

DESPACHO SANEADOR

SEBASTIÃO DE SOUZA

É uma aspiração de processualistas e legisladores a construção de um sistema de processo que, sem perda de segurança em sua destinação, seja breve, simples e econômico. Para conseguir êsse ideal formulam-se princípios, traçam-se itinerários, procura-se colhêr na experiência a lição mais acertada, ajustam-se melhor as formas de revestimento dos atos necessários ao exercício da função jurisdicional.

Quando se cuidou de dar ao Brasil um código de processo nacional para substituir as leis de processos regionais, essa aspiração comum surgiu em linha de conta como um roteiro que orientasse a escolha do sistema a ser pôsto em prática.

Eleito o sistema da oralidade como um imperativo de ordem política, como se afirmava, restava armar a construção de peças apropriadas, de maneira a lhe assegurar rendimento compensador.

O velho material que restava dos escombros das ordenações e da legislação fragmentária que se lhe seguiu foi naturalmente balanceado e ponderado. As críticas e reclamações que se vinham amontoando ao redor do tema de reforma processual não ficaram esquecidas.

Não era nova a arguição de que a morosidade da justiça assentava em grande parte no sistema arcaico de nulidades processuais e no modo rígido de considerá-las.

Embora o Regulamento n.º 737 de novembro de 1850, nos artigos 97 e 98, tivesse traçado normas que poderiam minorar o mal, não encontrou repercussão conveniente na jurisprudência.

Em verdade êsses dispositivos determinavam que o réu, na contestação, inserisse preliminarmente a arguição das nulidades até então verificadas e os autos fôsem logo conclusos ao juiz para supri-las ou pronunciá-las.

Assim encerrava-se a fase postulatória do processo em condições de se produzirem provas que seriam apreciadas na sentença final.

Essa possibilidade de exame formal do processo antes da dilação probatória não tinha caráter preclusivo e o sistema complicado das nulidades não favorecia o sistema.

O que se verificava na prática é que os juizes displicentemente continuavam os processos para se manifestarem sôbre as

arguições na sentença final, depois de muito tempo perdido e de gastos inúteis.

A jurisprudência não deu a essas normas salutares o desenvolvimento que mereciam. Embora fôsem reproduzidas em vários códigos estaduais aí tiveram o mesmo destino. Nunca passaram de possibilidades inaproveitadas.

De normas semelhantes estabelecidas em Portugal no decreto de 30 de agosto de 1907 desenvolveu-se um instrumento hábil para a preparação do processo a servir proveitosamente à decisão final.

A doutrina e a jurisprudência deram-lhe a denominação de despacho regulador.

Destinava-se êsse despacho a conhecer das nulidades, como acontecia com os dispositivos do nosso velho regulamento 737.

Decreto posterior deu maior amplitude às normas anteriores. Carreou-se para o âmbito dêsse despacho a apreciação da legitimidade de partes e de outras questões prévias, «por forma a ficar o processo desembaraçado de tudo quanto possa obstar ao conhecimento do fundo da causa». (José Alberto dos Reis, Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial, pág. 150).

O Código de Processo Civil de 1939 deu ao instituto ainda maior desenvolvimento e fixou o nome de *despacho saneador*. (art. 514).

Com esta última denominação e com objetivos expressos foi introduzido no Código de Processo Civil Brasileiro. (art. 293).

Na observação do professor Oscar da Cunha, não era uma novidade no nosso direito processual, pois desde 1850 existia esboçado na legislação pátria. (Despacho saneador, Direito, v. VII pág. 88).

O eminente processualista italiano, Enrico Tullio Liebman, que se tem interessado pelo estudo do direito processual brasileiro e a êle tem dado a valiosa contribuição de seu saber, assim se manifestou sobre o despacho saneador:

«O despacho saneador representa a contribuição original dos legisladores português e brasileiro ao desenvolvimento do direito processual civil. Proporcionou êle uma nova solução prática a um problema antigo e fundamental do processo, qual seja o de separar tanto quanto possível a decisão das questões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa». (Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, pág. 107).

Na Revista di Diritto Processuale, v. VI, pág. 301, 1951, o ilustre professor italiano ainda relembra o despacho saneador, que êle verte para a língua italiana como «ordinanza risanatrice».

Do que até agora escrevemos já ressalta claramente a finalidade do despacho saneador, que é limpar o processo de nulidades e irregularidades até então existentes e dicidir as questões prévias

ou prejudiciais que possam impedir a apreciação do mérito. Daí resulta que é êle um ato complexo, mais um momento processual do que uma simples decisão e por isso mesmo não pode ser classificado, por sua natureza, numa das categorias comuns das decisões do juiz.

Como observa o saudoso autor do anteprojeto, Dr. Pedro Batista Martins:

«O despacho saneador não tem vida autônoma e a sua eficácia depende da natureza da questão resolvida». (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, pág. 423, edição da Revista Forense).

No mesmo sentido se pronunciou Pontes de Miranda, outro autorizado comentador do Código de Processo Civil:

«O despacho saneador é ato jurisdicional complexo, de unidade (não necessária) apenas formal, abrangente de múltiplas resoluções do juiz, declarações de vontade umas e comunicações de vontade outras; de modo que os efeitos, que possa ter, dependem de cada interrogação submetida à resolução do juiz». (Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, pág. 400).

Entendia o saudoso autor do anteprojeto que a única novidade nêle existente era a «salutar amplitude que se lhe dá, peculiarizando-o como fase essencial do procedimento».

A êsse propósito convém, desde logo, observar que amplitude maior ficou expressamente consignada no Código de Processo Civil Português, de sorte que ao invocá-lo como subsídio às controvérsias surgidas na inteligência do nosso texto, não devemos esquecer que os dois códigos não coincidem na disciplina do assunto.

Assim, enumerando os fins do despacho, a matéria que nêle deve decidir o juiz, dispõe:

«Conhecer do pedido, se a questão de mérito fôr unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança ou se, sendo a questão de direito e de fato, ou só de fato o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa».

Neste caso, quando o juiz verificar que o processo contém os elementos necessários à decisão do mérito, convocará as partes para uma audiência de discussão.

Assim não se quebra a harmonia do sistema oral, não se lhe cortam atos importantes e essenciais como o debate oral e a audiência de julgamento.

Nosso Código de Processo Civil não contém dispositivo equivalente e por isso mesmo não está o juiz autorizado a decidir o mérito no despacho saneador a que se refere o art. 293.

«Nada do que é mérito pode ser objeto de saneamento processual. Não importa sentir-se o juiz apto a decidir, desde logo,

a controvérsia; o despacho que então lhe incumbe dar, é a meio caminho da viagem, e não o fim da viagem. Pode parar aí, pular até o mérito. O despacho saneador pode resolver tôdas as questões que, resolvidas, não importariam em deferimento, ainda parcial, do pedido». (Pontes de Miranda, ob. cit. pág. 404).

Justifica-se a afirmativa do ilustre jurista. O propósito do codificador do nosso direito processual civil foi estruturá-lo em conformidade com os princípios da oralidade. Quando transige com o sistema a que se filiou o faz expressamente. Ora não é possível admitir-se decisão de mérito em processo oral sem audiência de julgamento e debate oral da causa. Se o legislador não previu expressamente a hipótese contemplada na lei portuguesa é porque não a quis imitar e assim não podemos admiti-la como criação da jurisprudência porque evidentemente contraria ao sistema processual que adotamos.

O fim precípua do despacho saneador seria a decisão de tôdas as questões prévias para que o processo fôsse à audiência de instrução e julgamento em condições de receber a sentença definitiva. É uma decisão de forma e não de mérito.

Como ficou instituído marca o fim da fase postulatória e abre oportunidade para o juiz examinar as questões processuais antecedentes e orientar a prova a ser produzida.

Oferece oportunidade para evitar a procrastinação do processo com a apresentação de exceções dilatórias que se sucediam no direito antigo para tormento das partes e até dos juizes.

O projeto do Dr. Pedro Batista Martins, art. 364, limitava o objetivo do despacho saneador ao exame da representação dos incapazes, à correção de petições ineptas e ao pronunciamento das nulidades ou sua sanação.

Em sua redação atual é êste o texto do art. 294 do Código de Processo Civil:

«No despacho saneador o Juiz:

I — decidirá sôbre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando fôr o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público;

II — mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe junte prova contrária, quando na constestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser extintivo do pedido;

III — examinará se ocorre 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 não hajam feito e indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129.

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

Decorrido o prazo para a contestação os autos vão conclusos ao juiz, que tem o prazo de 10 dias para proferir o despacho saneador.

A primeira coisa a fazer é examinar a regularidade dos pressupostos processuais, a fim de se integrar legitimamente a relação processual.

A ilegitimidade de partes, que se resolvia antigamente por via de exceção dilatória, com retardamento do curso do processo e aumento de despesas, passou a ser objeto de policiamento feito pelo juiz nessa importante oportunidade. Podem as partes alegá-la na contestação, mas ainda que o não façam o exame será feito pelo juiz.

O juiz decidirá se as partes são legítimas *ad processum*, se estão devidamente representadas, se é caso para intervenção do Ministério Público e se há litisconsortes que necessariamente devam integrar a relação processual.

Tomará então as providências que forem necessárias para corrigir qualquer falta tocante a êsse assunto e assim mandará citar litisconsortes necessários, mandará ouvir o Ministério Público, se fôr o caso e providenciará para que a representação dos incapazes se faça regularmente.

Logo que entrou a vigorar o Código, começaram a divergir os aplicadores e comentadores no tocante ao entendimento da expressão «legitimidade de partes».

Entendiam alguns que o juiz devia examinar nessa oportunidade apenas a legitimidade *ad processum*, pois a função do despacho saneador não transpunha os limites do aperfeiçoamento dos pressupostos processuais.

Outros, porém, entendiam que na expressão «legitimidade de partes» incluía-se a *legitímatio ad causam* porque não podia o intérprete fazer distinções que não foram feitas pelo legislador.

A expressão era ambigua e devia o legislador ter tido o cuidado de clarear o texto legal e não o fez.

Entre os processualistas antigos, Pimenta Bueno usava e entendia somente como ilegitimidade *ad processum* (Apontamentos, n.º 47).

João Monteiro considerava-a como abrangente também da *legitímatio ad causam*. (Curso, § 110, nota 5).

Para se verificar a incerteza da matéria basta lembrar que o autor do Projeto, ao comentar o Código, sustentou as duas opiniões contraditórias. (Comentários, v. II, pág. 248 e v. III, pág. 427).

Eurico Tullio Liebman, conhecido professor italiano, então no Brasil, dedicou-se com simpatia, como já dissemos, ao estudo do nosso direito processual e opinou no sentido de que a função do despacho saneador era limpar o processo e nêle deviam ser decididas apenas as questões atinentes aos pressupostos processuais. Sobrevindo, porém, o Decreto n.º 4.565 de 11 de agosto de 1942, que acrescentou às questões a serem decididas nessa oportunidade o interesse de agir, entendeu, como outros autores, que então também a *legitimatío ad causam* pode ser examinada. (Ob. citada, págs. 101 e 115).

O interesse de agir e a *legitimatío ad causam* são condições da ação e se não confundem com os pressupostos processuais.

No entender de Chiovenda, as condições da ação dizem-se questões de mérito e basta que existam no momento de ser proferida a sentença. Os pressupostos processuais devem existir no início da demanda.

Assim primeiro se examinam os pressupostos processuais e depois, atendendo a uma gradação lógica, as condições da ação. A existência de uma vontade concreta da lei, garantindo a alguém um bem, é a última condição a ser examinada. As outras se apresentam como preliminares. (Istituzioni di Diritto Processuale Civile, v. I, pág. 61).

Se o despacho saneador se destinava ao exame dos pressupostos processuais e não do mérito, nêle se não devia decidir sobre as condições da ação. Se, na opinião de Chiovenda, as condições da ação pertencem ao direito substantivo e devem existir ao se proferir a sentença, por ocasião desta é que devem ser examinadas.

O Decreto n.º 4.565, incluindo o interesse de agir como matéria a ser decidida no despacho saneador, abriu uma exceção e é regra de hermenêutica que estas não se ampliam, não se aplicam por analogia, interpretam-se restritivamente.

Se pelo fato de se poder decidir uma das condições da ação no despacho saneador outra também o poderia ser, chegaríamos à decisão do mérito nessa oportunidade, o que viria desfigurar inteiramente o sistema processual adotado.

A jurisprudência ainda se não pode dizer consolidada no sentido de se decidir no despacho saneador a *legitimatío ad causam*, mas é êste o sentido de sua marcha, embora logicamente transviada.

Entre os comentadores mais modernos e conceituados destaca-se, sem dúvida, Pontes de Miranda, que ensina ser a *legitimatío ad causam* direito material, que não deve ser objeto de

decisão no despacho saneador. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, pág. 417).

Esta é a doutrina que nos parece acertada.

Pode-se argumentar que nosso raciocínio se fêz de acôrdo com a teoria de Chiovenda sôbre a ação e nem todos aceitam tal teoria.

Em verdade as condições da ação para o mestre italiano se referem aos requisitos para uma sentença favorável, mas o interesse de agir e a legitimação constituem também condições da ação para Liebman, que não aceita a teoria de Chiovenda.

Para êle são condições da ação: possibilidade jurídica, interesse processual e legitimação.

Êsses requisitos são necessários para se obter uma sentença favorável ou desfavorável e assim não fazem parte do mérito.

Data venia, não nos convencemos ainda assim. Ninguém poderá obter uma sentença favorável se lhe faltar um desses requisitos.

Se no ordenamento jurídico fôr impossível a ação, se faltar o interesse ou a *legitimatío ad causam*, a sentença será desfavorável. O mérito é uma situação complexa que envolve não somente a vontade da lei a se concretizar mas deve concretizar-se em relação a alguém que tenha interesse.

Por isso é que entendemos que as condições da ação pertencem ao mérito, são dêle inseparáveis.

Ainda no tocante à legitimidade de partes e sua representação, devemos observar que o juiz deverá examinar a representação orgânica e técnica. Assim quando se trata de pessoa natural, verificar-se-á sua capacidade; se é menor, se a representação está regularmente feita pelo pai ou mãe ou pelo tutor, no caso de menor sob tutela; se é interdito, se figura no processo o curador como representante.

Tratando-se de pessoa jurídica, tem que examinar se a representação está de acôrdo com as normas estatutárias ou legais.

Como, de acôrdo com nosso direito processual, devem as partes se fazerem representar no processo por advogado, legalmente habilitado, deve o juiz examinar a regularidade também dessa representação.

Outro aspecto controvertido do despacho saneador é se nêle pode ser decidida a alegação de prescrição.

Como temos sustentado que no despacho saneador não se decidem questões de mérito, bastaria verificar se a prescrição pertence ou não ao mérito.

Os autores não se harmonizam no exame dêsse problema, porque entendem uns que a prescrição não exerce influência sôbre o direito, mas somente sôbre a ação. Esta é que se extingue com

o decurso do tempo mas o direito continua a existir, embora sem possibilidade de atuação por via judiciária.

Câmara Leal, autor de apreciada monografia sôbre prescrição, entende que a prescrição extingue a ação ajuizável e não o direito. Naturalmente parализando a ação repercute no direito mas o não extingue. A prescrição da ação executiva cambial não extingue o direito de crédito, que pode ser cobrado pela via ordinária. (Da Prescrição e da Decadência, pág. 18).

O nosso Código Civil se refere à prescrição da ação.

O direito de ação, porém, é direito material ou substantivo e se o despacho saneador tem por finalidade o expurgo do processo de defeitos processuais, não é o momento próprio para se resolver questão que não seja processual.

É de se concluir que a prescrição alegada deve ser resolvida na sentença, após a audiência de instrução e julgamento e assim se tem pronunciado a jurisprudência.

O argumento tirado da legislação, como o da ação cambial, não é decisivo porque a lei pode aceitar uma corrente doutrinária que não seja a verdadeira.

Liebman, depois de observar que a prescrição e a decadência não são mencionadas na lei como objeto do despacho saneador, continua: «Além disso, ambas atingem o mérito, consolidam definitivamente uma situação de direito substancial e tornam improcedente o pedido que foi formulado pelo autor. Tanto basta para poder-se afirmar que dão lugar a questões compreendidas no mérito e não podem ser examinadas no despacho saneador. É verdade que, entre as questões da lide, a prescrição e a decadência deverão ser examinadas em primeiro lugar, porque, se subsistentes, tornam inútil qualquer outra investigação. Mas êsse caráter preliminar compete-lhes dentro da órbita da lide, considerada em seu sentido próprio e restrito, como matéria a ser decidida na sentença final, que será proferida depois de realizada a audiência de instrução e julgamento». (Ob. citada, pág. 151).

O despacho saneador é complexo. Nêle várias questões podem ser resolvidas e por isso o recurso cabível depende frequentemente da natureza do assunto decidido.

Como, por sua natureza, não deve resolver questão de mérito, dêle não deve caber o recurso de apelação. Todavia, se o juiz, sem atender às finalidades do despacho, decide questão de mérito, o recurso tem que ser o de apelação.

Não é a situação do ato do juiz no processo que indica o recurso a ser interposto mas a natureza do objeto da decisão.

No sistema do direito processual atual domina o princípio da preclusão. À medida que se decidem problemas incidentes a

marcha processual progride e não se renovam decisões sôbre o mesmo assunto. Isto, porém, deve ser entendido de modo a se não prejudicar o princípio mais alto, que é de realizar a justiça por via do processo. Os casos anômalos não podem ficar sem correção por amor demasiado a princípios.

Se o juiz decide matéria que poderia decidir e não há recurso da parte, quando podia recorrer, não se pode renovar decisão sôbre o mesmo objeto. Configurou-se a preclusão ou a coisa julgada no sentido formal.

Muitas vêzes profere o juiz um despacho vago: *as partes são legítimas, nada a sanear*. Não se pode considerar tais expressões imprecisas como uma decisão.

O despacho saneador, como temos dito repetidamente, é complexo; nêle se resolvem assuntos de natureza vária e assim pode assumir feição de simples interlocutório. De acôrdo com o próprio Código de Processo Civil, os despachos interlocutórios podem ser revistos, modificados, revogados. Logo, a possibilidade de revisão de decisões proferidas no despacho saneador depende da matéria decidida.

Não há um recurso específico contra o despacho saneador mas recursos possíveis sôbre decisões proferidas nessa oportunidade.

É ainda por ocasião de proferir o despacho saneador que o juiz examinará a regularidade formal do processo, verificará se ocorrem nulidades, se estas são sanáveis ou não e então mandará sanar as que forem sanáveis e decretará as que o não forem.

De conformidade com os poderes que lhe confere a lei, o juiz fiscaliza a ordem do processo desde o início, mas pode acontecer que alguma coisa lhe passe despercebida ao exame e então, nesse lance próprio para expurgo do processo, dará seu provimento.

Assim pode o juiz indeferir a petição inicial se fôr inepta. Se o não fizer ao recebê-la, poderá fazê-lo no despacho saneador.

Examinadas as questões formais e se nada houver a corrigir, o juiz poderá determinar diligências, como exames e vistorias e decidir sôbre o pedido de provas, feito pelas partes.

Se nenhuma providência houver a ser resolvida, nessa oportunidade, designará o juiz desde logo o dia para a audiência de instrução e julgamento.

O despacho saneador é um instrumento de grande importância pôsto pelo legislador em mãos do juiz. Resta utilizar-se dêle criteriosamente, a fim de servir fielmente ao fim a que se destina.