

O novo Saneamento e Organização do Processo Civil: uma decisão de múltiplas oportunidades.

The new Sanitation and Organization of Procedural Law: a decision of multiple opportunities.

Maria Carolina Oriá Veloso¹

Resumo:

Tendo em vista as inúmeras modificações alçadas pelo novel Código de Processo Civil, promulgado através da Lei 13.105/15, é que se traz o presente artigo a fim de analisar um dos importantes capítulos que foi alterado com a reforma processual: Do Saneamento e Da Organização do Processo. Ao realizar breve comparativo com a situação vigente ao tempo do Código Buzaid (CPC/73), permite-se que o leitor se integre da atual dicção do código a partir das mudanças que ocorreram. Agora, a necessidade é de se impor a cultura de que as partes devem estar sempre em consonância com a atividade jurisdicional, a fim de que o provimento derradeiro seja construído com pleno contraditório e ampla defesa. Com a fixação do ônus da prova na fase saneadora e com a possibilidade de saneamento compartilhado, tem-se exemplos da manifestação do Princípio da Cooperação, permitindo desfecho melhor fundamentado.

Palavras-chave:

CPC/15; Organização Processual; Saneamento; Cooperação.

Abstract:

In view of all the changes brought by the New Code of Procedural Law, promulgated by the Law 13.105/15, is that the present article aims to analyze one of the principal chapters which were changed by the procedural reform: Sanitation and Organization of Process. Doing a brief comparison with the situation established by the Buzaid Code (CPC/73), it allows the readers to integrate themselves inside the actual system of the code by bringing the substantial changes. Now, it seems to have the necessity to set up

¹ Estudante da Faculdade de Direito do Recife

the culture that the parties must be always in consonance with the judge, in order to produce a final declaration with contradictory and full defense. With the settlement of the probation onus in the sanity phase and with the possibility of the construction of the sanity decision by the parties together with the judge, we have examples of manifestation of the Contradictory Principle, allowing a better motivated decision.

Keywords:

CPC/15; Procedural Organization; Sanitation; Cooperation.

1 INTRODUÇÃO

É fácil perceber que, ao longo da evolução processualista, as preocupações, mormente doutrinárias, se voltam sempre para a melhor eficácia da solução dos conflitos. O grande marco da instrumentalidade do processo fez todos os sistemas processuais mudarem de figura, pois, trouxe uma nova concepção de utilidade do procedimento. Ora, não mais cabia espaço para a mecanização positivista do direito, no qual as partes traziam o conflito e o juiz proferia a lei de modo literal, apenas adequando secamente o caso à norma existente.

O processo se revigora a cada dia para cumprir o objetivo que Enrico Túlio Liebman já vislumbrava na sua teoria da ação, a qual considera que é impossível separar hermeticamente o direito de ação do direito material. Assim, tendo isso em vista, o aperfeiçoamento se deu no caminho da aceitação de que o processo importa exatamente para atender aos anseios do direito material, aquele que enseja a propositura da ação e que permanece ansioso por um desfecho.

Se o procedimento legal não cumpre a missão de trazer uma satisfação às partes, então constitui perda de recursos financeiros e de tempo. O que se observa com o marco do Novo Código de Processo Civil (NCPC) é a ida para além do simples instrumentalismo. Até porque, agora se considera que o processo não deve ser apenas meio eficaz de resolução de conflitos, como também deve trazer, ao final, sempre que possível, uma prestação efetiva do mérito, se esforçando para que se chegue até o ponto em que o juiz profira não apenas uma decisão, mas que a mesma seja capaz de atingir ao máximo o direito material pleiteado.

O acesso à Justiça deve ser agora entendido em paralelo à primazia do mérito, no qual o direito de ação se aproxima do exame completo do direito material. O processo precisa existir como burocracia sistemática que permita o amplo conhecimento das matérias fáticas, do contrário existirá apenas em abstrato, sem função prática efetiva. O conjunto das normas processuais deve permitir que as partes tenham o máximo de chances de se manifestarem, seja para demonstrar seus pedidos, seja para aclararem eventuais obscuridades.

A partir do diálogo é que se torna mais fácil a resolução de lides, uma vez que a linguagem nem sempre é capaz de transmitir toda a realidade. Assim é que planeja atuar o Novo Código de Processo Civil, tendo por base a ideia de que sem a prestação efetiva

do direito material, qualquer que seja a parte, não há respeito ao escopo máximo do processo que é pacificar com justiça.

Para consecução de tamanha finalidade, o NCPC arrolou na parte inicial dos dispositivos, reservada aos princípios, os que certificam a participação constante de todos os sujeitos processuais, no esforço de tornar o processo instrumento útil à satisfação da justiça (artigo 6º). É nesse cenário que aparecem as figuras dos novos personagens processuais, que precisam remodelar as atitudes perante os diversos procedimentos a fim de atender aos ditames da lei.

No tocante ao juiz, não basta apenas ser a figura que decide, mas deve proferir a sentença após exauridas todas as possibilidades de diálogo e produção probatória, de maneira a trazer as partes para a construção comum do resultado final. Está intrínseco na ideia do NCPC que a cooperação foi consagrada como um dos principais corolários da prestação efetiva, já que trará uma satisfação maior às partes, que devem se esforçar para saudavelmente concretizarem seus objetivos, com propositura cada vez menor de recursos.

Entre outras fortes mudanças, a que atingiu a parte de Saneamento e de Organização do processo se quedou como de grande importância, tendo em vista promover o fim da fase postulatória e a arrumação de tudo que já foi levado ao juízo. É o momento em que os sujeitos processuais terão para, juntos, fecharem alguns ciclos já resolvidos, com a solução antecipada do mérito e abrirem a fase de saneamento do que ainda tem de ser decidido.

O NCPC traz a necessidade de que haja maior atitude do juiz na organização do processo, como também que as partes interfiram na conduta do juiz, deixando claro, quando possível, como desejam que seja realizado o procedimento. Aparece aqui também a figura dos negócios processuais, que permitirá às partes entrarem em consenso sobre vários aspectos procedimentais, o que necessariamente vinculará o julgador, se este achar coerente o acordo.

Dessa maneira é que o Saneamento e a Organização do processo foram remodelados, constituindo responsabilidade maior tanto para o juiz, quanto para as partes contrapostas, tendo ambos que tomarem atitudes diante de tal fase. Os advogados precisam assumir posturas mais profissionais e deixarem de lado meros revanchismos clientelísticos, a fim de promover decisão final pacificada.

CPC/73: BREVES CONSIDERAÇÕES

Em analisando a situação vigente ao tempo do Código de 1973, popularmente conhecido como Código Buzaid, em homenagem à participação crucial de Alfredo Buzaid na elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, observa-se que já possuía alguns dispositivos vanguardistas, porém a práxis maculou a possibilidade de ampliação de muitos deles.

Primeiramente, ao fim da fase de cognição e início da fase de saneamento, o juiz realizava juízo geral de andamento do processo, a fim de observar se o caso era de julgamento antecipado da lide ou de prosseguimento do feito a partir do despacho saneador. Apesar de a fase ser intitulada saneadora, é gritante o fato de que praticamente não havia menção expressa ao nome, ou melhor, que não havia tratamento adequado da matéria, se resumindo basicamente ao texto dos parágrafos 2º e 3º do artigo 331². Estes premeditavam a situação em que o direito trazido pela lide não admitisse autocomposição, dispensando audiência preliminar, o que gerava automaticamente o “saneamento” com ordenação de produção de provas.

É claro que a doutrina se encarregou de definir que o saneamento seria obrigação do juiz a todo momento, a fim de que possíveis vícios já fossem derrubados antes de prejudicar as partes, como desenvolveu Fredie Didier ao dizer que (DIDIER JR., 2012, P.547):

É que desde o momento em que recebe a petição inicial, pode o magistrado tomar providências para regularizar eventuais defeitos processuais – a determinação de emenda à petição inicial (art. 284

²Art. 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.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 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.

§ 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, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2o.

CPC) e a possibilidade de controle a qualquer tempo das questões relativas à admissibilidade do procedimento (art. 267, §3º, CPC).

No entanto, quedava-se confusa a regulamentação da matéria, quando não se tinha definido o que seria o saneamento propriamente dito. Ao momento do texto original do CPC/73 se tinha nomeado a Seção III do capítulo V como “Do despacho saneador”, posteriormente, após o advento da Lei 5.925/73, intitulou-se de “Do Saneamento do Processo” e, por fim, com a Lei 10.444/02 é que se fixou em “Da Audiência Preliminar”. Isto significa que era no conjunto dos artigos da Seção III que se encontrava basicamente a fase saneadora, já que antes o juiz tomava as providências preliminares e apenas na hipótese de seguimento do processo é que viria o despacho saneador. Ainda podendo desconsiderar o saneamento quando quisesse.

Apesar disso, a prática não revelava maiores distúrbios, sendo problemas a nível técnico do próprio texto legal, que não se preocupou em separar melhor tal fase. O que ocorria era que o juiz ou extinguiu o processo antecipadamente (pela incidência do artigo 267 ou do 269³), ou julgava alguns pontos antecipadamente e decidia pelo andamento regular dos demais, pela necessidade de produção de provas.

Se optasse pela continuidade (sem extinguir ou julgar antecipadamente), então entraria na fase saneadora, na qual seguiria os preceitos do parágrafo 2º do artigo 331, proferindo o famigerado despacho saneador. Nesse ponto havia diversos debates doutrinários acerca do erro em se falar “despacho”, quando na verdade era evidente o teor decisório final do saneamento. Outro destaque ainda na nomenclatura reside no fato de que o despacho não era saneador, mas sim declaração do que fora saneado e organizado, já determinando o prosseguimento para produção de provas.

Foram várias as críticas em relação ao despacho saneador, entre elas a de que não privilegiava o Princípio da Oralidade, tão incentivado na doutrina, já que ele se constitui a maneira mais informal e eficaz de extrair os dados do processo se assemelhando à verdade. Nesse sentido (KOCHEM, 2014, P. 122):

O despacho saneador representava uma evolução em direção à aceleração do procedimento; entretanto, era realizado de forma unilateral e escrita pelo juiz. De mesma forma, quando ocorrida na audiência a fixação dos pontos controvertidos, embora o fosse de forma oral, ocorria unilateralmente pelo juiz, o que significava muito mais uma forma de delimitar a cognição do juiz do que organizar a instrução do

³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]

Art. 269. Haverá resolução de mérito: [...]

processo e os debates orais, visto que na audiência as partes já deveriam ter trazido as provas.

Com as várias reformas do código de 1973, ao longo do tempo, algumas não foram tão benéficas. No tangente ao assunto aqui em comento, percebe-se que a Lei 10.444/02 alterou a nomenclatura do título da Seção III de Audiência de Conciliação para Audiência Preliminar, implantando a ideia de que o evento serviria não só para a tentativa de autocomposição, como também para organizar o processo valorizando o Princípio da Oralidade, em diálogo com as partes. Entretanto, aliado a isso, tinha-se o parágrafo 3º do artigo 331, o qual tratava das hipóteses em que não se fazia possível transigir direitos, portanto ineficaz a audiência, podendo o juiz dispensá-la. Dessa maneira, o saneamento acabava sendo feito exclusivamente pelo juiz, sem interferência das partes, do jeito que era previsto até antes de 1994, quando da criação da Audiência de Conciliação. Além disso, a prática mostrava que, mesmo havendo a audiência de conciliação, o juiz ou o servidor do juízo se apresentava às partes e perguntava da existência de acordo; não havendo, entretanto, já se designaria audiência de instrução probatória e baixava a decisão a termos, sem muito diálogo (KOCHEM, 2014, p.130).

Inclusive, vale salientar que a audiência preliminar, quando ocorresse, poderia ser ótima oportunidade de o juiz tentar conciliar ou então sanear e delimitar instrução, o que era o real objetivo quando do seu invento; na prática, entretanto, se restringia à afamada pergunta se já havia acordo, finalizando então a falsa tentativa de mediar.

Basicamente essa era a organização do processo, na qual o juiz intentava finalizar a fase postulatória, agregando tudo que fora suscitado, todas as alegações, provas documentais, entre outros documentos necessários. Dessa forma, após terem sido dadas às partes todas as oportunidades de manifestação inicial, provocando a atenção do juiz, através do contraditório e ampla defesa, o julgador iria organizar tudo e decidir pela extinção, pelo julgamento antecipado da lide ou pela continuidade através da fase saneadora.

CPC/2015: COOPERAÇÃO E ATITUDE

Não se pode ainda falar da realidade empírica do CPC/15, uma vez que se considera muito cedo para conclusões concretas acerca da efetividade dos seus dispositivos, até porque há um lapso temporal até que a maioria das normas seja utilizada. No entanto, já se pode analisar as possibilidades que estão por vir, com as

mudanças previstas tanto no texto legal quanto no comportamento dos sujeitos processuais (vale salientar ser esta a mais complexa e tardia).

Bastante coisa mudou com a introdução do novo código, por isso a importância do papel doutrinário nessa fase inicial de assentamento da interpretação das normas. Uma mudança clara e simples, mas que esclarece e organiza os dispositivos e as ideias foi a criação de uma seção própria Do Saneamento e da Organização do Processo, composta de único artigo, mas que contém vasta matéria a ser observada por todos os sujeitos processuais, revelando caráter mais atuante das partes e do juiz.

Aqui fica clara a manifestação do Princípio da Cooperação, pois, dentro da leitura dos incisos e parágrafos, é possível entender que, de fato, não cabe mais a antiga postura de aceitação perante as decisões e, no caso, o despacho. É mister que os interessados assumam posicionamentos e requisitem o diálogo, para que todas as questões sejam elucidadas da melhor maneira possível, o que é a todo momento incentivado pelo código (artigos 3º, 6º, 7º, 10, entre outros⁴).

Nesse sentido, o juiz entrará na fase de julgamento conforme o estado do processo, ao final da qual proferirá sentença ou decisão interlocutória, a depender do caso. Poderá ele decidir pela extinção processual com prolação de sentença (nos termos dos artigos 485 e 487, incisos II e III⁵), pelo julgamento antecipado do mérito em todo

⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁵ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

ou em parte, ou, por fim, pela continuidade do processo, para que as questões sejam melhor aclaradas. É no caso das decisões parciais ou no simples prosseguimento sem decisão antecipada que se faz presente a fase saneadora, já que nas demais a decisão é sentença e finaliza o processo.

O artigo 357⁶ surge então para revolucionar o tratamento da matéria do Saneamento, a qual, se bem seguida, permitirá a economia processual e celeridade na

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

⁶ 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.

medida do razoável, uma vez que evita discussões desnecessárias. Além disso, traz as partes ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

A primeira modificação sustenta aquilo que muitos juristas já proclamavam, que a decisão não é para sanear, e sim que resulta do saneamento, portanto a nomenclatura agora define que é “decisão de saneamento”, em contraste com o antigo “despacho saneador”, que dava a ideia de que ainda iria ocorrer.

Mais novidades se encontram em alguns incisos. Começando pelo inciso II, é destacado o fato de que ao juiz foi imposto o dever de cooperar, na medida em que deve explicitar quais as questões de fato que lhe soaram obscuras ou incertas, necessitando melhor dilação probatória, assim como os meios de prova possíveis para tal demonstração. Pode até parecer tarefa boba, porém quem vai julgar é o juiz, portanto ele é quem sabe a melhor maneira de entender o que se quer alegar, evitando colher informações desnecessárias e protelatórias.

Uma outra questão que toma grande relevo na análise das mudanças trazidas pelo CPC/15 pauta-se na fixação da tese de que a inversão do ônus da prova é parte da instrução probatória e não deve ser objeto de surpresa na decisão, confirmando julgamento emblemático do STJ que tratou da matéria. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Resp 802.832/MG⁷, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe

§ 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.

⁷ EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

[...]

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento, vedando a decisão inédita.

O CPC/73 trazia a modalidade estática do ônus da prova (art. 333⁸), a qual basicamente determinava a cada parte que provasse o que intentava obter, isto é, que trouxesse ao processo tudo que fosse necessário a confirmar o que fora alegado. Ordinariamente seria a situação padrão, porém o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trouxe expressa a possibilidade de inversão do ônus probatório *ope judicis*, ou seja, determinada pelo juiz nos litígios consumeristas. Assim, por ocorrência de manifesta verossimilhança do direito ou situação de hipossuficiência da parte, através das regras de experiência, o juiz poderia “inverter” o encargo probante, excepcionando a regra comum e transferindo o ônus a quem teria condições de o sustentar no caso concreto.

Entretanto, discussões doutrinárias se estabeleciam em torno de tal problemática, para alegar, de um lado, que tal modificação do ônus seria regra de julgamento, ou seja, a ser averiguada no momento da decisão. Por outro lado, houve quem defendesse a posição de que se definia como regra de instrução, sendo produzida antes da sentença, a fim de dar às partes oportunidade de livrarem-se do encargo. A primeira corrente definia que, por haver a possibilidade de eventual inversão do ônus na decisão, o réu (mormente o fornecedor nas ações consumeristas) deveria já na instrução se adiantar e produzir provas tanto para si, quanto para possível inversão, negando o fato constitutivo do autor.

Ora, conforme se posicionam autores como Fredie Didier, Luiz Guilherme Marinoni, entre outros, constitui pleno desrespeito à ampla defesa e ao contraditório a imposição do encargo probante apenas quando já não existem chances de expressão da parte contrária afetada. Nesse sentido (DIDIER JR., 2013, p. 91):

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se

VI. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. [...]

⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois "se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia.

O que ocorria comumente era a previsão de que pudesse haver uma eventual inversão do ônus, cabendo ao réu alegar na fase instrutória tanto os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também negar o fato constitutivo do direito do autor. Se assim não o fizesse, e na hipótese de insuficiência de provas, o juiz, ao chegar na fase decisória, faria a distribuição do ônus da prova, podendo prejudicar a parte que deixou de provar certo fato, sem ter sido dada a chance probatória de manifestação.

Por outro lado, assumindo a posição inversa, Nelson Nery JR. (1992, P.217) afirma que:

O juiz ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que o fornecedor faça a prova. Pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda.

Mesmo tendo por base o CPC/73, é consoante o entendimento do STJ que tem decidido o STF nos recentes julgamentos sobre a distribuição do ônus da prova, inclusive sedimentado em súmula (AgRg no REsp 1186171/MS)⁹.

⁹ PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 283 DO STF.

1. A inversão ope judicis do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Precedentes da Segunda Seção.

2. O Tribunal a quo foi de clareza meridiana ao asseverar que, embora perfilhasse entendimento idêntico ao desta Corte Superior, no caso em julgamento há peculiaridade que aponta para solução diversa, qual seja, o fato de que, consoante o art. 333, II, do CPC, o réu não cumpriu o ônus de demonstrar eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, fundamento inatacado pelo recorrente.

3. "É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Súmula 283 do STF.

Portanto, a fim de macular de vez as dúvidas, o CPC/15, no artigo 357, inciso III, surge com a proposta definitiva de que, ao momento da decisão saneadora, já restará fixado o ônus probatório, trazendo para antes da audiência de instrução a oportunidade de as partes já terem a ciência da inversão do ônus e até mesmo de impugnar essa decisão. Ainda permanece a previsão inicial de distribuição estática do ônus conforme o artigo 373, cabendo a cada parte comprovar o que tem dito. Além disso, trazendo categoricamente esse dispositivo, o NCPC atende a anseios antigos de que a inversão *ope judicis* seja possível em outras searas do direito, não apenas restrito ao terreno consumerista.

Dando continuidade à análise dos incisos do artigo 357, pelo texto do inciso V, permite-se que o juiz designe “se necessário” a audiência de instrução e julgamento. O juízo de indispensabilidade será feito na medida em que as provas já colhidas até então não tenham sido suficientes ao convencimento do julgador para um dos lados, sendo imprescindível a produção probatória através de outros meios, os quais serão delimitados de acordo com o inciso II. Muitas vezes é possível basear-se apenas na prova documental já colacionada na fase postulatória, sendo célere evitar a audiência. Por outro lado, entretanto, deve ser bem averiguada a dispensabilidade, a fim de evitar posterior nulidade por tolher o direito de provar o que se alega.

No caso em que se encontra o magistrado face a decisão de menores proporções, renunciando a elucidações extras por parte dos sujeitos em litígio, terminará o juiz a fase saneadora, com a promulgação da decisão. Entretanto, pode ocorrer de as partes quedarem-se confusas ou com dúvidas acerca do que foi decidido, sendo-lhes facultado, por meio do §1º do artigo 357, que requestem esclarecimentos, para o melhor desempenho do feito. Alerta Cássio Scarpinella para a estabilidade formada após a decisão de saneamento, pois, se as partes não pedirem elucidação do julgamento no prazo, “a decisão torna-se estável, tudo em consonância com o §1º. É correto compreender, a este respeito, que a decisão não pode ser sequer objeto dos questionamentos em preliminar de apelo ou em contrarrazões de apelo nos moldes do §1º do art. 1.009.” (SCARPINELLA, 2015, P.266).

Outro ponto que merece destaque no texto do artigo em comento é o do §2º, que corresponde à modalidade de negócio processual típico. A possibilidade dos negócios

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1186171/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015) – grifo nosso.

processuais foi delimitada no CPC/15 como cláusula geral, constante no artigo 190¹⁰, e que dá ensejo a várias oportunidades de negócios processuais atípicos. No caso do parágrafo §2º, é lícito às partes trazerem ao juiz proposta de organização processual, com delineamento do que pretendem provar, dos fatos e direitos que intentam ainda discutir, o que leva à objetividade do processo, vinculando o juiz à vontade das partes. Entretanto, é mister combinar essa ideia à do parágrafo único do artigo 190, o qual exige que o juiz aprecie as cláusulas com sensatez e cautela, a fim de não prejudicar qualquer das partes que não tenha se expressado com igualdade.

Sobre o tema, discorda Eduardo Talamini que seja o acordo tratado como negócio processual. Entende ele que na realidade haverá negócio jurídico do direito material e não negócio processual, uma vez que, ao realizar o acordo, as partes vão escolher cada uma aquilo que lhes interessa perseguir até a decisão. Segundo ele, aqui não se trata de definir quais instrumentos processuais serão utilizados para a decisão, mas sim o que será discutido a partir de agora, dispensando as matérias já resolvidas ou desprezadas. É disposto no código, as partes apresentarão ao juiz “questões de fato e de direito” (TALAMINI, 2015, P.15-16). *In verbis*:

Mas deve-se atentar para qual é o verdadeiro pressuposto autorizador de tal negócio jurídico. O requisito de disponibilidade exigido nessa hipótese não concerne à simples possibilidade de autocomposição entre as partes (no sentido de disponibilidade da pretensão de tutela judicial). O que se exige, então, é a própria disponibilidade do direito material [...]. Há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.

Não obstante a discordância, ressalta ele, por outro lado, a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais quando acordarem sobre matéria de procedimento propriamente dita, a exemplo de redistribuição convencional do ônus da prova, perito consensual e calendário processual para a fase probatória.

Entre outras das novidades, se encontra a discussão sobre as novas regras do Saneamento Compartilhado. Não foi criada modalidade nova, mas alteração no

¹⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

regulamento. Antes estava previsto na Audiência Preliminar, a qual seria obrigatoriamente marcada quando o juiz dispensasse a ocorrência de extinção do processo ou julgamento antecipado da lide. Na referida audiência, cotidianamente tratada como audiência de conciliação, caso o juiz não prosperasse com a autocomposição, fixaria em conjunto com as partes os pontos controvertidos, decidiria as questões pendentes e determinaria as provas a serem produzidas. Entretanto, apesar da boa intenção surgida com a Lei 8.952/94, que acrescentou o §2º ao artigo 331, a práxis transformou a oportunidade em mero questionamento se havia acordo, finalizando em seguida a audiência, baixando a termo a inexistência da autocomposição.

Com o CPC/15, o objetivo final será o mesmo, porém a diferença é que a audiência somente será marcada quando houver complexidade na causa e necessitar o juiz esclarecimentos das partes. Há quem discorde da decisão do legislador, defendendo que, se o código preza pela cooperação, seria mais que razoável permanecer com a regra da audiência obrigatória. Onde antes as partes eram intimadas a comparecerem, agora são convidadas. Nesse sentido (FERNANDES, 2015, P.970):

No Código de Processo Civil de 2015, diploma que valoriza a colaboração das partes e pretende propiciar um processo mais célere, pensamos que essa audiência merecia ser preservada e até mesmo valorizada, pois sem a sua realização, perde-se um ato que pode se mostrar eficiente acelerador do processo, porque a) a autocomposição pode ser obtida; b) tem relevante função organizadora, evitando a prática de atos inúteis ou desnecessários; c) a participação das partes nesse procedimento resulta em uma natural redução na interposição de recursos em face dessa decisão.

A esse respeito, já fora elaborado Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis, para declarar que seria bastante restrito considerar que a premeditada audiência apenas ocorreria em situação de manifesta complexidade. Ora, a noção de complexidade pode ocorrer em casos simples, porém que faltou ao juízo melhor compreensão da lide. Dessa maneira, pela subjetividade do termo é que se entendeu não ser indispensável a dificuldade para concretização de audiência em conjunto com as partes (Enunciado n. 298¹¹).

Os parágrafos 4º, 5º e 6º tratam do arrolamento de testemunhas, que será feito em até 15 dias, para que as partes indiquem o rol. Em havendo a audiência compartilhada, dita o §5º que cada sujeito deve ali mesmo já indicar seu rol. Entretanto o código não regulou a hipótese de, havendo a audiência, a parte decidir não

¹¹ Enunciado 298 FPPC: (art. 357, §3º) A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa.

comparecer, já que fora convidada. Dessa forma, precluiria o direito de arrolar? Penso que é irrazoável aderir a esse pensamento, tendo em vista não só o espírito trazido pelo diploma processual, como também o silêncio do mesmo, o qual não pode ser utilizado para prejudicar as partes. O juiz então delimitará a quantidade a depender da dificuldade do caso.

Por fim, em fiel à novíssima disposição do código, que é a elaboração de calendário processual, delimitando as mais diversas fases e atuações de cada sujeito no processo, observa-se a presença do mesmo também no fim da fase de organização. De acordo com o §8º, caso haja necessidade de prova pericial, fixará o juiz, se possível, data a ser respeitada, a fim de evitar que os atos se prolonguem eternamente, prezando pela responsabilidade de todos perante o princípio constitucional da razoável duração do processo. É claro que deve haver uma razoabilidade no tratamento do mesmo, podendo o juiz alterá-lo posteriormente, contanto que informe as partes da decisão.

CONCLUSÃO

Tudo isso deve ser pensado em compasso com o Princípio da Cooperação, tão aclamado pelo NCPC. O Saneamento e Organização nada mais são que a expressão desse princípio, uma vez que impõe ao juiz e às partes atitudes mais esmiuçadas para que sigam a metodologia e os princípios adotados pelo código. Nesse compasso, as partes terão maior acesso à decisão, com menos chances de impugnarem o que foi proferido, justo porque a elas foi dada anteriormente a oportunidade de aproximação, ensejando duração mais célere do processo.

Entretanto, alerta-se para a ressalva de fincar a realidade que se vive no processo brasileiro, a fim de não cair no imaginário abstrato de que tudo é perfeito com a chegada do novel diploma. Nesse sentido (MACHADO, 2015):

Ao leitor desavisado (desavisado porque imagino que ninguém defenda exatamente isso), parece mesmo que estaríamos a conceber um processo civil no qual o autor seguiria de mãos dadas com o réu e com o juiz no caminho do “arco-íris processual”: um processo efetivo e célere e capaz de produzir resultados justos. Isso não é, nem poderia ser, o modelo de cooperação de que cogitamos. O importante é ressaltar que esse princípio não exige das partes nem do juiz o inexigível. Não traz a ficção de que as partes se desgarrarão de seus objetivos privados, econômico-financeiros e egoísticos (egoísticos sim, claro, mal nenhum há nisso!), para buscarem juntos o etéreo ideal de justiça. O princípio tampouco indica que o juiz deve ter expectativas de que o processo se desenvolva desse modo.

Ora, a mudança de um diploma processual enfrenta uma cultura de procedimentos e artimanhas já instaurada há bastante tempo. Desse modo, não podem querer pretender os otimistas que as mudanças serão a curto prazo, tendo em vista a grande resistência, principalmente por parte daqueles que atuam há mais tempo e já estavam acostumados ao modo de ser do processo.

Por outro lado, toda transformação se concretiza após um período de sufoco, de adaptação às novas regras, as quais pretendem tornar mais eficaz a realidade processual do país. É visando as melhorias que todos os sujeitos devem trabalhar, lutando contra as resistências, do contrário os dispositivos serão apenas texto perdido em tanto trabalho. Que pelo menos haja o esforço em prol da cooperação comum.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 14ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, LUIS EDUARDO SIMARDI. “Do Saneamento e da Organização do Processo”. **Breves comentários ao Novo Código de processo Civil**/Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KOCHEM, Ronaldo. **A apresentação do caso e o cpc projetado**: o saneamento e a organização da causa em colaboração. Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris**. Disponível em <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>. Acesso em 29.04.2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 01, p. 200-221, mai. 1992.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios processuais, in **Migalhas**, 21 de outubro de 2015. Disponível em:

<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em 29.04.2016.

_____. Saneamento e Organização do Processo no CPC/15, in **Migalhas**, 07 de março de 2016. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>. Acesso em 29.04.2016