

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito civil e processo : estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim / coordenação Araken de Assis... et al. ; São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Outros coordenadores: Eduardo Arruda-Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier, Thereza Alvim.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3143-9

1. Alvim, Arruda, 1936 - 2. Direito civil - Brasil 3. Direito processual civil - Brasil 4. Assis, Araken de. II. Alvim, Eduardo Arruda. III. Nery Jr., Nelson. IV. Mazzei, Rodrigo. V. Wambier, Teresa Arruda Alvim. VI. Alvim, Thereza.

07-8575

CDU-347(81)
-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito civil 347(81)
2. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)

Coordenação

ARAKEN DE ASSIS
EDUARDO ARRUDA ALVIM
NELSON NERY JR.
RODRIGO MAZZEI
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
THEREZA ALVIM

Direito Civil e Processo
Estudos em homenagem ao Professor

Arruda Alvim

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Teoria geral do processo

QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: REVISÍVEIS AD INFINITUM?

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA*

DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL**

GUILHERME SILVEIRA TEIXEIRA***

LUIZ GUILHERME PENNACCHI DELLORE****

MARIANA CAPELA LOMBARDI*****

RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO*****

SUMÁRIO: 1. O problema: 1.1 Chiovenda e o conceito de preclusão: 1.1.1 Os valores a que serve a preclusão na visão de Calamandrei; 1.1.2 Preclusão e política processual; 1.2 O sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973: 1.2.1 No primeiro grau de jurisdição; 1.2.2 Em grau de apelação; 1.2.3 Diferença de tratamento entre conhecer de matérias e decidir questões; 1.3 Orientações em contrário e o objeto deste ensaio - 2. A história do problema: 2.1 A mens legis do Código de Processo Civil de 1939; 2.2 Da insubmissão da doutrina à Súmula 424 do STF; 2.3 Do alcance da reforma processual de 1973 em relação à doutrina do STF - 3. A Súmula 424 do STF: 3.1 O sistema do Código de Processo Civil de 1939: as questões decididas; 3.2 Idem: a hipótese das matérias não decididas; 3.3 Idem: a abrangência da preclusão; 3.4 A rejeição da tese de Galeno pelo STF; 3.5 Inadmissibilidade de hipótese de preclusão só para as partes; 3.6 A súmula e o direito então vigente - 4. Entre os dois Códigos, a continuidade: 4.1 A semelhança entre os Códigos; 4.2 Fundamento do saneamento nos dois Códigos - Igualdade - 5. O sistema preclusivo relativo às matérias de ordem pública pelo prisma do sistema constitucional brasileiro: 5.1 A EC 45/2004; 5.2 A preclusão e a garantia da razoável duração do processo; 5.3 Necessidade de harmonizar a Súmula 424 do STF com o art. 267, § 3.º, do CPC/73 - 6. Da exegese do art. 267, § 3.º, do CPC: 6.1 A interpretação dominante; 6.2 Novamente a distinção entre conhecer de matérias (art. 267, § 3.º, e 301, § 4.º) e decidir questões (art. 471); 6.3 Confirmação desta distinção pelo sistema: os arts. 516, 473 e 471, I e II; 6.4 Aplicação da distinção. Exemplos; 6.5 Barbosa Moreira; 6.6 José Maria Tesheiner - 7. Conclusão: 7.1 A regra do art. 267, § 3.º, restringe-se ao conhecimento das "matérias" a que alude, não abrangendo a decisão das "questões" que as tenham por objeto; estas ficam sujeitas ao disposto no art. 471 do CPC.

1. O PROBLEMA

1.1 Chiovenda e o conceito de preclusão

"Todos processos, uns mais, outros menos" - diz Chiovenda - "traçam limites ao exercício

de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas";¹ a esta consequência deu o nome de *preclusão*. Em nota, explica Liebman, que "serve (a preclusão) a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma *ordem legal necessária* das atividades processuais, como uma *sucessão de estádios* ou *fases diversas, nitidamente separadas* entre si, e o princípio de *eventualidade*, que obriga

1. Instituições, 1945, v. 3, p. 220.

as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si".²

É de Liebman ainda a observação de que o processo italiano, anterior à reforma de 1940, sob influência do processo francês, negligenciou a aplicação de ambos os princípios, daí se originando um processo que "deixa às partes grande liberdade" e "permite modelar o processo à feição do caso concreto, mas também abre as partes um grande arbítrio, no regular a marcha do processo, favorecendo as manobras dilatorias, a desordem no movimento processual e as surpresas", inconveniente que a reforma de 1940 cuidou de prevenir, embora sempre em medida "muito menor que no processo brasileiro".³

1.1.1 Os valores a que serve a preclusão na visão de Calamandrei

Dessa lição não se aparta o ensinamento de Calamandrei. Ao analisar as consequências práticas que cada um dos processos - mais rígido ou mais maleável - pode proporcionar, Calamandrei comenta em minúcias a diferença do sistema de preclusões do então novo Código de Processo Civil italiano em relação à vetusta e revogada legislação processual, chamando a atenção para o fato de que o novo sistema de preclusões, temperado "com oportunas atenuaciones", tinha operacionalidade fundada no aumento gradual da rigidez das comportas procedimentais até atingir a "clausura total".⁴

A seguir, apoiado em transcrição do Relatório "Grandi", Calamandrei noticia que a alteração no sistema de preclusões da nova legislação processual italiana encontrava razão na *necessidade de dar combate à má-fé processual*, que encontrava campo fértil no sistema mais maleável de preclusões - de inspiração francesa - contido na legislação italiana revogada.⁵

2. Idem, p. 223, nota 1. Por exemplo, alega-se a litigância pendência para a eventualidade de não ser acolhida a alegação de coisa julgada.

3. Idem, *ibidem*.

4. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*. Trad. Santiago Serris Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. Buenos Aires: Depalma, 1943. v. 1, § 56, p. 386-389.

5. Idem, § 56, p. 389 e 390: "Las razones por las cuales el nuevo Código ha adoptado este sistema de preclusiones están claramente enunciados por la rel. Grandi: Es sabido que entre los expedientes de mala fe de que más se ha abusado, y que el nuevo Código se propone desarraigir de los procesos, se ha deplorado siempre la táctica engañosa de ciertos litigantes que guardan

Traçados com precisão os valores que se vinculam a cada um dos possíveis sistemas de preclusões - mais rígido ou maleável -, conclui o Relatório transcrito e abonado por Calamandrei: "En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia [verdad, justicia], se corre el riesgo, por amor a la verdad, de dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras que si se satisface plenamente la segunda exigencia [celeridad e boa-fé], se corre el riesgo, por amor a la rapidez, de sacrificar la justicia".⁶

1.1.2 Preclusão e política processual

Estas considerações permitem ver o aspecto político da preclusão. A intensidade da sua utilização determinará o caráter mais rígido, ou mais maleável do processo, cada qual com suas vantagens e desvantagens. O processo mais rígido favorecerá a rapidez e a segurança, mas ampliará o risco de erros *in procedendo* ou *in iudicando*; já o processo mais maleável reduzirá este risco, mas ampliará o tempo de sua duração e a margem de arbítrio, assim das partes como do juiz. No primeiro atuará mais intensamente o princípio inquisitório e no segundo o dispositivo.

1.2 O sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 contém sinais mais do que suficientes para ser classificado, no que respeita à preclusão, como de caráter antes rígido do que maleável. Senão, vejamos.

1.2.1 No primeiro grau de jurisdição

Pelo sistema do Código, na contestação deverá ser alegada "toda a matéria de defesa" (art.

siempre en reserva sus mejores argumentos de defensa hasta el último momento, para hacerlos valer solamente cuando creen que el adversario no está ya en situación de oponerles una réplica eficaz. Seméjantes artes son contrarias a los fines de la justicia bajo un doble punto de vista: ante todo, porque con ellas el litigante más astuto trata de turbar en ventaja suya la igualdad de las partes que encuentra su mejor garantía en el contradictorio; en segundo lugar porque el curso normal del proceso se retrasa considerablemente a causa de estas pugnas dilatorias, que desplazan el centro de gravedad del proceso de la fase inicial a la fase final, y que, a menudo, hacen aparecer el juicio de primer grado como un preamunticio apenas esbozado de las verdaderas defensas reservadas al grado de apelación".

6. Idem, *ibidem*.

301), sendo permitidas novas alegações somente nos casos previstos no art. 303, a saber: relativas a direito superveniente; a matérias que ao juiz cumpre decidir de ofício ou que, por disposição expressa, possam ser deduzidas a qualquer tempo e juízo. (e.g. art. 267, § 3.º). Vale dizer, salvo as exceções expressas, ficarão preclusas as questões não suscitadas na contestação.

Ocorrendo revelia, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor e, sendo vedadas novas alegações após o prazo da contestação, ficarão preclusas as alegações de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Na sentença, poderá o juiz conhecer de ofício de toda matéria de ordem pública e, naturalmente, de todas as questões suscitadas pelo réu nas épocas próprias, menos as questões já decididas, a cujo respeito tenha ocorrido preclusão (arts. 471 e 473). Publicada a sentença de mérito, fica vedado ao juiz alterá-la, salvo nas hipóteses previstas nos incs. I e II do art. 463.

1.2.2 Em grau de apelação

Havendo apelação, o recurso devolverá ao tribunal o conhecimento de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, inclusive as questões (de mérito) que a sentença não tenha decidido, bem como as questões anteriores à sentença (processuais, portanto), que poderiam ter sido decididas, mas não foram (arts. 515 e 516), e as novas questões de fato que a parte não tenha podido propor antes por motivo de força maior (art. 517). A apelação, contudo, não devolverá ao tribunal o conhecimento das questões já decididas, a cujo respeito se tenha operado a preclusão (art. 473); ou seja, aquelas de cuja decisão não foi interposto recurso.

1.2.3 Diferença de tratamento entre conhecer de matérias e decidir questões

Dai decorre que, em relação às matérias a que se refere o art. 267, § 3.º (pressupostos processuais e condições da ação), cabe dizer que:

a) podem ser conhecidas originariamente e decididas pelo juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo, até que seja proferida a sentença (ou acórdão) de mérito; mas

b) se essas matérias se houverem tornado questões (i.e. conflitos de razões) no curso do processo, e forem decididas pelo juiz sem recurso da parte prejudicada, ficam preclusas, assim para as partes como

para o juiz e, mesmo havendo apelação, o recurso não as devolverá ao conhecimento do tribunal.

Assim, é de concluir que as questões concernentes às matérias referidas no art. 267, § 3.º, como questões anteriores à sentença que são, só poderão ser conhecidas e decididas pelo tribunal se não o foram antes pelo juiz; se o foram, não ficam submetidas ao tribunal (art. 516), salvo recurso da parte.

1.3 Orientações em contrário e o objeto deste ensaio

Ocorre, no entanto – e aí reside o problema – que a orientação em contrário é, hoje, adotada de forma amplamente predominante pelo STJ⁷ e pela maioria dos tribunais inferiores.⁸ É orientação que prestigia o princípio dispositivo em detrimento do princípio inquisitório e, neste ponto, posiciona-se na contramão das modernas reformas processuais, inclusive a brasileira.

7. Cf., nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: 3.ª T. REsp 261.651-PR, rel. Min. Castro Filho, j. 03.05.2005, v.u.; DJU 23.05.2005, p. 266; 3.ª T. AgrRgn Ag 572-573-DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 10.08.2004, v.u.; DJU 08.11.2004, p. 225; 4.ª T. REsp 343.750-MG, rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j. 21.05.2002, v.u.; DJU 10.02.2003, 215; 4.ª T. REsp 174.356-SP, rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j. 23.05.2000, v.u.; DJU 07.08.2000, 109; 2.ª T. REsp 56.171-GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.04.2000, v.u.; DJU 1.º.08.2000, p. 217; 1.ª T. REsp 232.187-SP, rel. Min. José Delgado, j. 23.09.2000, v.u.; DJU 08.05.2000, p. 67; 5.ª T. REsp 236.844-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 03.02.2000, v.u.; DJU 13.03.2000, p. 193; 4.ª T. REsp 117.321-ES, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, rel. p.e. acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04.05.1999, DJ 02.08.1999, p. 190.

8. Cf., neste sentido: TJSP, 4.ª Cam. Dir. Priv., ApCiv 145.711-4/8, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 12.02.2004, v.u.; TJSP, 9.ª Cam. de Direito Público, AI 325.516-53-00, rel. Des. Sidnei Beneti, j. 28.05.2003, v.u.; TJSP, 1.ª Cam. de Direito Público, AI 270.778-4/0-00, rel. Des. Elton Akel, j. 13.03.2003, v.u.; TRF 3.ª Reg., 10.ª T., ApCiv 200003990028328-SP, rel. Juiz Sérgio Nascimento, j. 04.05.2004, DJU 18.06.2004, p. 380; TRF 1.ª Reg., 3.ª T., ApCiv 199901000675237-RR, rel. Juiz Orlando Menezes, j. 04.04.2000, DJU 09.06.2000, p. 42; TJRS, 11.ª Grupo Civ., AgIn 70008824153, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 25.06.2004, v.u.; TJRS, 2.ª Cam. Civ., AI 70004095824, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 29.05.2002, v.u.; TJSC, 2.ª Cam. Civ., ApCiv 1996.01.2392-0, rel. Des. Jorge Schaefer Marum, j. 19.05.2005, v.u.; TJSC, 1.ª Cam. Civ., AI 00.004339-7, rel. Des. Carlos Prudência, j. 15.05.2001, v.u.; Confira: TJSP, 3.ª Cam. de Direito Público, ApCiv 328.030-4/3-00, rel. Des. Beretina da Silveira, j. 1.º.11.2005, v.u.; TRF 3.ª Reg., 8.ª T., ApCiv 200003990605472-SP, rel. Juiz Vera Jucovsky, j. 30.08.2004, DJU 20.10.2004, p. 528; TJRS, 10.ª Cam. Civ., ApCiv 70009286436, rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 23.06.2005, v.u.

Há, pois, em matéria de preclusão, uma oposição frontal que coloca em rota de colisão a orientação da lei e a orientação perflhada pela jurisprudência, a que a ciência processual contemporânea deve prestar a maior atenção, de modo a evitar que o nosso sistema jurídico descambe para um casuismo psicótico, bipolar, que em nada o favorece.

Importa saber como, e porque, chegou-se a este ponto e o que se pode fazer em prol da restauração da higidez do sistema. Tal é o problema objeto do presente ensaio.

2. A HISTÓRIA DO PROBLEMA

2.1 A mens legis do Código de Processo Civil de 1939

Visto com olhos de hoje, o Código de Processo Civil de 1939 não se mostra autoritário, mas pretendia sê-lo, conforme as várias declarações neste sentido que permeiam sua Exposição de Motivos. Diante disto, e razoável supor que esta vocação autoritária tenha influído poderosamente na criação e na compreensão do despacho saneador, atribuindo-lhe a função de, literalmente, expurgar o processo de todo e qualquer vício que o pudesse contaminar, de sorte que, daí por diante, salvo a interposição do recurso então cabível, o agravo no auto do processo, só se admitisse discussão sobre as questões de mérito ou sobre questões de natureza processual posteriores ao saneamento.

Suposto que fosse esta a intenção do legislador, a falta de interposição de recurso contra o despacho saneador importaria rigidamente a preclusão de todas as matérias a cujo respeito coubesse ao juiz, no saneador, pronunciar-se.

Isto não escapou à perspicácia de Liebman, quando, em estudo clássico, analisou o despacho saneador do Código de Processo Civil de 1939: “É quase desnecessário frisar – advertiu Liebman – que se perderia este resultado [o de entregar à audiência, isolado e livre de obstáculos, o mérito da causa] se o juiz pudesse reconsiderar no prosseguimento do processo as questões decididas no despacho”.

2.2 Da insubmissão da doutrina à Súmula 424 do STF

Este entendimento, no entanto, nunca foi pacífico, sendo conhecida a oposição que lhe moveu Galeno Lacerda, que, argutamente, lançou a

9. LIEBMAN, Enrico Túlio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. RF 104/218, item 3, 1945.

pergunta: “Reconhecendo (o juiz) 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?”¹⁰ E respondeu: “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”¹¹.

Anote-se que não é original esta construção. Conforme bem lembrado por Calmon de Passos ao cuidar do ensinamento de Liebman sobre o efeito preclusivo do despacho saneador, esta formulação remonta ao sistema das Ordenações,¹² que admitia a revogabilidade das interlocutórias, totalmente incompatível com o direito atual.

Em sentido contrário à tese de Galeno, tomou posição a jurisprudência do STF, consolidada no enunciado da Súmula 424,¹³ até que, em acórdão de 1984, de que foi relator Alfredo Buzaid, sufragou o entendimento de que: “O Código de Processo Civil vigente alterou substancialmente o sistema do direito anterior. Sob o sistema do Código de Processo Civil de 1939 competia ao litigante alegar a ilegitimidade de causa e a falta de interesse

10. Esta indagação oculta habilidosamente o fato de que a interferência na atividade ulterior do juiz não se deve à anuência da parte, mas à decisão dele mesmo; a parte prejudicada que não recorre simplesmente se curva diante da autoridade do Estado, presumindo a legalidade do seu ato. O que a preclusão visa a prevenir é que, tomando fécil para o juiz a correção dos seus erros, incentive nele a irresponsabilidade e o pouco caso diante de questões corretamente suscitadas pelo litigante.

11. *Despacho saneador*, 2. ed. Porto Alegre, 1985, p. 161.

12. Referindo-se a Liebman, observou Calmon de Passos: “Lembra ele que, segundo regra tradicional em nosso direito, originária das Ordenações, quando o juiz profere decisão final, esgota seu poder e sua função no processo, cessando a possibilidade de intervir no processo que ele mesmo encerrou, salvo se fatos sucessivos vierem a abrir nova fase, como ocorre com a interposição do recurso. Ao contrário, quando ele profere decisões interlocutórias não esgota seu poder, justamente por ser interlocutória a decisão, o processo deve continuar e ao próprio juiz cabem os poderes necessários para acompanhá-lo e fazê-lo marchar para frente. Em consequência ele pode sempre considerar as questões decididas no despacho interlocutório e, eventualmente, modificar ou revogar a decisão” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao CPC*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 3, p. 592-593, item 296).

13. Súmula 424 do STF: “Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, exceto as questões deixadas implícita ou explicitamente para a sentença”.

processual em sua contestação, devendo o juiz decidir tal matéria no despacho saneador (art. 294 do CPC). Não sendo impugnada a decisão que, no despacho saneador, a resolvesse, ficava preclusa a questão. Ocorre que o saneamento, no Código de Processo Civil vigente tem alcance muito limitado. Preceitua o art. 331: Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I – decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II – designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se.¹⁴ O seu conteúdo consiste, pois, em decidir sobre a realização do exame pericial e designar a audiência. No Código de Processo Civil vigente, matéria relativa a pressupostos processuais, preempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação pode ser apreciada, de ofício, pelo juiz em qualquer tempo e grau da jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito (CPC, art. 267, § 3.º). Para o juiz, não há preclusão da decisão de qualquer das aludidas questões, ainda quando não impugnada a decisão mediante recurso [grifamos], porque a respeito delas o juiz é o dominus litis e a lei não quis obrigá-lo a julgar o mérito quando está evidenciada a falta de pressupostos processuais, a preempção, a litispendência, a coisa julgada, e a não concorrência das condições de admissibilidade da ação. Este poder, que o Código conferiu ao juiz nos dois graus de jurisdição ordinária, não traduz tendência do procedimento inquisitorial, antes está conforme as mais modernas conquistas do direito processual civil contemporâneo. Verifica-se, pois, que, em relação à matéria enunciada no art. 267, IV, V e VI, não se aplica o Verbetes 424 da Súmula (...)”¹⁵

14 A redação do art. 331 do CPC transcrita por Buzaid e dada pela Lei 5.925, de 1.º.09.1973

A redação original dada para o art. 331 do CPC é: “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo:

“I – deferirá a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos;

“II – designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.”

15 STF, 1.ª T., AgRg no Ag 95.837/GO, rel. Min. Alfredo Buzaid, j. 27.04.1984, v.u., DJU 08.06.1984, p. 9.259.

Interessante é observar que a diferença entre os Códigos de 1939 e de 1973 nunca poderia ser tão grande como apregoou Alfredo Buzaid, porque a inteligência por ele preconizada para as regras do Código de 1973 guarda perfeita conformidade com o entendimento defendido por Galeno Lacerda para as do Código de 1939.

2.3 Do alcance da reforma processual de 1973 em relação à doutrina do STF

O fato, no entanto, é que a partir desse julgamento do STF passou a prevalecer a tese de que, em relação à matéria enunciada no art. 267, IV, V e VI, não se aplica o Verbetes 424 da súmula.

Para saber se esta evolução da jurisprudência corresponderia efetivamente a uma modificação do nosso direito positivo, ou se seria fruto, apenas e tão-somente, nada importando o que a lei diga, de uma opção puramente doutrinária favorável a um processo mais maleável, ou como disse Buzaid, um processo “que não traduz tendência do procedimento inquisitorial”, cabe proceder ao cotejo entre a orientação condensada na Súmula 424 e o sistema dos dois Códigos, o de 1939 e o de 1973.

3. A SÚMULA 424 DO STF

3.1 O sistema do Código de Processo Civil de 1939: as questões decididas

Ao que tudo indica, partia a Súmula do princípio de que, no Código de 1939, não era dada ao juiz a faculdade de optar entre decidir, ou não, as “questões” (conflitos de razões) suscitadas no processo que, por expressa disposição legal, deviam ser decididas no despacho saneador. De duas, uma: ou o juiz as decidia explicitamente ou as remetia implícita ou explicitamente, para a sentença de mérito. *Tertium genus non datur*.¹⁶

Suposto que assim fosse, a consequência seria que, excluídas as questões deixadas implícita ou explicitamente para a sentença, considerat-se-las decididas e rejeitadas todas as demais questões preliminares suscitadas no processo e, à falta de recurso, operar-se-ia o chamado efeito preclusivo do despacho saneador, em simetria com o disposto no art. 289 daquele Código: “Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas relativamente à mesma lide”. Com isto, ficava mantida

16 Para evitar a preclusão, dispunha a parte, contra o despacho saneador omissivo, do recurso de agravo no auto do processo (art. 851, IV).

fidelidade à rigidez do sistema adotado pelo Código de 1939. O saneador transitaria em julgado no limite das questões decididas, considerando-se implicitamente decididas todas as questões que constituíssem premissa necessária da conclusão (art. 287, parágrafo único).

3.2 Idem: a hipótese das matérias não decididas

O enunciado da súmula não incluía, no entanto, o caso das “matérias”, que não teriam chegado a configurar-se como questões, a cujo respeito, porém, devesse o juiz pronunciar-se por estarem incluídas no conteúdo necessário do saneador (art. 294, I a V).

Interpretando a súmula literalmente, dever-se-ia concluir que estas matérias cairiam sob a regra geral de que “transita em julgado o saneador de que não houve recurso”. Não era esta, no entanto, a inteligência autorizada pelos precedentes da Súmula. No AgIn 26.566-GB, rel. Min. Pedro Chaves, j. 20.09.1962, adotou-se o entendimento de que “não se pode considerar matéria preclusa matéria não decidida”.

3.3 Idem: a abrangência da preclusão

Resumindo, transitava em julgado o despacho saneador de que não houvesse sido interposto recurso, ficando preclusas tanto as questões decididas como as que poderiam ter sido decididas, excluídas apenas: (a) as questões implícita ou explicitamente deixadas para a sentença e (b) as matérias não decididas.

3.4 A rejeição da tese de Galeno pelo STF

Firmada nesta posição, a Súmula se opunha à tese de Galeno Lacerda de que “a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida”,¹⁷ ficando excluída a respeito de matérias indisponíveis, que não estariam sujeitas à proibição do art. 289¹⁸ de se decidirem novamente as questões já decididas relativamente à mesma lide.

Baseava-se este entendimento na frontal discordância de Galeno Lacerda quanto à interpretação de Liebman, de que a regra do art. 289 estender-se-ia também “aos despachos interlocutórios *stricto sensu*”, no sentido “(...) de que se forma sobre as questões nele decididas, qualquer que seja a sua

17 Despacho saneador cit., p. 161.

18 Código de Processo Civil de 1939.

natureza, uma preclusão que impede ressuscitar a discussão sobre elas no curso do mesmo processo, ressalvada unicamente a possibilidade de um recurso, quando for permitido”.¹⁹ Segundo Galeno, naufragaria esta interpretação diante da “simples consideração literal do texto”, já que “lide” tem um significado processual inequívoco que o legislador brasileiro de 1939 não poderia ignorar”, equivalente ao de mérito da causa.²⁰

A interpretação de Galeno peca, no entanto, por restringir o conteúdo da expressão “questões relativas à mesma lide” exclusivamente às questões de mérito, quando nem ele mesmo advogava este entendimento. A tese de Galeno, aliás, é exatamente a oposta: “Se julgar inexistentes as condições da ação referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa” – sustentou ele – “proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide”.²¹ Ora, suposto que não haja o Código adotado duas diferentes definições de mérito, é evidente que jamais poderia uma mesma matéria ser de mérito, quando julgada negativamente, e não ser de mérito quando julgada positivamente.

3.5 Inadmissibilidade de hipótese de preclusão só para as partes

Não foi só isto, no entanto, que deve ter contribuído para a rejeição da tese de Galeno Lacerda pela jurisprudência predominante do STF condensada na Súmula 424.

Para tanto deve ter concorrido também a percepção de certa inocência inerente à suposição de que alguma matéria pudesse ficar preclusa para as partes sem que o ficasse, na mesma medida, para o juiz. Ausente a preclusão para o juiz, será indiferente para o processo que o juiz “corrija” a decisão anterior por dar-se conta do próprio erro, conforme sugerido por Galeno Lacerda, ou a corrija por ter sido alertado pela parte interessada: caso este em que o resultado da iniciativa da parte seria exatamente igual ao que poderia obter se a questão não estivesse preclusa também para ela.²²

19 Liebman, in: CHOUVEIRA, Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 378, nota 6.

20 Idem, p. 165.

21 Despacho saneador cit., p. 82.

22 Curiosamente, é bastante elevado o número dos processualistas que se encaminharam por esta mesma senda. Entre eles: AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 268-269; MONSEZNE ARAGÃO, Egas. *Comentários ao CPC*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2 – Comen-

Suposto que a súmula estivesse de acordo com o direito então vigente, cabe indagar em que medida teria ele sido alterado pelo Código de Processo Civil de 1973.

4. ENTRE OS DOIS CÓDIGOS, A CONTINUIDADE

4.1 A semelhança entre os Códigos

O confronto entre os dois Códigos mostra que, no particular, a alteração foi nenhuma. Em outras palavras, não corresponde à realidade a afirmação de Buzaid, já citada, de que "o Código de Processo Civil vigente alterou substancialmente o sistema do direito anterior", a ponto de se poder dizer, com fundamento no seu art. 331,²³ que "o saneamento, no Código de Processo Civil vigente tem alcance muito limitado", não indo além de "decidir sobre a realização do exame pericial e designar a audiência".

Convém recordar que a redação do citado art. 331 do CPC/73 era praticamente idêntica à do art. 296 do CPC/39, que somente dispunha:

"Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador:

tório ao art. 267, § 3.º, item 541, p. 458; ARRABO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4, p. 321-322; ARRABO ALVES NETTO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 396; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 458, nota 11 e v. 3, p. 143; STEA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 229-232 e 254-255; TUCCI, Rogério Lauria. Juiz natural, competência recursal, preclusão *pro judicato*. RT 838/133 e ss.; BUDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 126 e ss. Em posição mais branda, no sentido de que há preclusão para o juiz, mas não para o tribunal: FERRAZ FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 106. Contra, entendendo que "o art. 267 não retirou para esses casos (incs. IV, V e VI), os efeitos da preclusão *pro judicato*". José Frederico Marques; *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2, p. 172.

23 Em sua redação original, dispunha o Código de Processo Civil de 1973: "Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz ao declarar saneado o processo: I - decidir sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II - designar audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela há de produzir-se".

"I - Designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze dias seguintes;

"II - Ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência das partes, testemunhas e peritos".

Assim como ninguém diria, com base neste artigo, que a isto se limitava o saneador no Código de 1939, assim também ninguém está autorizado a dizer, com base no art. 331 do Código de 1973, que neste Código o saneamento se limita a decidir sobre a perícia e designar audiência. Haveria nisto notável exagero.

4.2 Fundamento do saneamento nos dois Códigos - Igualdade

O saneamento do processo no Código de 1973, tanto como no de 1939, tem seu alcance medido pelas expressões negativas "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes" e "não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294". Tanto num como noutro Código, o primeiro requisito para o saneamento do processo é a inexistência de motivos para a extinção do processo sem julgamento de mérito, dita "absolução da instância" no Código de 1939, ou seja, estarem satisfeitos os pressupostos processuais, os requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo e as condições da ação.²⁴

Segue daí que não houve mudança na lei que justificasse a perda da autoridade da Súmula 424, devendo-se este resultado à influência de uma orientação doutrinária que o direito positivo brasileiro nunca chegou a encampar.

Sobressai, aliás, contorno diverso da tradicional dicotomia processual inquisitório-dispositivo, quando vista pelo prisma da política processual da preclusão.²⁵ É que, por este ponto de vista, o princípio

24 Integramente pertinente a esse respeito a observação de Barbosa Mourira: "No Brasil, desde a vigência do Código de 1939, sempre foi sensível a inclinação de muitos juizes a relegar para a sentença final o exame de questões que, de acordo com o sistema da lei, não devem sobreviver, pelo menos em princípio, ao despacho saneador. (...) O fenômeno subsiste no regime atual, em desarmonia com o teor do art. 331, princípio, do Código de 1973, a luz do qual o juiz só declara saneado o feito e o impede em direção à audiência de instrução e julgamento, se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes (...) (Saneamento do processo e audiência preliminar. *Temas de direito processual*, 4.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 139).

25 Na percepção tradicional, a "expressão 'princípio dispositivo', encontrada na doutrina brasileira, é

inquisitório deve cercar também a liberdade do juiz - e não só das partes -, caso contrário o processo tende a ser maleável e não rígido.²⁶ E o princípio dispositivo pode acolher também o arbitrio judicial - e não só das partes -, porquanto a liberdade judicial, neste caso, favorece a existência do processo maleável; entretanto, é neste exato ponto que se ergue, com todo o vigor, a ameaça do Estado contra direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado.

Essa orientação doutrinária, convém observar, apresenta entre nós certo travo paradoxal. Conforme já dissemos, filia-se ao princípio dispositivo, o que levaria a crer que se fundasse numa orientação política de caráter individualista, liberal até, em contradição com a tendência dominante a favor do princípio inquisitório, de caráter publicista e, portanto, autoritário, ou mais autoritário. A liberalidade, no entanto, quando introduzida na função jurisdicional, como em qualquer outra das funções estatais, deixa de favorecer a liberdade do indivíduo e passa a favorecer a liberdade dos agentes estatais, fazendo com que a autoridade facilmente descambe em autoritarismo.

Um sistema rígido de preclusão pode assim corresponder, ao contrário do que possa parecer, a uma exigência constitucional do estado democrático de direito.

5. O SISTEMA PRECLUSIVO RELATIVO AS MATERIAS DE ORDEM PÚBLICA PELO PRISMA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

5.1 A EC 45/2004

Não olvidamos que a interpretação do sistema preclusivo relativo às matérias de ordem pública deve render tributo ao difícil equilíbrio que deve existir entre o princípio constitucional do devido processo legal, que impõe alguma demora na solução das demandas, e o da efetividade do processo, que exige rapidez na solução dos conflitos.

Tendo em vista que aquele princípio tem sido surrado sistematicamente pelas reformas processuais

algo equívoca: costuma ser empregada acerca dos problemas diversos, como o da iniciativa da instauração do processo, o da delimitação da matéria a ser julgada, o da prova dos fatos relevantes. Em termos gerais, pode-se dizer que ela denota o predomínio da vontade das partes e uma correlata inibição do juiz. O princípio inquisitivo refletiria tendência oposta" (Barbosa Mourira, José Carlos. *O processo civil brasileiro: uma apresentação*. *Temas*, cit., 5.ª Série, item II [Alguns princípios fundamentais], p. 4 e 5).

26 Cf. itens 3.5 e 5.3.

em homenagem à "efetividade do processo", este é um tema que deve ser observado com máxima cautela para que não nos custe caro mais adiante.

Nesta perspectiva conseguimos enxergar alguma virtude na EC 45/2004, no ponto em que inseriu o inc. LXXVIII no art. 5.º da CF, explicitando princípio que obviamente já existia e era válido na ordem jurídica constitucional anterior, e não era meios obrigatório que o do devido processo pelo simples fato de que nele estava implícito: o dever do Estado de assegurar a todos uma "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação".

5.2 A preclusão e a garantia da razoável duração do processo

Neste sentido, o sistema preclusivo que extraímos do Código de Processo Civil, relativo às matérias de ordem pública, está em harmonia com a ordem constitucional brasileira, uma vez que ela, ao exigir do processo uma duração razoável, veda interpretação que dê primazia a um processo maleável disposto a andar para trás. É que, como dito, o rejuízo de questões de ordem pública decididas e irrecorridas constitui poderoso fator de desordem processual, acarretando prejuízo à celeridade do feito e à segurança jurídica na medida em que deixa em aberto indefinidamente questões que tanto o juiz como as próprias partes já deram por encerradas.

Logo, se nos alinhássemos à posição majoritária que nega preclusão às matérias de ordem pública, estaríamos conspirando, sem justo motivo, contra o triângulo formado pelo devido processo legal, pela efetividade do processo e pela garantia da razoável duração do processo.

5.3 Necessidade de harmonizar a Súmula 424 do STF com o art. 267, § 3.º, do CPC/73

Importante conclusão é que, cuidando de jurisdição civil contenciosa, e especialmente em relação às matérias de ordem pública, nossa ordem constitucional não compactua com um processo maleável, exigindo um sistema preclusivo que imponha um mínimo de rigidez. É possível mesmo afirmar que este sistema preclusivo está hoje atrelado a uma garantia constitucional explícita, por força da qual não fica exposto à livre interpretação da lei ordinária, da doutrina ou da jurisprudência.

Conseqüente desta conclusão é que, em relação ao juiz - seja de grau inferior ou superior -, o imperativo constitucional de "razoável duração do

processo? Imprime ao inc. II do art. 125 do CPC o sentido inelutável de proibir o rejuízo da questão decidida e irrecorrida. Só assim o juiz respeita o dever de velar pela rápida solução do litígio, obtendo, como efeito prático, processo verdadeiramente indisposto a andar para trás. Logo, ao contrário do que se costuma pensar, o indigitado dispositivo do Código de Processo Civil não somente atribui ao juiz poderes para reprimir toda atividade protelatória ou inútil, provocada pela partes, mas, por outro lado, e principalmente, coarctá-o no exercício do poder jurisdicional quanto às referidas questões já decididas e irrecorridas.

Posta a questão nestes termos, defronta-se o intérprete com a seguinte indagação: como harmonizar o enunciado da Súmula 424 do STF com a norma do art. 267, § 3.º, do CPC, que autoriza o juiz a conhecer de ofício "em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos us. IV, V e VI", alusivos aos pressupostos processuais e às condições da ação?

É disto que passamos a tratar.

6. DA EXECUÇÃO DO ART. 267, § 3.º, DO CPC

6.1 A interpretação dominante

Do conjunto formado pelas regras dos arts. 267, § 3.º, 301, § 4.º e 471, II, do CPC é possível extrair-se – e tem sido extraído – o seguinte silogismo:

a) segundo dispõe o art. 471, II, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo nos casos prescritos em lei;

b) os arts. 267, § 3.º e 301, § 4.º, do CPC prescrevem a possibilidade de conhecer o juiz, de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, das matérias concernentes aos pressupostos processuais e condições da ação;

c) logo, os casos previstos nesses dois artigos fazem exceção à regra geral do art. 471, pelo que é lícito a qualquer juiz decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, desde que tenham por objeto matéria relativa aos pressupostos processuais e condições da ação, ou outras igualmente de ordem pública.

6.2 Novamente a distinção entre conhecer de matérias (art. 267, § 3.º, e 301, § 4.º) e decidir questões (art. 471)

Diz-se que, para todos os problemas difíceis, há sempre uma solução simples; lógica e... errada.

No caso, traz este raciocínio o inconveniente óbvio de estabelecer, como regra geral para as matérias de ordem pública – que são praticamente todas as relativas ao processo e ao procedimento – que a sua decisão poderá sempre vir a ser anulada por outra, o que contradiz a ideia de "processo", que é a de caminhar para diante e não para trás. É possível por isto indagar se o sistema do Código de 1973 seria assim tão incoerente, que abrangesse no seu seio tão escandalosa contradição, ou se haveria outras maneiras de interpretá-lo que não conduzissem necessariamente a ela. E é possível, bastando que se leia com a devida atenção o que as citadas normas dizem.

Lendo com atenção o disposto nos §§ 3.º do art. 267 e 4.º do art. 301, ver-se-á que as duas normas se referem ao ato do juiz de "conhecer matérias", enquanto o disposto no art. 471 alude a "decidir questões". São duas hipóteses completamente diferentes: esta última pressupõe a existência de um conflito de razões (questão) a respeito de certa matéria, enquanto a primeira a exclui, ou quando menos a dispensa.

É elementar, por isto, que não podem as hipóteses daquelas duas primeiras disposições fazer exceção à regra contida na última, razão pela qual, do conjunto das três citadas normas, não se pode extrair que o sistema do Código de Processo Civil de 1973 conduza à contradição de permitir que o processo ande para trás.

6.3 Confirmação desta distinção pelo sistema dos arts. 516, 473 e 471, I e II

A validade desta interpretação é comprovada por outras normas do mesmo Código, como a do art. 516, a respeito do alcance do efeito devolutivo da apelação, segundo o qual "ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas". *Contrario sensu*, não ficam a ele submetidas as questões já decididas.

Também no mesmo sentido a regra do art. 473, que proíbe a parte "discutir no curso do processo as questões já decididas" e de que não foi interposto recurso; regra, aliás, que muitos interpretam, sem razão, conforme já ficou demonstrado, no sentido de que a proibição dirigir-se-ia à parte, mas não ao juiz, de modo que nada impediria que o juiz decidisse novamente a questão já decidida, não a pedido, mas por força de sugestão ou indicação da parte; como se para a lei não fosse exatamente a mesma coisa discutir para pedir ou discutir para sugerir uma nova decisão.

O próprio inc. I do art. 471 já está a indicar que os casos a que se refere o inc. II não de ser outros casos, não previstos no inc. I, "em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença", no que não se encaixam as hipóteses dos mencionados parágrafos dos arts. 267 e 301.

Ao mesmo entendimento se chega quando se considera que o art. 331, *caput*, e seu § 2.º, ao encaravarem o saneamento do processo na estrutura procedimental ordinária do Código de Processo Civil, acabam por exigir, se considerada a finalidade natural da fase saneadora, a preclusão das questões processuais decididas e irrecorridas, inclusive as ditas "de ordem pública".

6.4 Aplicação da distinção. Exemplos

Com exemplos ficará mais clara a diferença entre conhecer matéria e decidir questão.

Antes de deferir a inicial, o juiz toma conhecimento de todas as matérias referentes aos pressupostos processuais e condições da ação que independam de alegação da parte contrária e, estando em termos a petição inicial, o juiz a despachara, ordenando a citação do réu" (CPC art. 285). Ou seja, com base no conhecimento que teve das matérias pertinentes, o juiz tomou uma decisão, mas não decidiu questão nenhuma. Não há preclusão, podendo o juiz voltar a conhecer das mesmas matérias, a qualquer tempo, antes de proferir a sentença.

Se, porém, qualquer dessas matérias sofrer impugnação na contestação, deverá o juiz delas tomar conhecimento outra vez para decidir a questão suscitada pelo réu. Decidida a questão contra o réu e não havendo recurso, será vedado ao juiz decidir novamente a questão já decidida. Ocorrerá a preclusão.

A mesma diferença se observa quando o juiz recebe o recurso de apelação e defere o seu processamento. Para recebê-la teve o juiz que conhecer de todas as matérias pertinentes ao cabimento e à regularidade formal do recurso, inclusive a conformidade, ou não, da sentença recorrida com súmula do STF ou do STJ, o que não o impede, por provocação da parte contrária, reexaminar os pressupostos do recurso para resolver a questão por ela suscitada (CPC, art. 518, §§ 1.º e 2.º, com a redação dada pela Lei 11.276, de 07.02.2006). Não suscitada esta questão, nada impedirá que o Tribunal negue conhecimento à apelação por falta de algum dos seus requisitos de admissibilidade.

E assim por diante.

A resultados semelhantes, embora com algumas diferenças, chegaram Barbosa Moreira e José Maria Tesheiner.

6.5 Barbosa Moreira

Na lição de Barbosa Moreira, "o despacho saneador produz a preclusão: (a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação da parte, pelo juiz, com ressalva da possibilidade que sempre lhe fica, de determinar a realização de prova indeferida mas que lhe venha a parecer, mais tarde, necessária à instrução do feito (art. 130); e também (b) das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia no despacho saneador, excetuadas apenas aquelas que, à luz de regra geral específica ou do sistema do Código, possam ser resolvidas posteriormente".²⁷

É entendimento que confere ao efeito preclusivo do saneador amplitude maior do que lhe emprestamos, porque nele inclui o que não incluímos: matérias conhecidas *ex officio* e matérias a cujo respeito não houve pronunciamento judicial. É verdade que faz ressalva das questões não decididas que "possam ser resolvidas posteriormente", mas de compreensão extremamente restrita, limitada a casos como os de incompetência absoluta e nulidade que a parte não teria alegado por "legítimo impedimento", sem fazer qualquer menção ao art. 267, § 3.º.

O rigor da interpretação de Barbosa Moreira, perfeitamente explicável em face do disposto no art. 331 do CPC na sua redação primitiva, pode, no entanto, ser abrandado pelo eventual acolhimento da discriminação que propomos.

6.6 José Maria Tesheiner

Tesheiner também nega que, do art. 267, § 3.º, se possa extrair "a regra de que as decisões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação não precluem", mas faz a ressalva de que a solução a ser dada "não será necessariamente igual para todos os pressupostos processuais, nem para todas as condições da ação", porquanto, em relação a cada qual haverá que "se verificar se a hipótese é de ofício preclusivo, rescisório ou transrescisório".²⁸

27 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

28 TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 70.

Tesheiner não é explícito, mas pode-se inferir de seu texto que "rescisórios" seriam, como o nome está dizendo, os vícios que autorizariam a propositura da ação rescisória, assim entendidos os especificamente indicados no art. 485 do CPC: impedimento, incompetência absoluta e coisa julgada. "Transrescisório" seria o vício de falta de citação, se o processo correu à revelia. O fato, no entanto, é que a falta de qualquer dos pressupostos processuais ou das condições da ação pode autorizar a propositura da ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485, o que deixa sem explicação a distinção por ele proposta entre vícios rescisórios e não rescisórios.

Sua discriminação chama a atenção, todavia, para algumas questões dignas de melhor exame, referentes aos casos de incompetência absoluta, impedimento, coisa julgada e falta de citação do réu revel.

6.6.1 Negado o impedimento, decidirá o tribunal (art. 313), não se dando o caso de poder o juiz rever a decisão, pelo que sem interesse a hipótese.

6.6.2 Negada a incompetência absoluta ou a coisa julgada, valerá o ensinamento de Frederico Marques, no sentido de que não existe preclusão "quando o pronunciamento do juízo a quo possa restringir poderes iminentes ao juízo ad quem para o controle jurisdicional da sua própria atividade no processo. A regra, por exemplo, de que todo juiz é juiz da sua própria competência, impede que se forme a preclusão em decisões do juízo inferior a respeito da competência do juízo superior".²⁹

De tal sorte, afastada, por exemplo, a incompetência da justiça comum pelo juiz de primeiro grau, nada impedirá que o tribunal, em grau de apelação, se declare absolutamente incompetente por julgar competente a justiça federal.

6.6.3 Por último, para o revel não citado nunca haverá preclusão a respeito de matéria alguma, o que também exclui a ressalva proposta por Tesheiner.

7. Conclusão

7.1 A regra do art. 267, § 3.º, restringe-se ao conhecimento das "matérias" a que alude, não abrangendo a decisão das "questões" que as tenham por objeto; estas ficam sujeitas ao disposto no art. 471 do CPC.

Dedicou-se o presente ensaio ao exame da contradição, a nosso ver antes aparente do que

real, entre o enunciado da Súmula 424 do STF e o art. 276, § 3.º, do CPC, por força do qual, segundo a jurisprudência hoje dominante, nada impediria ao juiz, ou tribunal, decidir novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide, quando envolvessem matéria de ordem pública, o que faria exceção à regra geral do art. 471. Contradição que a jurisprudência e parte ponderável da doutrina tem atribuído à diferença entre os sistemas dos Códigos de 1939 e de 1973.

A história deste problema revela, no entanto, que, bem ao contrário, no que interessa à questão examinada, não há entre os dois sistemas diferença tão relevante que autorize o imaginado conflito. O que há é, antes, uma divergência de interpretações que se resolve mediante uma nova leitura dos textos legais aparentemente contrapostos.

Segundo entendemos, o que exclui a indignada contradição e preserva a unidade do Código é a claríssima diferença entre o disposto no art. 471 e o disposto nos arts. 267, § 3.º e 301, § 4.º. Enquanto estas duas últimas normas se referem ao ato do juiz de "conhecer matérias", a primeira diz respeito ao ato do juiz de "decidir questões", o que são coisas inteiramente distintas, posto que este último pressupõe a existência de um conflito de razões (questão) enquanto as duas primeiras o excluem ou quando menos dele prescindem.

Daí a conclusão a que chegamos de que não podem as hipóteses daquelas duas últimas disposições fazer exceção à regra contida na primeira. Razão pela qual, do conjunto das três citadas normas, não é lícito extrair que o sistema do Código de Processo Civil de 1973 permita ao juiz decidir novamente, quantas vezes queira, ou mesmo o tribunal, as questões de "ordem pública" já decididas, sem que haja recurso da parte interessada.

Em suma, não interposto o recurso cabível, o mero fato de se tratar de questão de ordem pública não exclui a preclusão. Militam neste sentido a distinção legal entre "conhecer matérias" e "decidir questões" e a conclusão lógica de que, se, de um modo geral, não devem as regras de direito processual ser interpretadas em sentido inverso ao que o termo "processo" indica, muito menos o deveriam em tema de preclusão que, no dizer de Chiaventini, "tem por fim tornar possível o ordenado desenvolvimento do processo com a progressiva e definitiva eliminação de obstáculos".³⁰

30 CHIAVENTINI, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 380.



Teoria geral do processo

A FUNÇÃO DOS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS" NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

LUÍZ GUILHERME MARINONI*

SUMÁRIO: 1. Os pressupostos processuais na teoria de Bülow — 2. A superação das duas fases e a instituição do processo único diante dos pressupostos processuais — 3. A influência do conceitualismo sobre a idêntica de pressuposto processual — 4. Os ditos pressupostos processuais não dizem respeito ao processo e não são requisitos para o julgamento do mérito — 5. A necessidade de descoberta dos valores e das funções dos ditos pressupostos processuais — 6. Os referidos pressupostos diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo — 7. A compreensão dos "pressupostos processuais" a partir das suas funções e dos direitos fundamentais demonstra a incapacidade da teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais para expressar o significado do processo jurisdicional no Estado constitucional.

1. OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NA TEORIA DE BÜLOW

Embora na época do direito romano já se falasse de uma relação entre o juiz, o autor e o réu — *judicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei* (Búlgaro) —, deve-se a Bülow a tentativa de sistematização dessa relação. Em sua obra, preso à pandectística alemã, Bülow partiu da relação jurídica privada para conceitualizar, ou melhor, exprimir em conceitos gerais e abstratos, o que acontecia entre o juiz e as partes.¹

* Doutor e mestre em Direito pela FUC-SP. Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Advogado.

1 A teoria da relação jurídica processual, formulada por Bülow, assentou-se na pandectística alemã. Essa escola — na qual está inserido, entre outros, Windscheid —, apesar de se opor, em termos teóricos, ao jusnaturalismo racionalista, não se distanciava, em termos de valores, do pensamento jurídico francês, pois ambos estiveram preocupados com apenas uma e mesma classe social. A pandectística, porque baseada na tentativa de redução do material jurídico a conceitos gerais e abstratos, permitiu a construção de ideias, como a da relação jurídica, sem qualquer consideração à vida e às necessidades do homem concreto, que nessa relação foi visto com um mero objeto (cf. Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica — Seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 30 ss). A pandectística, com todas as

Bülow construiu a teoria da relação jurídica processual. A base da argumentação de Bülow se encontra nas chamadas "exceções dilatórias", tanto que o título da sua obra é *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*. Por meio dessas alegações o réu denunciava a existência de vícios atinentes ao processo, e isso, segundo Bülow, serviria para demonstrar a existência de uma relação jurídica que nada teria a ver com a relação jurídica

suas características, obviamente influenciou a formação da ciência processual alemã, assim como a obra de Bülow, que mais tarde incidiu sobre os pensamentos jurídicos do direito continental europeu e da América Latina. Bülow, ao erguer a teoria da relação jurídica processual, estava preocupado unicamente com a sistematização técnico-jurídica do que se passava quando as partes compareciam perante a jurisdição em busca da solução de um conflito. A existência de obstáculos sociais que pudessem impedir a parte de participar efetivamente do processo ou a existência de normas capazes de conferir ao procedimento adequação à situação substancial carente de tutela, evidentemente não constituíam questões capazes de interferir em sua elaboração teórica. A pandectística, do mesmo modo que o jusnaturalismo racionalista, tem em conta o "cidadão sem rosto", expulsando a realidade concreta ao elaborar os seus "conceitos-abstratos". É natural, assim, que o processo, como construção jurídica abstrata não preocupada com a realidade da vida, desprezasse o direito material e o caso concreto.

29 Op. cit., p. 172.