

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO — ALCIDES DE MENDONÇA LIMA
ALFREDO BUZAID — ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JR. — ARAKEN DE ASSIS
E. D. MONIZ DE ARAGÃO — ELÍCIO DE CRESCI SOBRINHO — EDSON PRATA
FLÁVIO PÂNCARO DA SILVA — HUMBERTO THEODORO JR.
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (ORG.)

SANEAMENTO DO PROCESSO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
PROF. GALENO LACERDA

Sergio Antonio Fabris Editor

Porto Alegre / 1989

SOBRE A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE SANEAMENTO

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Professor Livre-docente do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

SUMÁRIO

1. Polêmica atinente à preclusão da decisão saneadora.
2. Acepção dogmática da expressão “questões decididas”.
3. Posicionamento da doutrina anterior.
4. Atualidade da lição de GALENO LACERDA.
5. Limites da eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento no atual CPC.
6. Orientação doutrinária e jurisprudencial des- toante.
7. Inocorrência de preclusão “pro iudicato” da matéria cognoscível de ofício.
8. Posicionamento do Su- premo Tribunal Federal.
9. Considerações conclusivas.

1. POLÊMICA ATINENTE À PRECLUSÃO DA DECISÃO SANEADORA

Diferentemente da legislação processual civil revogada, em que o denominado despacho saneador tinha por escopo escoimar os eventuais vícios que maculavam o processo,¹ introduziu-se, no sistema vigente, uma verdadeira *fase* destinada à consecução daquela mesma finalidade.

1 – Consulte-se, por todos, ENRICO T. LIEBMAN, O despacho saneador e o julgamento do mérito, in “*Estudos sobre o processo civil brasileiro*”, São Paulo, J. B., 1976, pág. 98-9.

Com efeito, consoante a estrutura conferida pelo atual Código de Processo Civil ao procedimento comum ordinário, encerrada a fase postulatória, tem início, em imediata sequência, a fase saneadora, na qual, a teor do disposto no art. 323, poderá haver necessidade de *providências preliminares*, visando ao *saneamento do processo*.

Satisfeitas, se for o caso, tais providências, passa-se ao momento primordial da aludida fase procedimental, com a conclusão dos autos ao juiz, a fim de que profira *juízo conforme o estado do processo* (art. 328), ou, não sendo caso, *decisão declaratória de saneamento* deste (art. 331).

É então nesse provimento jurisdicional que o juiz, além de deferir a produção dos meios de prova tidos como necessários à formação de sua convicção, e de designar audiência de instrução e julgamento, deverá decidir todas as eventuais questões, suscitadas ou não, atinentes ao objeto formal do processo, e que obstem ao desenvolvimento da marcha procedimental.²

Problema interessante, sobre o qual parece não se ter ainda chegado a solução uniforme, é o referente à amplitude do efeito preclusivo da decisão de saneamento do processo.

Parte da doutrina e da jurisprudência pátrias continua entendendo, com arrimo no disposto no art. 471 do Código de Processo Civil, ser defeso ao juiz reapreciar, no curso do processo, toda questão, objeto da decisão saneadora, a respeito da qual operou-se preclusão.

Observe-se que, na verdade, essa controvérsia remonta à orientação que se formara sob a égide do revogado estatuto processual, em decorrência do art. 289, que parecia obstar a novo exame, no mesmo processo, de questões já decididas, *verbis*:

“Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide...”.

2. ACEPÇÃO DOGMÁTICA DA EXPRESSÃO “QUESTÕES DECIDIDAS”

Note-se, a propósito, que o acima transcrito dispositivo legal foi parcialmente transplantado do Projeto Mortara, que, de modo mais explícito, em seu art. 291, preceituava:

2 – V., a propósito, amplamente, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Do julgamento conforme o estado do processo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pág. 63 e ss., 281 e ss..

“Nessun giudice può tornare a decidere le questioni già decise con una sentenza, quando riguardano medesima lite...”.

Assim, a locução “questões decididas”, também inserida na redação do polêmico art. 287 do Código de 1939³, devia ser considerada à luz da conhecida construção de Carnelutti, relativa à distinção entre “processo integral” (contendo toda a lide) e “processo parcial” (contendo apenas parte da lide).⁴

O que realmente vinha então vetado, no ordenamento processual anterior, como mais claramente se denota no texto do dispositivo que lhe serviu de modelo, era o novo julgamento de questão sobre o próprio *meritum causae*, significando que o mesmo *thema decidendum* não poderia ser novamente suscitado com fundamento em tal questão, quer o juiz a tivesse decidido, quer não.⁵

Daí porque, bem analisado o problema, não poderia haver dúvida de que a norma em exame se referia, tão-somente, aos provimentos jurisdicionais definitivos.

3. POSICIONAMENTO DA DOCTRINA ANTERIOR

Todavia, aproximando a concepção chiovendiana, impeditiva do reexame das questões já decididas,⁶ de nosso revogado estatuto processual, afirmou Liebman que tal regra também incidia, “indubitavelmente aos despachos interlocutórios, inclusive o despacho saneador,

3 – V., a respeito JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro, tese, 1967, pág. 96 e ss. V., também, BARBOSA MOREIRA, Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo, in “*Temas de direito processual*”, 2: s., 2: ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pág. 242 e ss.

4 – Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5: ed., vol. 1, Roma, Foro Italiano, 1956, pág. 255 e s.. Consultem-se, ainda, JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, São Paulo, tese, 1963, pág. 39 e ss.; LIEBMAN, O despacho saneador e o julgamento do mérito, in “*Estudos*”, cit., pág. 112.

5 – Cf. LIEBMAN, Limites objetivos da coisa julgada, in “*Estudos*”, cit., pág. 163.

6 – V. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, 2: ed., trad. port. J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1965, pág. 377-8, com a afirmação de que “para as questões decididas numa sentença interlocutória (tornada, por sua vez, definitiva, no sentido de que não seja mais impugnável), fica preclusa a faculdade de renová-las no curso do mesmo processo”. Lembre-se no entanto,

os quais — posto que não tenham efeito de coisa julgada (art. 288, CPC) — produzem, se não recorridos ou não recorríveis, a preclusão das questões decididas, que tem efeito para todo o processo no qual foram proferidos. O CPC tem, com efeito, sancionado o sadio princípio que limita o conceito e o efeito da coisa julgada à sentença que decidir a lide (art. 287 e 288)".⁷

Asseverava, em conclusão — e por paradoxal que possa parecer —, que a norma do art. 289, impeditiva do juiz decidir novamente as questões já examinadas, relativas à mesma lide, estendia-se igualmente às decisões interlocutórias, "no sentido de que se forma sobre as questões nelas decididas, *qualquer que seja a sua natureza*, uma preclusão que impede ressuscitar a discussão sobre elas no curso do mesmo processo, ressalvada unicamente a possibilidade dum recurso, quando for permitido".⁸

Ressalte-se que tal orientação granjeou inúmeros adeptos, influenciando, ainda, a jurisprudência coeva.⁹

Não era essa, no entanto, a melhor exegese do citado art. 289 do Código de 1939.

Com efeito, depois de procurar deixar bem claro que esse preceito legal regulava as decisões dispositivas, Pedro Batista Martins patenteou, outrossim, que continha ele, na verdade, a regra da imutabilidade da sentença e não, à evidência, de atos decisórios outros, acerca de questões estranhas à lide.¹⁰

que, consoante o jurista peninsular, sentenças interlocutórias são aquelas "que não põem fim à relação processual, mas provêem *no curso desta* acerca de uma demanda ou sobre uma exceção..." (cf. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923, pág. 803).

7 — Cf. anotações às *Instituições de direito processual civil* de CHIOVENDA, vol. e loc. cit., nota 6, com destaque nosso.

8 — Cf. anotações cit., com destaque nosso.

9 — V. ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Direito processual civil brasileiro*, vol. 3, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pág. 110; ROBERTO DE REZENDE JUNQUEIRA, *O despacho saneador no Código de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1947, pág. 42; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940, pág. 156; JAUARY GUIMARÃES DE SOUSA MARINHO, *Do saneamento na lide*, Manaus, Sergio Cardoso, 1956, pág. 121-2; JONATAS MILHOMENS, *Teoria e prática do despacho saneador*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, pág. 133 ss.; JOSÉ LOPES DE OLIVEIRA, *Despacho saneador*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, pág. 81 ss.; RT, 240:271.

10 — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1942, pág. 356-7.

Com idêntica visualização, Moacyr Amaral Santos, na sua conhecida monografia sobre "As condições da ação no despacho saneador", após expor o ponto de vista sufragado por Liebman e seus seguidores, entende que o juiz pode declarar saneado o processo, e, na dúvida, remeter o exame da matéria atinente às condições da ação para a decisão final, "oportuna em que, em face de mais completos informes, com conhecimento cabal, se achará apto para dirimí-la".¹¹

Ora, "se o processo tem de continuar, aconselhável é, em boa doutrina, se consinta a reapreciação da matéria referente às condições da ação, quer na decisão final, quer em segunda instância, sem necessidade de formal agravo no auto do processo."¹²

4. ATUALIDADE DA LIÇÃO DE GALENO LACERDA

Partindo da concepção esposada pelo autor do Anteprojeto do Código de 1939, o insigne GALENO LACERDA, na obra que veio a lume há sete lustros, e que marcou época na literatura do direito processual civil pátrio, refutou agudamente a posição de Liebman sobre esse assunto,¹³ no sentido, como visto, da impossibilidade de ser reavivado, no curso do processo, o exame acerca das questões cujo deslinde já havia sido coberto pela preclusão.

Com efeito, não obstante silente, nesse particular, a respeito da mencionada teoria carneluttiana, após sistematizar as nulidades processuais e tentar solucionar os problemas que defluíam da atividade saneadora do juiz, GALENO LACERDA, em ensinamento que continua, no seu aspecto fulcral, preciso e atual,¹⁴ afirmava que "A violação de normas imperativas, ao contrário do que ocorre com a anulabilidade,

11 - São Paulo, s/ed., 1946, pág. 105-6.

12 - Cf., ainda, AMARAL SANTOS, *As condições da ação no despacho saneador*, cit., pág. 106.

13 - Cf. *Despacho saneador*, Porto Alegre, Sulina, 1953, pág. 164-5.

14 - Note-se que GALENO LACERDA, como muitos outros processualistas, insere as denominadas condições da ação no próprio mérito da causa. Para o que nos interessa, no entanto, tal fato delinea-se irrelevante, mesmo porque, à luz do Código de Processo Civil vigente, quando não coexistirem aquelas, haverá *carência da ação* e o juiz deverá por fim ao processo *sem julgamento do mérito* (cf. art. 267, VI).

deve ser declarada de-ofício pelo magistrado. Enquanto, porém, a ofensa à lei reclamada pelo interesse público provoca nulidade insanável, a infração de preceito imperativo ditado em consideração a interesse da parte impele o juiz a tentar o suprimento, antes de declarar a nulidade.

Ora, o problema da preclusão de decisões *no curso do processo* é substancialmente diverso do problema da preclusão das decisões *terminativas*. Enquanto nestas o magistrado *esgota a jurisdição*, extinguindo a relação processual, naquelas ele *conserva a função jurisdiccional*, continua preso à relação do processo.

Em face desta premissa, a pergunta se impõe: Pode o magistrado, que conserva a jurisdição, fugir ao mandamento de norma imperativa, que o obriga a agir de-ofício, sob pretexto de que a decisão interlocutória precluiu? Reconhecido o próprio erro, poderá a falta de impugnação da parte impedi-lo de retratar-se? Terá esta, com sua anuência, tal poder de disposição sobre a atividade ulterior do juiz?

A resposta, evidentemente, no caso, deve ser negativa. Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa.

Daí se conclui que a preclusão *no curso do processo* depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.¹⁵

Assim, em síntese, aduz o eminente processualista gaúcho, que continua a impender ao juiz, “enquanto perdurar a jurisdição a obrigação primordialíssima de perquirir dos pressupostos que legitimam o direito de ação. *Se, acaso, em despacho irrecorrido, tiver considerado existentes tais condições, nem por isto ficará isento do dever de retratar-se, na hipótese de erro*”.¹⁶

15 — Cf. *Despacho saneador*, cit., pág. 160-1.

16 — Cf., ainda, *Despacho saneador*, pág. 167-8.

5. LIMITES DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE SANEAMENTO NO ATUAL CPC

Examinando, já agora, o âmbito dos efeitos preclusivos da decisão saneadora do processo no vigente Código de Processo Civil, é de salientar-se, de início, com J. J. Calmon de Passos, que tal provimento de natureza interlocutória deve também declarar a regularidade formal do processo no que diz respeito aos pressupostos processuais, às condições da ação e aos atos do procedimento em curso, tido como validamente instaurado e desenvolvido.¹⁷

Como esse pronunciamento judicial é recorrível, com a preclusão para a interposição da cabível impugnação, o seu conteúdo decisório, a teor do disposto no art. 473, não mais poderá ser discutido pelos litigantes.

Afigura-se mesmo despiciendo acrescentar que esse correto entendimento no sentido de que todas as questões decididas na declaração de saneamento do processo, não mais poderão “ser discutidas, desde que a decisão não haja sido impugnada pelo recurso adequado”,¹⁸ resulta unânime em sede doutrinária e jurisprudencial.

Daí porque, a eficácia preclusiva da decisão de saneamento do processo se irradia, em princípio, sobre toda a matéria que faz parte de seu núcleo decisório, tão-somente para as partes, desde que se mostrem, por não terem recorrido, presumivelmente conformadas com o provimento judicial.

Por outro lado, em decorrência do disposto no § 3º do art. 267, não há se cogitar de eficácia preclusiva, *in casu*, para o juiz, que poderá, até o momento de proferir sentença, reexaminar a matéria atinente aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação (cf. incs. IV, V e VI do art. 267).

Poderá, outrossim, rever o objeto da decisão saneadora, correspondente ao seu conteúdo ordenatório, que se refere à formação

17 - V. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, s/d., pág. 444.

18 - V., e. g., MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 234; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1974, pág. 171.

do livre convencimento, determinando a produção das provas entendidas necessárias à instrução do processo.¹⁹

6. ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DESTOANTE

Todavia, alguns ilustres processualistas, continuam afirmando que a decisão declaratória de saneamento desde que irrecorrida, fica coberta pela preclusão, impedindo o reexame da matéria relativa ao âmbito decisório, independentemente de sua natureza.

Pontes de Miranda assevera que “se houve algum ponto de direito ou de fato e para que se chegasse a esse ponto houve prazo, a preclusão afasta qualquer reexame e julgamento pelo juiz”: se o juiz disse sim, ou não, não poderá passar ele a dizer não, ou sim.²⁰

Barbosa Moreira, a seu turno, é peremptório ao afirmar que “O despacho saneador produz a preclusão: a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação da parte, pelo juiz...; e também b) das questões não decididas — desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício — cuja solução cabia no despacho saneador... A preclusão não significa, no caso da letra b, que as questões devam considerar-se, por inútil ficção jurídica, ‘implicitamente decididas’, como às vezes se afirma: significa, sempre e apenas, que daí em diante já não é possível apreciá-las.”²¹

19 — Cf. LAURIA TUCCI, *Do julgamento conforme o estado do processo*, cit., pág. 300-1; BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982, pág. 73; HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, pág. 402. V., outrossim, com idêntica visualização, MICHELE TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, “RDP”, 1984, I, pág. 90: “È invero evidente che il diritto delle parti alla prova non significa monopolio esclusivo delle parti sulle prove, e quindi non implica l’esclusione di autonomi poteri istruttori del giudice. Se le parti possono dedurre tutte le prove che ritengono rilevanti, non né deriva in linea di principio alcuna preclusione ad eventuali iniziative istruttorie del giudice, dirette ad un piú completo accertamento dei fatti...”.

20 — *Comentários ao Código de processo Civil*, t. 5, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 211. V., no mesmo sentido, ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS, O pedido de reconsideração e preclusão das decisões judiciais, “*Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*”, 2 (1988):316.

21 — *O novo processo civil brasileiro*, cit., pág. 73-4.

Nessa mesma ordem de idéias, Calmon de Passos aduz que a eficácia preclusiva não opera unicamente quando o magistrado decide, de modo expresso, uma questão. Opera, igualmente, mediante decisão implícita, “quando, por exemplo, o despacho interlocutório tem, de acordo com a lei, uma função específica que não pode ser realizada sem decidir previamente alguma questão processual.” E, hoje — com a complementa —, o nosso sistema processual impõe expressamente ao juiz o exame do objeto formal do processo, de sorte que, na decisão declaratória de saneamento, haverá, sempre, um julgamento acerca da regularidade do processo e das condições de admissibilidade da ação.²²

Nota-se, inclusive, que tal visualização é ainda acolhida, de modo expresso, em certas manifestações pretorianas, como v. g., no acórdão da Terceira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 182.620-1, *verbis*:

“Como lembra J. C. Barbosa Moreira, ‘o despacho saneador produz a preclusão de todas as questões decididas *ex officio* ou mediante provocação da parte’ (‘O novo processo civil brasileiro’, 4ª ed., vol. I/87)... Ou, nas palavras do já citado Prof. Calmon de Passos, ‘uma vez prolatado o saneador, afirmando-se as partes legítimas, se não recorrido, preclusa estará a apreciação da matéria em momento posterior... Afirmada a existência das condições da ação e verificando o Juiz, ao ter de prolatar sua sentença de mérito, que elas inexistem, só lhe resta a alternativa da improcedência, vedada a solução pela carência de ação’ ”.²³

Assim também, em outro venerando acórdão da Oitava Câmara do mesmo Tribunal paulista, ao patentear que o juiz de primeiro grau “entendeu possível o reexame da matéria, invocando, para tanto, a norma inserta no art. 267, § 3º ... Houve, entretanto, com a devida vênia, equivocada interpretação por parte do culto julgador. O fato de poder o Juiz, em qualquer tempo, até a sentença de mérito, examinar as referidas matérias, não significa que possa reexaminá-las, se já

22 — Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., pág. 446-7.

23 — Cf. *JTACSP (Lex)*, 93:270. V., também, *JTACSP (Lex)*, 84:275.

foram apreciadas e da decisão dada não foi interposto recurso no prazo. É curial que o Juiz pode delas conhecer, a qualquer tempo, se ainda não foram conhecidas e decididas...".²⁴

Não obstante a autoridade científica dos que sufragam esse posicionamento, afigura-se ele insustentável perante o atual sistema processual vigente em nosso país, restando plenamente válida, como ressaltado, a lição de GALENO LACERDA acerca do presente tema.²⁵

7. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO "PRO IUDICATO" DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO

E isso porque a matéria relativa aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação extravasam do poder de disposição das partes, e subordinam-se à "investigação de ofício pelo Estado, como uma das consequências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder, correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação mesmo que ocorra a revelia do réu".²⁶

A possibilidade de cognição *ex officio* dessa matéria corresponde evidentemente à garantia de boa administração da justiça, sendo que eventual inércia do magistrado, "lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión".²⁷

Chiovenda advertia, a propósito, que, quando o sistema processual reclama um determinado pressuposto de validade do processo, delinea-se ele de interesse público e, portanto, o seu exame deve ser efetivado oficiosamente pelo agente do Poder Judiciário.²⁸

24 - Cf. JTACSP (Lex), 97:295. V., acatando a mesma orientação, RT, 574:110; e, ainda, os inúmeros arestos compilados por ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS, *O pedido de reconsideração*, cit., pág. 313 e ss..

25 - Aliás, por ele mesmo reiterada, já sob a égide do atual CPC, ao relatar o acórdão proferido no julg. do AI 42.558, da 3ª Câm. do TJRS, em RT 573:217: "... o despacho saneador, em regra, não faz coisa julgada, *tese que sempre sustentei* e que foi acolhida pelo Código, no art. 245, parágrafo único..." (com destaque nosso).

26 - Cf. EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 449-50.

27 - Cf. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, in "*Estudios de derecho procesal*", Buenos Aires, Zavalia, 1985, pág. 303.

28 - Cf. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, pág. 326.

Repita-se, pois, que, por força do disposto no aludido § 3º do art. 267, inexistente preclusão *pro iudicato*, ainda que o juiz tenha decidido expressamente a respeito daquelas questões.²⁹

Assim, se no curso do processo, “enquanto não proferida a sentença de mérito” (cf. art. 267, § 3º), descobrir o juiz que se equivocara acerca de uma de tais questões, “decidindo-a com desacerto, mandam-lhe o princípio da economia processual, a função de dirigente do processo conforme as disposições do Código (art. 125) e o dever de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), reexaminá-la e decidi-la novamente. É o que autoriza o referido § 3º do art. 267, conforme o qual ‘o juiz conhecerá de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição’ das aludidas matérias, enquanto não proferida a sentença de mérito”.³⁰

Adotando esse mesmo entendimento, Ernane Fidélis dos Santos, concui que, no concernente aos pressupostos processuais positivos, ou negativos, e às denominadas condições da ação, a matéria interessa substancialmente à atividade jurisdicional. Por via de consequência, a respeito dessa temática, não há se falar em julgamento explícito

29 – Cf., também, MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 496: “... livre é ao juiz, por ocasião do julgamento da causa, reexaminar as respectivas questões de ofício e, com maiores razões por provocação da parte, ainda que quanto às decisões das mesmas se tenha operado a preclusão”.

V., em sentido contrário, entendendo que, neste caso, existindo pronunciamento do juiz, ainda que de modo implícito, haverá preclusão *pro iudicato*, tornando irrevogável a decisão: FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, cit., pág. 172; e, com ele, EDSON RIBAS MALACHINI, Do julgamento conforme o estado do processo, “REPRO”, 6:108; RT, 576:93: “O agravo de instrumento constitui o remédio processual específico para obstar à consumação da preclusão *pro iudicato*. Todavia, se não interposto tal recurso, essa forma de preclusão veda seja a questão reapreciada na superior instância”.

30 – Cf. AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas* cit., pág. 235. V., em idêntico senso, MONIZ DE ARAGÃO, O julgamento conforme o estado do processo, “RT”, 502:16; JORGE LUÍS DALL’AGNOL (*Pressupostos processuais*, Porto Alegre, Le-Jur, 1988, pág. 60-61): O julgador tem o dever de conduzir o processo despido de quaisquer vícios; se, porventura, vislumbrando ele a existência de determinado pressuposto processual, declarar saneado o processo, poderá evidentemente, em momento ulterior, reexaminar o assunto, “sob pena, até, de o juiz ter de decidir com afronta à norma imperativa (que determina constante atuação em prol da regularidade do processo) e contrariando, inclusive, sua própria convicção”.

e, muito menos, em implícito, sujeito à preclusão, uma vez que não se pode conceber a distribuição de justiça pelo Estado, sem que estejam preenchidas as condições de admissibilidade do julgamento da lide. "A questão é de ordem pública".³¹

Acrescente-se, sob tal ótica, que os fins publicísticos do processo civil contemporâneo, como observam Devis Echandía³² e Dinamarca, transcendem aos interesses das partes, de modo que a ausência de preclusão favorece a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação desestabiliza a ordem pública: "as condições da ação permanecem sujeitas a verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência da ação a qualquer tempo".³³

Partilhando dessa mesma opinião, Ovídio Baptista da Silva, ressalta ser bem compreensível, pelos padrões modernos, a evidente repulsa dos tribunais pátrios, os quais, cada vez com maior freqüência, têm proclamado que a decisão a respeito das condições de admissibilidade da ação não enseja preclusão, sendo possível ao juiz, ao julgar a demanda, reapreciar a matéria e decidir em sentido antagônico ao seu próprio pronunciamento anterior.³⁴

Realmente, consoante a experiente afirmação do ilustre jurista gaúcho, os pretórios de nosso país, pouco a pouco, vêm sufragando esse correto entendimento, tendo, inclusive, sido consagrado no Simpósio de Curitiba,³⁵ e reiterado no Sexto Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, em sua Conclusão n.º 9, *verbis*: "Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito".³⁶

31 - *Manual de direito processual civil*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 74. V., ainda, ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, 3.ª ed., vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, pág. 261.

32 - *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, cit., pág. 303.

33 - *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, tese, 1986, pág. 40 e nt. 28, pág. 336.

34 - *Curso de processo civil*, vol. I, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1987, pág. 163.

35 - Conclusão XV: RT 482:271.

36 - Cf. JTACSP (Lex), 98:278; 91:282. V., ainda, em idêntico senso: RT, 613:212: ac. da 3.ª Câm. do TJPR, no julg. da Ap. 472/86, em 24.6.86, rel. PAULO FURTADO: "Tratando-se de condição da ação não ocorre preclusão, mesmo existindo decisão a respeito. Conseqüentemente, é admissível o acolhimento da preliminar de ilegitimidade *ad causam* na sentença final, mesmo que tal matéria já tenha sido decidida no saneador"; 566:219: ac. da 2.ª Câm. do TJPR, no julg. do AI 48/82,

8. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Releva, ainda, notar que se afigura exatamente essa a orientação predominante na Excelsa Corte.

Em recentes e reiterados julgamentos o Supremo Tribunal Federal tem dado guarida à tese da impreclusividade *pro iudicato* da matéria constante dos incisos IV, V e VI, do art. 267, mesmo que examinada na decisão declaratória de saneamento irrecorrida.

Com efeito, a Primeira Turma, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 92.008, do Estado de Santa Catarina, expressou, *verbis*:

“Representação Processual. Irregularidade. Ausência de preclusão. Art. 267 § 3º do CPC. — Equacionada a questão sobre a ausência de pressupostos processuais, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob a alegação de preclusão. — Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte”.³⁷

No voto, então proferido, acentuou o eminente Relator, Ministro Rafael Mayer, que o art. 245 do CPC “*excepciona, em seu parágrafo único, do evento da preclusão, as hipóteses em que as nulidades devam ser decretadas de ofício. Em correlação, o § 3º do art. 267 determina conheça o Juiz, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, de certas matérias que induzem a extinção do processo sem o julgamento do mérito. Não ocorre preclusão para conhecer-se de tais matérias, senão quando da prolação da própria sentença de mérito, e o fato de alegação tardia pela parte apenas lhe importa na apenação pelas custas do retardamento.*”

em 20.4.82, rel. ABRAHÃO MIGUEL: “Não se equivoca e não faz por merecer reparos a decisão que julga saneado o processo e se reserva para o exame da matéria ao final, por se constituir nas chamadas ‘preliminares de mérito’ ”; 557:103: ac. da 6ª Câm. do 1º TACSP, no julg. da Ap. 281.609, em 4.8.81, rel. NÉLSON ALTEMANI: “Não há preclusão do saneador quando se trata de matéria concernente às condições da ação e examinável até mesmo de ofício, mormente se foi ressalvada a questão”; BAASP, 1.521-296: ac. da 2ª T. do TFR, no julg. da Ap. 114.140, em 28.8.87, rel. COSTA LIMA: “Ainda que reconhecida a presença das condições da ação, por ocasião do saneador, nada obsta a que o julgador, em face à prova produzida e por ocasião da prolação da sentença, volte a se pronunciar sobre o tema, nos exatos limites do contido no art. 267, § 3º do CPC”; THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 18ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1988, nts. 53 a 55 ao art. 267, pág. 160.
37 — RTJ, 94:445.

Ora, dentre tais matérias está precisamente a versada no ponto em referência, pois a remissão do § 3º se reporta ao item IV onde se dá, como conhecível naquelas condições, a *ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo* e a alegação sobre a irregularidade da representação está incluída nessa categoria normativa.

Não poderia, portanto, o acórdão recorrido, pondo a questão, eximir-se de apreciá-la sob a razão de estar preclusa, pois em assim decidindo denegou aplicação aos preceitos invocados.”³⁸

No mesmo sentido, outrossim, em outro nobilíssimo julgado, da lavra do Ministro Alfredo Buzaid, *in Ação Cível Originária n. 268 (Ag Rg)*, do Distrito Federal, decidiu o Egrégio Tribunal Pleno que “... o Código de Processo Civil adotou o princípio de que a verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação fosse feita desde o despacho que aprecia a petição inicial e em qualquer momento posterior do processo civil, até o julgamento definitivo da lide, que exaure o ofício jurisdicional (CPC, art. 267, § 3º).

c) acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, enquanto não acabar seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da sentença definitiva.

A preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada”.³⁹

E, no corpo do acórdão, lê-se, ainda que o “CPC dispõe no art. 473 que, ‘É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão’. Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, *pode haver preclusão para a parte, não, porém, para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada relativa ao julgamento da lide, que o direito brasileiro erigiu à eminência de garantia constitucional (Constituição da República, art. 153, § 3º)’*”.⁴⁰

38 – RTJ, 94:448.

39 – RTJ, 101:901.

40 – RTJ, 101:907.

Igualmente, e em venerando acórdão também relatado pelo Ministro Rafael Mayer, no Recurso Extraordinário nº 103.949, do Estado de São Paulo, decidiu a Primeira Turma, com arrimo em doutrinação de Moacyr Amaral Santos, que a “boa doutrina vai além desse entendimento, no sentido de recusar que as questões no art. 267, IV, V e VI do CPC sejam objeto de preclusão se apreciadas no saneador, afirmando o ilustre Amaral Santos que uma tal conclusão ‘constituiria negativa de vigência do art. 267, § 3º, que autoriza o juiz a conhecer, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, as referidas questões. O que esse dispositivo está a dizer é que matéria de tanta monta, tanto que mereceu norma especial, pode ser conhecida e decidida de ofício, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Conforme pensamos, os juízes de apelação podem dela conhecer e decidir de ofício. *E, se o podem, nada obsta a que a parte interessada provoque julgamento a respeito*’ (Primeiras linhas, 3ª ed., II/235)”.⁴¹

E, ainda, outros arestos também acatam a mesma tese, expressando os eminentes Ministros Relatores Alfredo Buzaid⁴² e Octavio Gallotti⁴³ que “O art. 267, § 3º, do CPC admite que o juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, aprecie as condições de admissibilidade da ação, indicadas no art. 267, VI, do mesmo Código. Mas essa norma é circunscrita, de regra, aos recursos ordinários”.⁴⁴

9. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

É essa, iniludivelmente, a mais correta (e única possível) exegese da estrutura de nosso Código de Processo Civil atinente à questão de início colocada.

Vê-se consagrada, à toda luz, dia após dia, a incensurável proposição formulada por GALENO LACERDA.

41 – RTJ, 112:1.407; RT, 595:286, com destaque nosso.

42 – RTJ, 105:1.038-43.

43 – RTJ, 113:1.377-9.

44 – Consulte-se, ainda, RT, 546:247: ac. da 1ª. T. do STF, no julg. do RE 90.668-1, em 10-6-80, rel. RAFAEL MAYER: “Faltando a uma das ações os indispensáveis requisitos para o exame de mérito, que constituem exatamente os pressupostos para condição de ação, lícito ao juiz, sem apreciar o mérito, extinguir o processo (art. 267, IV, V e VI, do CPC), mesmo porque o § 3º do art. 267 dá essa atribuição ao juiz ‘em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito’.”

Não fosse assim, estar-se-ia volvendo ao passado, "com evidente prejuízo para a entrega da prestação jurisdicional", como, em época mais recente, sensível ao problema, afirmou, cheio de razão, o Prefaciador da 2ª edição da obra que ora se homenageia...⁴⁵

Oportuno advertir, por fim, que o jurista não deve medir esforços para buscar as origens e os dogmas dos institutos jurídicos que o cercam: em Portugal, *cunabula* do "despacho saneador", o art. 510, 2, do atual Código de Processo Civil, autoriza ao julgador deixar de resolver na decisão declaratória de saneamento matéria referente aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação, "se o estado do processo impossibilitar o juiz de pronunciar sobre elas, devendo neste caso justificar a sua abstenção".⁴⁶

45 - Cf. FLÁVIO PÂNCARO DA SILVA, *Prefácio* à obra *Despacho saneador*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1985; também estampado em "AJURIS", 35(1985) :27.

46 - V., quanto ao significado e a extensão dessa norma no sistema processual português, por último, FERNANDO LUSO SOARES, *Processo civil de declaração*, Coimbra, Almedina, 1985, pág. 730 ss.; ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, pág. 368 ss.