

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Professor dos cursos JUSPODIVM e *Pro Omnis* (Rede de Ensino Telepresencial). Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado.

Pressupostos  
processuais  
e condições da ação

---

o juízo de admissibilidade do processo

2005

*Ricardo C. Aprigliano*

Biblioteca



*Ricardo Aprigliano*

No julgamento do RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004<sup>79</sup>, o STF decidiu, por maioria, admitir a possibilidade de julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico<sup>80</sup>, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, segundo a qual o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). Esta é a postura correta, que corrobora tudo o quanto aqui foi dito.

## 8. EFICÁCIA PRECLUSIVA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

### 8.1. Consideração introdutória

Este item tem o objetivo de examinar a seguinte questão: o juízo de admissibilidade (positivo ou negativo) tem eficácia preclusiva? Proferido o juízo de admissibilidade *positivo*, é possível que a questão decidida possa ser reexaminada, ainda no mesmo processo? Extinto o processo em razão do juízo de admissibilidade *negativo*, poderá a demanda ser reproposta?

A doutrina não costuma atentar para uma circunstância bastante relevante: concluindo pela admissibilidade ou inadmissibilidade, o juízo que o magistrado faça sobre a validade do procedimento é o mesmo, não se altera de acordo com a conclusão alcançada. Alguns autores dão respostas contraditórias às perguntas formuladas, afirmando haver preclusão em um caso e não haver no outro. Há certa incoerência e falta de sistematização na abordagem do tema.

<sup>79</sup> Também nesse sentido, RE 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ, 24.10.2003.

<sup>80</sup> Percebendo a importância desta decisão, BUENO, Cassio Scarpinella. "De volta ao prequestionamento — duas reflexões sobre o RE n. 298.695-SP". In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 61-86.

Se o juízo de admissibilidade é uma decisão (e parece indiscutível que o seja), positivo ou negativo, pouco importa, deverá submeter-se à preclusão. É o que ora se defende. As razões serão examinadas nos itens seguintes.

## 8.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão

Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (principalmente o denominado "despacho saneador", pelo qual o magistrado declara a regularidade do processo) não se submete à preclusão<sup>81-82</sup> *pro iudicato*: enquanto pendente a relação jurídica

<sup>81</sup> Adotando essa concepção, valiosa a leitura de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004. p. 233-255, em que há bela resenha da doutrina brasileira sobre o tema. Seguem essa linha, entre outros: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953. p. 162-168; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 435-436; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 183; TUCCI, José Rogério Cruz e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". In: *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 275-290; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003. n. 4. p. 104-105; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 242; ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2. p. 393; ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo — saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 180; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *RePro*. São Paulo: RT, 1997. n. 86. p. 102-104; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Despacho saneador irrecorrido — possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença". *RePro*. São Paulo: RT, 1992. n. 67. p. 227-231; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1. p. 211; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". In: *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 173-174; ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. p. 155; GONÇALVES, Marcus

processual, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial<sup>83</sup>. O fundamento legal dessa concepção é o § 3º do art. 267, já examinado, que expressamente teria deixado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo imunes à preclusão. Afirma-se que o enunciado 424 da súmula da jurisprudência do STF<sup>84</sup>, embora ainda em vigor, não se aplica a

Vinícius. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 248-249; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 667; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 405-406; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1. p. 364-365; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1. p. 246.

<sup>82</sup> Merece menção separada a opinião de Humberto Theodoro Jr.: a) o autor afirma que as questões decididas no saneamento ficam submetidas à preclusão, ressalvadas aquelas atinentes à prova; b) afirma, ainda, que também se submetem à preclusão as questões não decididas, mas implicitamente solucionadas pela declaração que reputar saneado o processo; c) em relação às questões não decididas, faz a ressalva dos requisitos de admissibilidade do processo, que podem ser apreciados a qualquer tempo; d) neste momento, em nota de rodapé, afirma que os requisitos de admissibilidade podem voltar a ser examinados, sem que haja preclusão (*Curso de direito processual civil*, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 380). Não ficou claro se, para o autor, uma vez decidida a questão de admissibilidade, e preclusas as possibilidades de impugnação, ela poderia ser rediscutida.

<sup>83</sup> Conclusão n. 9 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Em se tratando de condições da ação não ocorre preclusão mesmo existindo explícita decisão a respeito". Em sentido semelhante, só que versando sobre os requisitos de admissibilidade do recurso, o n. 289 da súmula da jurisprudência do STF: "O provimento do agravo, por uma das turmas do STF, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário".

<sup>84</sup> "Transita em julgado o despacho sancador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença". Antônio Carlos Marcato, embora reconheça a eficácia preclusiva da decisão que declara saneado o processo, permite a rediscussão das questões de admissibilidade do processo (*Código de Processo Civil anotado*, Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 988-989). Moniz de Aragão admite a preclusão, em casos especiais (incompetência relativa e suspeição, essa última apenas para as partes), em torno de questões processuais ("Preclusão (Processo civil)", cit., p. 174).

esse tipo de questão<sup>85</sup>. Fala-se que não se pode cogitar de preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória.

Não é essa a concepção que se adota neste trabalho, até mesmo como homenagem à coerência<sup>86</sup>.

a) Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3º do art. 267 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo — não há preclusão para a verifi-

<sup>85</sup> STJ, 4ª T., REsp 343750-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.05.2002, DJ, 10.02.2003, p. 215: "Processo Civil. Requisitos da Tutela Jurisdicional. Inocorrência de preclusão. Enunciado n. 424 da súmula/STF. Exegese. Precedentes. Recurso Provido. I — Tratando-se de matéria indisponível, não há preclusão para o tribunal de segundo grau, mesmo havendo decisão anterior de primeiro grau irrecorrida e ainda que a parte não tenha suscitado a questão. II — Inaplicável o enunciado n. 424 da súmula/STF à matéria que deve ser apreciada de ofício".

<sup>86</sup> Adota-se, em parte, o posicionamento de Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54). Além desse autor, outros defendem a eficácia preclusiva da decisão sobre questão de admissibilidade do processo: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 500 e s.; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456-457; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Anotações às instituições de direito processual civil de Giuseppe Chiovenda*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456, nota 225; COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, v. 3, p. 109-111; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3, p. 46; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". *RePro*. São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 106 — esse autor, posteriormente, alterou o seu posicionamento original, para defender que a solução das questões de admissibilidade não se submete à preclusão (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 140). NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". In: *Estudos continuados de teoria do processo*. Rosemíro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 203-205.

cação de tais questões, que podem ser conhecidas *ex officio*, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões já decididas. A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente, com as ressalvas já examinadas em relação à verificação no âmbito dos recursos extraordinários, e que não tenha havido preclusão a respeito.

Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo as processuais, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.

b) A preclusão aqui defendida obviamente não se opera tendo em vista fato superveniente. Conforme já se disse, é possível que, por fato superveniente, deixe de existir um requisito de admissibilidade do processo (exemplo: incompetência absoluta superveniente e perda da capacidade processual). Exatamente por tratar-se de fato superveniente, a anterior decisão que reconheceu a regularidade do processo não lhe diz respeito, impondo-se nova decisão, que terá outro objeto: a questão nova<sup>87</sup>. Não se deve confundir a possibilidade de

<sup>87</sup> Assim, TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 163-164. Embora Luiz Fux siga a concepção majoritária, os exemplos que apresenta estão relacionados a fatos supervenientes à decisão que reconheceu a regularidade do processo: ilegitimidade de parte

controle a qualquer tempo da regularidade do processo com a inexistência de preclusão a respeito. A confusão é parecida com aquela que se faz em relação à coisa julgada da sentença de alimentos: por que fatos supervenientes podem alterar a realidade sobre que incidiu a primeira sentença, nova decisão deve ser proferida, que cuide desta nova realidade. Isso não retira a força da coisa julgada material, que indiscutivelmente recaiu sobre a primeira decisão<sup>88</sup>.

c) O art. 471 do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas — “precisamente por falar em *nenhum juiz* o texto dessa disposição abrange *também* o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio”<sup>89</sup>. Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias<sup>90</sup>. O

não detectada (portanto, não decidida e, assim, não submetida à preclusão) e falta de interesse processual superveniente (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 436). Os exemplos de Galeno Lacerda, principal expoente da concepção majoritária, são da mesma estirpe: “Se, porém, der pela legitimidade, e se, posteriormente, surgir prova incontestável, por exemplo, de que o autor de ação real era casado e não exibira a outorga uxória: ou a autora, dada por solteira, era na verdade casada: ou, então, sendo o autor interdito, não fora assistido por seu curador — estará o juiz impedido de reformar a decisão, sob o pretexto da necessidade de certeza e da onipotência das preclusões?” (*Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 163).

<sup>88</sup> A lei admite a revisão da sentença, embora transitada em julgado, por haver sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, por meio da chamada ação de revisão. A nova sentença não desconhece nem contraria a anterior. Sucede que toda sentença proferida em tais situações contém em si a cláusula *rebus sic stantibus*, adaptando-a ao estado de fato e ao direito supervenientes. A sentença fará coisa julgada material normalmente. Trata-se de duas normas individuais concretas que regulam situações diversas. A ação de revisão que poderá ser interposta é uma outra ação (elementos distintos), porque fundada em outra causa de pedir; a nova sentença, nesta demanda, alteraria *ex nunc* a regulação jurídica da relação, nem de perto tocando na primeira. A sentença proferida no segundo processo não ofenderá, sequer substituirá, a que fora proferida no primeiro, que tem a sua eficácia condicionada à permanência das situações de fato e de direito.

<sup>89</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”, cit., p. 169.

<sup>90</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”, cit., p. 169-170.

art. 473 do mesmo CPC também determina: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão<sup>91</sup>. Nada há em tais artigos que leve à conclusão de que as questões de admissibilidade, mesmo já decididas, podem ser rediscutidas<sup>92</sup>.

d) Como bem apontou Calmon de Passos, se as decisões interlocutórias são recorríveis (art. 522 do CPC), não se pode cogitar, no direito brasileiro, da possibilidade de reexame das questões já decididas<sup>93</sup>. Se há possibilidade de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz<sup>94</sup>. Tanto é assim que a decisão do juízo *a quo* que, ao fazer o primeiro juízo de admissibilidade, conhece do recurso, por ser irrecorrível, não fica preclusa, sendo permitido ao juízo *ad quem* o reexame da questão; já a decisão que não admite o recurso é recorrível e, como tal, se não recorrida, fica sujeita à preclusão. A lição de Calmon de Passos merece transcrição integral:

<sup>91</sup> Eis os comentários de Pontes de Miranda sobre o art. 473 do CPC: “Se houve decisão do juiz sobre 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. O que se teve por fito no art. 473 foi evitar que, após o *sim*, ou *não*, que o juiz proferiu, possa ele passar a dizer *não*, ou *sim*. Não importa se houve substituição do juiz, ou se já se acham em grau superior de jurisdição os autos da ação, se o recurso que os levou não abrange a matéria daquela decisão. (...) Se a decisão era recorrível e não foi, nada mais pode o juiz fazer contra ela. Se não havia recorribilidade, o que se há de entender é que a apreciação pode ser feita pelo tribunal a que subiria a apelação, uma vez que a matéria tem de ser examinada em toda a sua inteireza” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 160).

<sup>92</sup> Em sentido diverso, para quem a locução “questões decididas” somente diz respeito às questões de mérito, TUCCI, José Rogério Cruz e. “Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento”. *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 276-277.

<sup>93</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 500.

<sup>94</sup> Por isso há quem defenda a irrecorribilidade das decisões interlocutórias relacionadas às questões de ordem pública: ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 155; JORGE, Flávio Chaim. *A nova reforma processual*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.

“Tendo havido ‘questão’ a respeito deles [requisitos de admissibilidade do processo], decidida pelo juiz, há preclusão *pro judicato*, se não oferecido o recurso próprio — o agravo. A construir-se diversamente, estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omissivo com a possibilidade de ter revisto, com sua provocação, o decisório que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em erro técnico, de construir a irrecorribilidade das interlocutórias, facultando-se ao magistrado rever livremente suas decisões a respeito, bem como eliminada a fase do julgamento conforme o estado do processo. Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermeneuticamente”<sup>95</sup>.

e) Por imposição do dever da motivação (art. 93, IX, da CF/88), a decisão sobre a validade do procedimento deve ser expressa: não se admite a preclusão do exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita<sup>96</sup>. A preclusão somente pode operar-se em relação às questões decididas, contra as quais ou não houve interposição de recurso, ou se o interpôs, tendo sido rejeitado<sup>97</sup>. Assim, não há preclusão se o magistrado deixa, na

<sup>95</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., cit., p. 504. O texto entre colchetes não consta do original.

<sup>96</sup> TALAMINI, Eduardo. “Saneamento do processo”. *RePro*. São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 103; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo, RT, 2004, p. 34.

<sup>97</sup> Neste ponto, diverge-se de Calmon de Passos, que admite a preclusão, para o juiz, do exame das questões implicitamente decididas na fase de saneamento (Comentários ao Código de Processo Civil, 9. ed., cit., p. 500-501). O autor, porém, reconhece que nestes casos não há preclusão do exame da questão para o órgão de segundo grau (ob. cit., p. 504). Não se aceita a conclusão de Barbosa Moreira, de que haveria preclusão “das questões não decididas — desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício — cuja solução cabia no despacho sancionador...” (*O novo processo civil brasileiro*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54). Já que não houve decisão, não se pode falar de preclusão.

decisão saneadora, ainda que indevidamente, para examinar as questões de admissibilidade por ocasião da sentença<sup>98</sup>.

f) Há um dado curioso nesta discussão: não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (rejeição da alegação de prescrição, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibilidade, permite-se a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já se tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo.

Parece haver uma intenção não revelada de permitir sempre a possibilidade do não-enfrentamento do mérito, como se isso fosse o desejável, como se isso fosse o mais importante. Bem pensadas as coisas, se o caso é de não existir preclusão, que o seja para as questões de mérito, pois assim se permitiria a revisão de decisões equivocadas/injustas. Em relação a elas, porém, há a coisa julgada, instituto secular, construído a partir da percepção de que a função jurisdicional deve ter limites. Se há limite para o reexame das questões de mérito (as questões de fundo, o objeto litigioso, o objeto do procedimento, a razão de ser do processo), que deve realmente existir, pois corolário do princípio da segurança jurídica, como não o há em relação a questões processuais já decididas? Por que em relação a elas permite-se a instabilidade?

Não há razão para esse tratamento diferenciado. Ao contrário, a preclusão justifica-se muito mais em relação às questões processuais. É que, solucionada a questão sobre a regularidade do processo e ressaltados os fatos supervenientes, ao Poder Judiciário somente restaria o exame do mérito da causa. Isso é positivo, pois resolver o litígio é a tarefa principal da atividade jurisdicional.

g) Esse posicionamento, tomado ao pé da letra, ainda gera situações absurdas.

<sup>98</sup> Neste sentido, corretamente, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; MALACHINI, Edson Ribas. “Do julgamento conforme o estado do processo”. *RePro*. São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108.

Será, realmente, que, argüido o impedimento (falta de requisito processual, que autoriza inclusive ação rescisória), com decisão do tribunal a respeito, é possível o reexame da matéria, em outra oportunidade, por esse mesmo tribunal? Será que, após o processamento desse incidente, que suspende o andamento do processo e em que se permite a interposição de recursos, é possível ao litigante argüir a parcialidade do magistrado novamente, pelas mesmas razões, por que não haveria preclusão? Formulam-se as mesmas perguntas, *mutatis mutandis*, em relação a qualquer outro "pressuposto processual", pois a falta de qualquer deles autoriza o ajuizamento de ação rescisória (incisos II e IV, especificamente, e o inciso V, genericamente, todos do art. 485 do CPC).

A circunstância de a questão de admissibilidade poder ensejar ação rescisória não é suficiente para que se impeça a preclusão da decisão judicial a seu respeito. É que o fato de a questão ser decidida no processo originário não impede a propositura da ação rescisória; ou seja, o fundamento para que a questão não se submeta à preclusão é bem frágil: permite-se a discussão da questão de ordem pública a qualquer tempo, mas não se proíbe, a despeito disso, o ajuizamento da rescisória. A prévia discussão da questão no processo originário não é obstáculo ao ajuizamento da ação autônoma de impugnação<sup>99</sup>.

Enfim, adotar essa postura é comprometer totalmente a segurança jurídica, além de não se conferir o mínimo de respeitabilidade à decisão judicial sobre questões processuais<sup>100-101</sup>.

<sup>99</sup> Há entendimento, inclusive, em sentido oposto. Segundo o enunciado n. 298 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, o prequestionamento (o prévio debate da questão) é pressuposto de cabimento da ação rescisória por expressa violação da lei: "A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada". Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, AR 1.196, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 26.03.2003, DJ, 13.09.2004, p. 163. Em outro sentido, não reputando o prequestionamento como pressuposto de cabimento da ação rescisória, STJ, 5ª T., REsp n. 468.229/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.06.2004, DJ, 28.06.2004, p. 384.

<sup>100</sup> Em relação ao "despacho saneador", ensina Calmon de Passos: "Admitir-se que de sua prolação não decorram consequências de qualquer espécie importa

h) Há ainda o problema em torno das condições da ação. Distingui-las das questões de mérito é tarefa hercúlea — o tema foi apresentado neste capítulo e será desenvolvido no Capítulo IV. Permitir a rediscussão sobre a existência de uma condição da ação é, muita vez, dar ensejo a nova decisão sobre questão de mérito já decidida<sup>102</sup>.

i) Não se descarta a hipótese de que, em certos casos, não haja preclusão para o juiz. É o caso da possibilidade de produção de provas, a qualquer tempo.

Perceba-se, porém, que essa flexibilidade está relacionada ao julgamento da causa: permite-se ao magistrado, com isso, aprimorar a qualidade do seu julgamento. A ausência de preclusão, aqui, justifica-se plenamente, porque de acordo com a finalidade principal do processo, que é a correta decisão do mérito.

Não se deve, pois, utilizar a inexistência de preclusão em tais casos como fundamento para que não exista preclusão sobre a decisão que examina a admissibilidade do processo.

afirmar-se um absurdo. Atribuir-lhe, por conseguinte, efeito preclusivo é, parecidos, um imperativo de ordem técnica e de ordem lógica, inclusive por força do que dispõe o art. 473" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., cit., p. 502). E arremata: "Quando essa atividade saneadora coincide com o momento processual reservado para exame do mérito, não há por que se cogitar de preclusão em momentos diferenciados; precedendo, entretanto, a fase saneadora àquela reservada ao exame do mérito, ou se admite a preclusão, ou o saneamento do processo perde toda sua significação e operacionalidade. Cuidar-se-ia de uma formalidade inútil, e não é isso o que pretende a ordem jurídica" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., cit., p. 503-504).

<sup>101</sup> "Com efeito, inominado absurdo configuraria, sem mais profunda indagação, o fato de, por exemplo, ter o juiz afirmado, quando do saneamento do processo, o interesse processual do autor e, todavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude da solicitação do réu, ou mesmo *ex officio*, e à míngua de qualquer recurso, pronunciando-se outra vez sobre matéria já preclusa, imutável dada a formação de coisa julgada formal, e assim afrontando o disposto no art. 473 do Código" (TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 163).

<sup>102</sup> Corretamente, GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3, p. 46.

j) Muitos dos doutrinadores, que defendem a inexistência de preclusão sobre a regularidade do processo (juízo de admissibilidade positivo), seguem orientação diversa em relação ao juízo de admissibilidade negativo. Nesse caso, extinto o processo pela falta de um “pressuposto processual”, a demanda somente poderia ser reproposta se o defeito fosse corrigido, ou seja, a primeira decisão haveria de ser respeitada, tendo, por conseguinte, eficácia preclusiva.

A postura revela incoerência: ou a decisão sobre a admissibilidade tem eficácia preclusiva, ou não a tem; essa eficácia não pode ser *secundum eventum litis*. A eficácia preclusiva do juízo de admissibilidade negativo será objeto do próximo item, em que serão citadas as orientações doutrinárias a respeito.

### **8.3. O juízo de admissibilidade negativo e a renovação da demanda (art. 268 do CPC)**

O estudo da cognição é imprescindível para a compreensão da coisa julgada material. Somente a decisão da questão principal pode ficar imune pela coisa julgada. Exatamente por dizer respeito a questões incidentes (não principais), o juízo de admissibilidade negativo é decisão que não está apta a ficar protegida pela coisa julgada. Por isso, diz-se com bastante frequência que as sentenças terminativas, por não versarem sobre o mérito da causa, não impedem a renovação da demanda (art. 268 do CPC)<sup>103</sup>. Compreenda-se por renovação da demanda, para evitar desentendimentos, a sua repositura nos *mesmos termos* em que apresentada primeiramente.

O legislador excepciona expressamente, no entanto, a sentença fundada no inciso V do art. 267, que versa sobre os “pressupostos processuais” objetivos extrínsecos (perempção, litispendência e coisa julgada): neste caso, há vedação expressa de repetição da causa. A proibição aplica-se também à extinção do processo em razão da

<sup>103</sup> Art. 268 do CPC: “Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado”.