste caso, essas questões não expressamente decididas, mas que são questões prévias no saneamento do processo, devem ou não serem consideradas decididas implicitamente se o despacho saneador não é recorrido? A preclusão abrangerá também essas questões não expressamente decididas, mas que deveriam ser, para ser proferido o despacho saneador? A resposta é afirmativa.¹⁰

Há na lição dos processualistas do Código de 1939, de maneira cristalina, defesa do posicionamento que sustenta a existência de força preclusiva da decisão de saneamento, inclusive naquilo em que a decisão de saneamento não decidir explicitamente.

Tal concepção se aproxima de uma visão de processo adequada aos limites hermenêuticos estabelecidos pela primazia de julgamento de mérito, o que reforça a necessidade de um repensar mais profundo da questão exposta. De tal sorte que a estabilização proposta – estabilização formal do processo – deve operar para as partes e para os órgãos jurisdicionais, abrangendo especialmente as matérias classificadas enquanto de ordem pública, posto que estas são as capazes de impedir a ocorrência da estabilização pretendida.

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. IV, p. 163.

10. MILHOMENS, Jonatas. *Teoria e Prática do Despacho Saneador*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 145-146.

5. CONCLUSÕES

O estabelecimento de novos limites hermenêuticos à análise e estudo do sistema processual implica sua renovação, ainda que quanto a institutos que sejam tradicionais e históricos e sobre os quais a ciência processual já tenha assentado suas elaborações teóricas.

A renovação de uma ideia e elaboração de novos conceitos, através da revisitação destes temas sob outros paradigmas, é desafio do estudioso do processo, eis que a revisitação da temática aqui abordada resultou na evidenciação de um inevitável repensar acerca 1) da possibilidade de se atribuir eficácia preclusiva à decisão de saneamento e organização do processo; 2) de se estabelecer os limites desta eficácia preclusiva, abrangendo questões de ordem pública e, mais, abrangendo as partes e os órgãos jurisdicionais; 3) da viabilidade de se reconhecer a existência de saneamento implícito, pela consideração de que sua realização seria pressuposto do desenvolvimento do processo que visa a prolação de sentença de mérito.

Assumir que tais conclusões são verdadeiramente viáveis e adequadas no e para o sistema processual não é a pretensão desta investigação. Uma série de outros fatores determinantes podem influir na definição destas conclusões, daí porque a verdadeira proposta é abrir espaço para um refletir crítico dentre os estudiosos do processo acerca de uma temática que, apesar de relevantíssima para o processo civil, foi deixada de lado.

O que se infere, portanto, é a necessidade de renovação de estudos, sob as mais diversas perspectivas possíveis, para que se erija uma noção concreta de estabilização formal do processo.