

EMBORA IMPORTANTÍSSIMAS, AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES CORREM O RISCO DE NÃO SAÍREM DO PAPEL

Lúcio Delfino

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual. Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

Previstas sobretudo entre os arts. 347 e 353, na Parte Especial, Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença), Título I (Do Procedimento Comum), Capítulo IX (Das Providências Preliminares e do Saneamento), do CPC-2015, as *providências preliminares* provisionam o juiz com medidas a serem *possivelmente* tomadas depois de decorrido o prazo para contestação.

Seu escopo axial volta-se ao encerramento e/ou aprimoramento da fase postulatória, à evolução do saneador¹ e preparação do processo para a fase decisória. Não por outra razão a boa doutrina advoga que as providências preliminares situam-se na *fase ordinatória*, momento no qual o juiz analisa o conteúdo da(s) resposta(s) apresentada(s) pelo réu e, de forma mais ampla, examina o próprio comportamento dele, verificando aquilo que é necessário para apreciar e resolver o litígio² e, mormente, assegura o predomínio do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa.³

Parcela dessas providências preliminares encontra-se substancializada nas três seções que compõem o aludido Capítulo IX, cada qual com ramificações e particularidades próprias. Superado o prazo para contestação (art. 347), resumem-se: i) na determinação judicial para que o autor especifique provas, ausente a defesa e não caracterizado o efeito material da revelia (art. 348); ii) na determinação

¹ O aludido Capítulo VIII regula apenas parcela da *fase saneadora*, que a exemplo do CPC 1973 optou pela técnica de *saneamento difuso*, cujo início se dá já na fase postulatória, progredindo ao longo do procedimento judicial até, e se for o caso, culminar com a *decisão de saneamento e de organização do processo*. De todo modo, o saneamento é uma fase difusa porque está espalhada por toda parte, e pode se verificar, ainda que atipicamente, instantes antes da sentença e mesmo em grau recursal.

² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 197

³ Sobre a relação entre providências preliminares e contraditório: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Código de Processo Civil anotado*. 18^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 409).

judicial para que o autor se manifeste, *mediante réplica*, com a possibilidade de produção de provas, sempre que o réu alegar as *preliminares de contestação* previstas no art. 337 (art. 351); iii) na determinação judicial para que o autor apresente *réplica*, caso o réu alegue em contestação *fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito arguido na petição inicial* (defesa substancial indireta ou exceções de direito material), assegurada a produção de provas (art. 350); e iv) na correção de irregularidades ou vícios sanáveis (art. 352).

Há, além delas, algumas outras espalhadas ao longo do CPC-2015 (exemplos: arts. 343, §1.º, 343, §6.º, 427, parágrafo único, art. 433, etc.), cuja identificação depende justamente da compreensão do que representam as denominadas providências preliminares – atos que, determinados pelo juiz e tomados ou não pelas partes e eventuais terceiros, tornarão o pedido do autor e, se caso, o pedido formulado pelo réu, aptos para julgamento, tudo em observância ao devido processo legal.⁴

Também não se pode deixar de fazer referência a dois dispositivos, igualmente presentes no do Capítulo IX, os quais regulamentam questões afetas ao presente estudo, embora não sejam em si providências preliminares: i) o direito de o réu revelar provas a fim de se contrapor às alegações do autor (art. 349); e ii) a possibilidade de *julgamento conforme o estado do processo* (julgamento de extinção, de antecipação do mérito e de antecipação parcial do mérito), observadas as disposições seguintes (art. 353).

Abaixo, as particularidades mais relevantes envolvendo as providências preliminares:

- i) Segundo o CPC-2015, findo o prazo para contestação, o juiz adotará, conforme o caso, as providências preliminares (art. 347), sempre acompanhadas de adequada fundamentação (art. 489, § 1º), indispensável para esclarecimento e orientação das partes.
- ii) Diversamente do que dispunha o CPC-1973, não há mais referência à expressão *resposta*, presente no dispositivo correspondente ao art. 344 do CPC-2015 (art. 323 do CPC 1973), aquele que, por sua generalidade, abarca, além da própria *contestação*, outras posturas ativas a disposição do autor (*exceções e reconvenção*). A mudança talvez se explique pela *simplificação procedimental*, uma das legendas do CPC-2015, que culminou, entre outras alterações, na concentração de pedidos envolvendo exceção de incompetência e reconvenção na própria peça contestatória. A despeito disso, melhor seria seguir a orientação

⁴ Como bem observa Cassio Scarpinella Bueno, em lição que ora se adapta ao novo regime processual, as providências preliminares taxadas na lei processual (arts. 347 e segs.) são insuficientes por não preverem ou não sistematizarem as consequências que devem advir da apresentação de outras respostas do réu. Assim ocorre no caso da exceção de suspeição ou impedimento, denúncia da lide ou chamamento ao processo e arguição de falsidade documental. Para uma análise completa, consultar: BUENO, op. cit., p. 198.

segura do CPC-1973, porquanto o novo ordenamento processual não eliminou, e nem poderia, a possibilidade de o réu valer-se de estratégias que extravasam a esfera da contestação propriamente dita, algo que inexoravelmente implicará a tomada de específicas providências preliminares.

iii) Especificamente no que tange às providências preliminares, e já considerando, como apregoado alhures, a previsão legal de posturas ativas que podem ser adotadas pelo réu, mas que extrapolam o previsto entre os arts. 347 e 353, esclareça-se que, dentro dos 15 dias previstos para responder (contados segundo dispõe o art. 335), tem ele as seguintes alternativas: a) apresentar contestação (preliminares de contestação e/ou defesas substanciais diretas e/ou indiretas); b) apresentar contestação e nela arguir a falsidade de algum documento apresentado pelo autor (arts. 430 e segs.), cumulando ou não a matéria com outras defesas; c) apresentar contestação e nela aduzir *questão prejudicial* (art. 503, §1º.); d) apresentar contestação e nela suscitar, juntamente com as matérias de defesa ali delineadas, pretensão reconvenção (art. 343); e) ofertar reconvenção independentemente de contestação (art. 343, §6º.); f) oferecer exceção de impedimento e/ou de suspeição (arts. 144 e segs.); g) requerer o desmembramento do litisconsórcio, denunciar a lide ou chamar ao processo; h) permanecer inerte; e i) reconhecer o pedido.

iv) Se o réu limitar-se a exhibir, em tempo e modo adequados, *defesa direta*, não haverá razão que justifique a intimação do autor para impugnar (réplica) os termos da contestação, cabendo ao juiz verificar, de pronto, a existência de irregularidades e/ou de vícios sanáveis e, se caso for, determinar a sua correção (art. 352) para, ato contínuo, ou julgar o processo conforme o seu estado (extinção do processo; julgamento antecipado do mérito, parcial ou total – arts. 354, 355 e 356), ou proferir decisão de saneamento e de organização do processo (art. 357).⁵

v) De outro lado, a contestação fundada em preliminares, e/ou em defesa substancial indireta, impõe ao juiz a tomada de providências para o fim de oportunizar ao autor, no prazo de 15 dias, a oferta da réplica,⁶ sendo facultada a

⁵ Em adaptação aos ensinamentos de Alcides de Mendonça Lima, ainda hoje pertinentes, deve ficar claro que, apesar da relevância das providências preliminares, não são elas sempre indispensáveis a todo e qualquer procedimento. Se um processo não padecer de vícios ou nele não se verificar um dos fatos elencados nos textos legais pertinentes, então prescindida estará a efetivação das providências preliminares, de todas elas ou ao menos de algumas, indo o processo diretamente para o julgamento, com a sua extinção, com resolução de mérito, de forma antecipatória (total ou parcial), ou depois de proferida audiência de instrução e julgamento. (LIMA, Alcides de Mendonça. As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Vitória Artes Gráficas, 1975. p. 13-37).

⁶ Sobre a réplica, consultar: REDONDO, Bruno Garcia. Réplica, tréplica e quadruplica: institutos relevantes indevidamente desprestigiados. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Vol. XI. Ano 7. Rio de Janeiro: UERJ, 2013. p. 34-45.

ambos os litigantes a produção de provas (arts. 350 e 351). Por detrás dessa determinação está, sem dúvida, o contraditório em sua feição substancial (art. 10), que confere às partes o direito de participar da construção das decisões judiciais e de não serem surpreendidas por elas.

vi) Ressalte-se que não há referência no Capítulo IX sobre as possibilidades de o réu, no prazo para contestação, arguir a falsidade de algum documento, aduzir questão prejudicial, ou mesmo oferecer, independentemente de contestação, pretensão reconvenção, ofertar exceção de impedimento e/ou suspeição do juiz, requerer o desmembramento do litisconsórcio, a denúncia a lide ou o chamamento ao processo. No entanto, elas persistem e encontram regramento específico em setores variados do CPC-2015, cada qual suscitando providências próprias a serem adotadas, caso a caso, pelo magistrado.

vii) Em sendo a hipótese de inércia do réu, verificando o juiz a inocorrência do efeito material da revelia, será tomada providência preliminar destinada a determinar que o autor especifique as provas que pretenda produzir, *se ainda não as tiver indicado*. De todo modo, ao revel é sempre assegurado o direito de produzir provas para redarguir as alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar atos indispensáveis a essa produção (art. 349). Entretanto, não se fazendo representar, e submetido à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 344), o revel provavelmente sujeitar-se-á ao julgamento antecipado do mérito (NCPC, art. 355, II), depois de verificados e supridos eventuais irregularidades e/ou vícios sanáveis (art. 352).

viii) Havendo, por fim, julgamento com resolução de mérito mediante decisão que homologue o reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, “a”), as providências preliminares se mostrarão despendidas.⁷

Nem é preciso demorar-se em apontar os benefícios de uma *fase ordenatória* no âmbito procedimental. Isso é o óbvio ululante. O que talvez não seja tão evidente é que de nada adiantam as boas intenções do legislador se ausente motivação para torná-las realidade. Para ser mais claro: as vantagens oriundas da opção legislativa simplesmente evaporam caso a comodidade e a falta de zelo permaneçam como norte de atuação de muitos juízes (e também de advogados, que devem exigir o cumprimento da lei).

E no que toca ao tema abordado, a história é pródiga em demonstrar como a praxe forense pode demolir um regime processual positivado e substituí-lo por método de atuação utilitarista, cujos coloridos apresentam-se acinzentados: i) as previsões legais do CPC-1973 que impunham circunstâncias nas quais o autor devia ser intimado para ofertar a réplica eram desgraçadamente ignoradas, substituídas por uma prática, *sem respaldo legal*, que levava à automática intimação do autor em

⁷ Scarpinella Bueno posiciona-se de maneira diversa: BUENO, op. cit., p. 196.

todo e qualquer caso para se manifestar sobre a contestação apresentada aos autos – a prática forense “adaptou” a réplica e a tornou *obrigatória*, com desperdício de tempo e energia das partes e do julgador (e isso vem ocorrendo ainda hoje, mesmo depois da publicação do CPC-2015); ii) também por mera comodidade era adotado, de canto a canto do país, o rotineiramente chamado “despacho de especificação de provas”, sempre que concluída a fase postulatória, manejado de forma robótica pelas secretarias judiciais, em manifesta repulsa às regras processuais positivadas, significando isso, ao fim e ao cabo, um retardo considerável no trâmite processual (outrossim, a prática também insiste em permanecer);⁸ iii) não raramente a fase saneadora só era colocada em prática ao final da atividade instrutória, pouco antes de se proferir a sentença (ou na própria sentença), ainda que as partes tenham suscitado preliminares e/ou indicado vícios processuais, tudo em abandono ao procedimento previsto em lei e aos seus benefícios mais elementares (algo corriqueiro atualmente).

Essas ocorrências indicadas acima não eram extraordinárias, praticadas aqui e ali de maneira fortuita, mas algo que se multiplicou em progressão geométrica, cresceu parasitariamente, fez metástases e prosperou a ponto de tornar letra morta, em termos gerais, importantes aspectos desse modo de operar o processo pretendido pelo legislador e cujo escopo atrela-se à organicidade, eficiência e contenção de custos.

Uma vez mais corre-se o risco de ficar-se a debater como mosca no visco da armadilha: lei e doutrina apontam como *deve ser*, mas a prática forense faz seus ajustes e segue rumo que se lhe apresenta mais facilitado ... Mas que pelo menos não alimente o leitor aquela sensação agridoce, que só recrudescer ainda mais a indiferença tão comum em nossos dias, a envolver, num primeiro contato com a realidade da lei, percepções positivas, porém inevitavelmente resultando, depois, num amargor persistente, a eliminar quase por completo o sabor inicial.

Que sirva a crítica então como advertência que emancipe a todos de impressões aderentes e anestésicas, impregnadas mentalmente pela repetição maquinal imposta pela prática forense, a iludir e levar à crença de que se trabalha sem distorções, segundo a normalidade de um procedimento idealizado pelos representantes legítimos do povo. Sobretudo, que valha como firme incentivo à concretização sólida dessas medidas tão especiais e necessárias para o funcionamento ideal da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.⁹

⁸ Sobre o malsinado *despacho de especificação de provas*: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 405.

⁹ Para um estudo mais completo do tema: DELFINO, Lúcio. Reflexões sobre as providências preliminares no Novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 161-183, out./dez. 2015.