

Despacho saneador e julgamento do mérito*

CELSO AGRÍCOLA BARBI

Catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

SUMARIO: 1 — Origem do despacho saneador. 2 — Sua introdução no Brasil. 3 — Cód. Proc. Civil de 1939. 4 — Êxito do instituto. 5 — Primeira apresentação do problema. 6 — Exata colocação do problema. 7 — Doutrina e jurisprudência brasileiras. 8 — Insatisfação com a orientação dominante. 9. — Argumentação de Liebman. 10 — Refutação do primeiro argumento. 11 — Defeitos do segundo argumento. 12 — Conceito de oralidade. 13 — Oralidade e oratória forense. 15 — Discussão oral da causa na prática brasileira. 16 — CHIOVENDA e a mitigação da oralidade. 17 — Conclusão.

1 — O Decreto nº 3, de 29 de maio de 1907, criou em Portugal, para certos processos, um despacho destinado a conhecer das nulidades, o qual deveria ser proferido após a fase dos articulados, mas antes da colheita das provas. A jurisprudência e a doutrina lusitanas lhe deram o nome de despacho regulador do processo, e a legislador o aplicou, posteriormente, em vários Decretos, a outras causas.¹

O Decreto nº 12.353, de 22 de setembro de 1926, o estendeu a outros objetivos, inclusive para apreciação da legítimi-

* Aula Inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1º de março de 1968.

1. J. ALBERTO DOS REIS — “Reforma do Processo Civil e Comercial” — pág. 149 e seguinte — 2ª Edição — Coimbra, 1929.

dade das partes e outras questões prévias, de modo a que só restasse para a sentença final a decisão do mérito da causa.

A jurisprudência lusa, todavia, certamente inspirada no princípio da economia processual, aumentou o campo de ação desse despacho, utilizando-o também para decidir o mérito das demandas, quando a questão a ser resolvida fôsse apenas de direito, evitando-se, assim, a colheita de prova que, de antemão, já se sabia ser inútil.²

Sensível ao acêrto da orientação jurisprudencial, o Decreto 18.522, de 3 de julho de 1930, ampliou o despacho também a tôdas as outras questões, para cuja decisão o processo lhe forneça os elementos necessários, esposando, assim, a orientação dos Tribunais.

O Código de Processo Civil de 1939, no artigo 514, e o Código de 1961, no artigo 510, mantiveram aquêles acréscimos, dado o excelente resultado prático obtido.

2 — Esse despacho foi introduzido no Brasil pelo artigo 19 do Decreto-Lei 960, de 17 de novembro de 1938, que regulou os executivos fiscais. Apesar de não lhe dar nome, o Decreto determinou que, após a fase de defesa, o juiz deveria proferir despacho sôbre as nulidades e decidir qualquer matéria estranha ao mérito da causa. Outras funções tinha ainda o despacho, como a determinação de provas e o julgamento do mérito, se o réu fôsse revel ou a defesa tivesse sido apresentada fora do prazo.

3 — Pouco tempo após, o Código de Processo Civil de 1939, nos artigos 293 e 294, ao tratar do processo ordinário, inscreveu o despacho em exame, com o nome de despacho saneador, a ser proferido após a fase de defesa, com as finalidades descritas no art. 294, itens I a V.

Dêsses itens, os de ns II e V contêm matéria apenas de ordenação do processo, pois mandam que o juiz ouça o autor

2. J. ALBERTO DOS REIS — Op. cit. — pág. 180 a 182.

sôbre a contestação, quando o réu tiver reconhecido o fato constitutivo do pedido, mas alegado outro, extintivo do pedido (item II); ou se refere a provas a serem colhidas (item V).

Os demais itens contêm a matéria que deve ser objeto de decisão no despacho saneador. Esta abrange a legitimidade das partes e de sua representação, a existência de legítimo interesse econômico ou moral, as nulidades e irregularidades. Sem dúvida, não foi incluída expressamente a questão de mérito.

4 — A introdução do despacho saneador foi recebida com aplausos gerais do fôro e dos doutrinadores, dada a excelência do instituto, que atendia largamente aos reclamos da economia processual. A função de limpar o processo de questões prévias, de irregularidades, de nulidades, preparando-o para a fase de provas e de decisão do mérito, foi satisfatòriamente alcançada com o nôvo instituto. Várias monografias foram publicadas, examinando os diversos aspectos do despacho saneador, notadamente as de Jacy de Assis, Galeno Lacerda, Jonatas Milhomes, além de inúmeros artigos nas revistas jurídicas, versando problemas específicos do instituto.

5 — Na aplicação prática do saneador, surgiu logo a tentativa, inspirada na idéia de economia processual, de se fazer a decisão do mérito da causa no despacho saneador, quando a questão fôsse apenas de direito, ou quando os fatos, comprovados por documentos, estivessem satisfatòriamente demonstrados, restando apenas o problema da aplicação da lei. Essa tentativa teve mais vulto nas grandes cidades, onde a crônica insuficência de juizes faz com que as audiências sejam marcadas com antecedência de vários meses, e, às vêzes, até mesmo para mais de um ano após a designação da data.

Argumentava-se principalmente que, não havendo provas a serem colhidas em audiência, esta fica restrita ao debate oral da causa. Ora, retardar a solução de uma demanda por vários meses, ou por mais de um ano, sòmente para se fazer o debate oral, é um rigorismo que contraria as exigências práticas de celeridade do processo. Assim, se o juiz entender

que a causa, por dispensar provas, está madura para a decisão, deve êle julgar o mérito imediatamente, sem marcar audiência de instrução e julgamento.

Do ponto de vista da conveniência prática, é inegável o acêrto dessa reivindicação, pois um dos reclamos maiores contra o funcionamento da Justiça localiza-se na sua morosidade.

6 — De início, convém acentuar que o problema foi defeituosamente colocado, sob o prisma técnico: é inadequado falar em julgamento do mérito no despacho saneador, porque a função saneadora significa justamente a limpeza do processo, expurgando as nulidades e irregularidades. Se se julgar o mérito no despacho saneador, êste deixará de ser saneador para ser sentença final. Daí a exata observação de ELIEZER ROSA³ e GALENO LACERDA,⁴ segundo os quais deve-se falar em julgamento do mérito *por ocasião do* despacho e não *no* despacho saneador.

7 — A doutrina e a jurisprudência vacilaram inicialmente, indecisas entre a conveniência prática e a observância do que se entendia ser a sistemática do Código. Em 1945, no vol. 104 da Revista Forente, às fls. 216 e seguintes, publicou ENRICO TULLIO LIEBMAN um artigo que, dada a autoridade incontestada de seu escritor, e o rigor técnico da demonstração, influiu decisivamente na solução do assunto em nossos Tribunais e nas obras doutrinárias que se lhe seguiram.

O consagrado jurista italiano, mestre em nosso direito processual civil, sustentou vigorosamente a impossibilidade do julgamento do mérito sem a realização da audiência de instrução e julgamento, com argumentos que serão expostos mais adiante.

No sentido da opinião dêsse mestre encontramos a quase totalidade da doutrina pátria, geralmente com remissão ao

3. "Dicionário do Processo Civil" — Verbete "Despacho Saneador", pág. 179 e seguintes.

4. "Despacho Saneador" — pág. 141 — Pôrto Alegre, 1953.

seu artigo e aos argumentos ali expostos: LOPES DA COSTA,⁵ JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO,⁶ JACY DE ASSIS,⁷ ALFREDO BUZAIID,⁸ J. FREDERICO MARQUES,⁹ GABRIEL DE REZENDE FILHO,¹⁰ ELIEZER ROSA,¹¹ PONTES DE MIRANDA,¹² HEROTIDES DA SILVA LIMA,¹³ JAUARY GUIMARÃES DE SOUZA MARINHO,¹⁴ JOÃO ALFREDO DE SOUZA MONTENEGRO,¹⁵ ALCIDES DE MENDONÇA LIMA,¹⁶ SADY CARDOSO DE GUSMÃO.¹⁷

Dêsses autores, alguns expressamente consideraram aconselhável, *de jure condendo*, o julgamento do mérito por ocasião do saneador.¹⁸

5. "Direito Processual Civil Brasileiro" — vol. III — págs. 49 e seguintes — 2ª Edição.

6. "O Despacho saneador no ante-projeto de Código de Processo Civil Brasileiro" — pág. 12 — Belo Horizonte, 1967.

7. "Despacho Saneador" — Cap. 3 N° 15 — Uberlândia, 1953.

8. "Ante-projeto de Código de Processo Civil Brasileiro" — art. 359, item I.

9. "Instituições de Direito Processual Civil" — vol. III — pág. 287 — 1ª Edição.

10. "Curso de Direito Processual Civil" — vol. II — pág. 173 — 3ª Edição.

11. "Dicionário de Processo Civil" — pág. 179. "Alguns aspectos do despacho saneador" — in. Rev. Forense — vol. II — pág. 333.

12. "Comentários ao Código de Processo Civil" — vol. IV — pág. 159 — 2ª Edição.

13. "Código do Processo Civil Brasileiro" — vol. I — pág. 571 — 1ª Edição.

14. "Do saneamento da lide" — pág. 121/122 — Manaus, 1956.

15. "Do julgamento antecipado da lide no ante-projeto Buzaid" — pág. 13 — Fortaleza, 1967.

16. "O despacho saneador no Código de Processo Civil Brasileiro", in Revista de Direito Processual Civil — vol. 6° — págs. 142 e seguintes.

17. "O Despacho Saneador" — in Rev. Forense — vol. 166 — pág. 61.

18. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO — loc. cit.. ALCIDES MENDONÇA LIMA — op. cit. — N° 22. JOÃO ALFREDO DE SOUZA MONTENEGRO — op. cit. pág. 9. ALFREDO BUZAIID — loc. cit..

Sob o influxo do trabalho de LIEBMAN e de seus seguidores, a jurisprudência orientou-se, finalmente, de forma franca, no sentido de repelir o julgamento do mérito naquela oportunidade.¹⁹

Poucos autores permaneceram fiéis à orientação contrária, entre eles PEDRO BATISTA MARTINS,²⁰ CARVALHO SANTOS²¹ e principalmente GALENO LACERDA que, em sua excelente monografia sobre o despacho saneador, sustenta com proficiência ponto de vista oposto ao da maioria.²²

8 — A classe dos advogados e dos juizes, notadamente das grandes cidades, onde a marcação de audiências só se faz com grande dificuldade e para datas distantes, não se conforma com a orientação dominante, dado o grande atraso que ela traz ao serviço forense, em especial nas causas relativas à Fazenda Pública, em que, comumente, a divergência é apenas quanto à interpretação de normas legais e a prova geralmente documental. Para reforçar êsse inconformismo, acresce a impressão generalizada de que o debate oral na audiência de instrução e julgamento não tem nenhuma eficácia prática. Reina, assim, a convicção de um retardamento injustificável naquelas causas em que a audiência seja apenas para o debate oral.

Tudo isto mostra a conveniência de um reexame do assunto, em uma tentativa para harmonizar os reclamos da

19. Ac. T. J. Distr. Federal em 14-9-43 — Rev. For. — vol. 100 — pág. 496. Ac. T. J. R.G. Sul, em 19-7-44 e 6-6-946 — in Rev. Forense — vol. 100, pág. 97 e vol. 112, pág. 470. Ac. Sup. Trib. Federal em 9-9-49. — Rev. Forense — vol. 143 — pág. 187. Ac. T. J. Distr. Fed. — em 30-6-953 — Rev. For. — vol. 153 — pág. 275. Ac. T. J. Minas Gerais — em 8-10-957 — Rev. For. vol. 187 — pág. 237. Ac. Supr. Trib. Fed. — em 28-6-60 — in Rev. Forense — vol. 195 — pág. 170.

20. "Comentários ao Código de Processo Civil" — vol. III — pág. 422 — 1ª Edição.

21. "Código de Processo Civil Interpretado" — col. IV — pág. 294 — N° 1 — 1ª Edição.

22. Op. cit. — págs. 141 e seguintes.

prática com a sistemática da lei. É o que se tenta fazer neste trabalho.

9 — A argumentação central de LIEBMAN e dos que seguem sua opinião é simples e pode ser assim resumida:

a) Falta de texto legal que autorize a decisão do mérito sem realização da audiência de instrução e julgamento;

b) o debate oral e a audiência da instrução e julgamento em que êle se realiza são essenciais ao processo oral. Assim, a supressão daquelas partes do processo quebra o princípio da oralidade, que é o característico do atual Código brasileiro.

10 — O primeiro daqueles argumentos é de fácil refutação. Basta lembrar o exemplo do Tribunais portugueses já citado no início dêste trabalho, os quais, sem texto legal expresso, estenderam a compreensão do despacho saneador para permitir o exame do mérito, isto com aplausos gerais e excelente resultado prático, terminando na incorporação do princípio jurisprudencial aos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961.

Acresce, ainda, como acertadamente ensina GALENO LACERDA, que as normas processuais são de caráter nitidamente instrumental, não tendo fim em si mesmas. Assim, admitem perfeitamente a interpretação teleológica.

Nossos repertórios de jurisprudência estão repletos de exemplos de interpretação extensiva de leis, principalmente quando o objetivo a alcançar é a sempre buscada celeridade processual, a economia no processo. Aliás, em incisiva frase, ELIEZER ROSA afirma, a propósito do despacho saneador, que

“A economia processual é o seu primeiro e racional fundamento”.²³

11 — O segundo argumento é o que apresenta características de maior solidez e sobre êle fundam geralmente os demais autores e tribunais sua posição.

23. “Dicionário de Processo Civil” — pág. 197.

Parece-nos, todavia, com o respeito devido a tantos autores que o defendem, que dois pontos sensivelmente falhos se encontram na base dessa argumentação: em primeiro lugar, partem êles de um conceito de oralidade já superado; em segundo lugar, aplicam rìgidamente um conceito de oralidade em casos nos quais êle deveria ceder à conveniência prática, na opinião dos principais formuladores do princípio.

12 — Duas perguntas conexas devem ser formuladas: (a) qual a essência do processo oral? — b) a discussão verbal da causa é essencial ao processo oral?

A primeira indagação encontra resposta em CHIOVENDA, que pode ser considerado o pai da oralidade no moderno direito italiano e cuja obra muito influiu na elaboração do nosso atual Código e na interpretação de seus dispositivos. Diz êle, ao fixar o cerne da oralidade:

“O valor da oralidade consiste essencialmente naquele de seus poliédricos aspectos que se conhece por imediação, ou seja, naquele que permite utilizar na apreciação das *provas a observação direta*”.²⁴

MAURO CAPPELLETTI, um dos mais brilhantes elementos da nova geração de juristas italianos, em trabalho publicado em 1962, submete a profunda revisão o conceito de oralidade, para fixar sua essência, chegando a conclusões aproximadas às de CHIOVENDA nesse particular.²⁵

Em outras palavras, isto significa que a essência da oralidade está em que o julgador deve colhêr diretamente

24. “Instituições de Direito Processual Civil — vol. III — pág. 88 — Trad. Guimarães Menegale — 1ª Edição.

25. “La testimonianza delle parte nel sistema dell’oralità” — vol. I — pág. 298 e Nota — Milão, 1962.

a prova, notadamente a testemunhal “lato sensu”, ter contato íntimo com êsse material de convicção. Em resumo, o principal na oralidade é a *imediação*.

13 — A oralidade, segundo o mesmo CHIOVENDA, tem maior ou menor valor em uma demanda, conforme seja ou não necessária a colheita de provas e segundo a natureza dessas provas. Assim distingue êle três hipóteses: a) causa em que os fatos são incontroversos, só restando questões de direito; b) causa em que há questões de fato, mas com prova apenas documental; c) causa com outras provas, como a testemunhal, o depoimento pessoal, perícia, vistorias. Na hipótese “a”, considera a oralidade de importância menor do que nas outras, mas ainda assim entende que a discussão pode encerrar grande utilidade para esclarecimento das questões. Mas a ausência de atos de instrução torna menos sensíveis as diferenças entre processo oral e processo escrito. Na hipótese “b”, a discussão sobre os documentos será útil como meio de prevenir equívocos.²⁶

14 — M. CAPPELLETTI, escrevendo em tempo mais recente, usa do método de exclusão para chegar à essência da oralidade e, nessa ordem de idéias, entende que

“... a oralidade, e quero dizer uma válida e plausível concepção de oralidade, não pode significar oratória forense...”²⁷

Mais adiante, na mesma obra, o autor acentua a pouca importância e eficácia da discussão verbal da causa segundo a doutrina e a prática italianas.²⁸

26. Op. cit. — vol. III — págs. 88/89.

27. Op. cit. — vol. I — pág. 37.

28. Op. cit. — vol. I — págs. 37/38.

15 — Essa observação de CAPPELLETTI sôbre o direito aplicado italiano encontra similitude na prática brasileira. Os militantes do fôro sabem que o debate oral em primeira instância falhou completamente: a maioria dos juizes o fazem apenas para cumprir formalmente a lei, não dando maior importância às alegações; outros limitam-se a pedir aos advogados que ditem diretamente ao escrivão suas razões; alguns pedem aos advogados que lhes enviem memoriais escritos.

Assim, se se considerar que a discussão oral da causa em audiência é essencial ao processo oral, teríamos de chegar à conclusão que a prática brasileira liquidara a oralidade criada pelo legislador.

Ê necessário, porém, ser realista: não se pode censurar o juiz que se recusa a decidir imediatamente pelo brilho da oratória de um advogado. Louvável é a tendência dos magistrados de examinarem no silêncio de seus gabinetes de trabalho a doutrina e a legislação, meditando longamente antes de aplicarem o direito aos fatos.

Também não se pode criar conflito entre a teoria e a realidade, máxime quando esta encontra fundamento na prudência do juiz, que quer decidir após reflexão aprofundada e calma.

Se a prática italiana e brasileira deixaram de dar valor à discussão verbal da causa, nem por isto se poderá dizer que foi suprimida a oralidade nesses países. Para os autores que entendem importante essa característica, terá havido apenas uma mitigação da oralidade. Para os que, como CAPPELLETTI, consideram aquêle debate como não característico da oralidade, esta persistirá no direito aplicado do país, sem nenhum arranhão na teoria.

A nosso ver, a posição exata é a de M. CAPPELLETTI: a existência do debate oral não é condição essencial para que se considere oral o processo de determinado país.

16 — Ê preciso considerar, ainda, que, mesmo CHIOVENDA, pregoeiro admirável da oralidade, não é intransigente na sua aplicação, que deve ser adequada à vida prática, à qual se destina imediatamente o processo. Afirma o grande mestre que

“Não se deve presumir, ademais, que o processo oral seja de uma estrutura imóvel e fixa, a tal ponto que se haja de aplicar às extremas consequências lógicas em todo os casos e a tôdas as controvérsias.

Se a oralidade em certas aplicações tivesse de produzir maiores prejuízos que vantagens, deveria sacrificar o princípio teórico à utilidade prática”.²⁹

Pensamento semelhante, a respeito do direito brasileiro, encontra-se em MACHADO GUIMARÃES³⁰ segundo o qual

“A oralidade não constitui, em nosso sistema processual, um escopo por si mesmo: ...”

17 — Como se vê na exposição acima, bem examinados os princípios e a realidade prática, a discussão verbal da causa não é essencial ao processo oral, em sua mais moderna conceituação. Ao mesmo tempo, essa discussão tem-se revelado de pouco ou nenhum valor na prática judicial. Em contrapartida, o atraso que ela traz à decisão das causas constitui prejuízo muito maior do que a duvidosa utilidade que ela contém.

Por todos êsses motivos, parece-nos que o assunto merece ser reexaminado pelos juízes e doutrinadores, com o objetivo de conciliar os interesses da prática processual com a sistemática do nosso Código. E, nessa orientação, pensamos que não existe nenhum impedimento legal para que seja julgado o mérito por ocasião do despacho saneador, quando a questão seja apenas de interpretação de leis, ou quando, por não haver necessidade de outras provas, a decisão deva enfrentar apenas a questão de aplicação da norma aos fatos já provados.

29. Op. cit. — vol. III — pág. 88 — N° 311.

30. “A revisão do Código do Processo Civil” — in Rev. Forense — vol. 114 — págs. 5 e seguintes.