A PRECLUSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PARA O EXAME DE MÉRITO DA AÇÃO

André Ribeiro Leite*

RESUMO: O objeto de estudo investigado é a incidência do instituto da preclusão sobre o juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação. Intenta relativizar a leitura da regra instituída pelo art. 267, §3º, do Código de Processo Civil, que a princípio permite a reanálise das condições da ação e pressupostos processuais a qualquer tempo e grau de jurisdição. Aborda a evolução do direito processual civil no Brasil até o advento do período instrumentalista, em que se reconheceu ser o processo instrumento para a concretização do direito material violado ou sob a ameaça de violação. Revela o necessário vínculo entre o direito material e o direito processual, embora não constate relação de dependência. Reconhece que as condições da ação também possuem a natureza de pressupostos processuais. Admite a pertinência da teoria da asserção, que deve ser aplicada de forma mitigada, face a existência de fase saneadora do processo e regime de preclusões. Conclui pela incidência do instituto da preclusão quanto aos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito da ação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil. Requisitos de admissibilidade da ação. Preclusão.

INTRODUÇÃO

O art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, enuncia a regra de que "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

* Mestre em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) pela Universidade do Minho – Portugal, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e Procurador do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE.

Leitura inicial do dispositivo, em especial de sua primeira parte, aparenta indicar que, enquanto não prolatada decisão final que julgue o mérito, sempre seria possível ao órgão jurisdicional decidir sobre a regularidade dos pressupostos processuais e condições da ação (CPC; art. 267, IV e VI), mesmo que acerca deles já houvesse prévia e positivamente se manifestado, para então extinguir o processo sem resolução do mérito. Não haveria, assim, preclusão para a análise dos requisitos de admissibilidade da ação, circunstância que, ao menos a princípio, importaria exceção à regra enunciada pelo art. 473, segundo a qual "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Não obstante a aparente liberdade para reanálise dos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito, o Código de Processo Civil aparenta indicar o momento para que o órgão jurisdicional aprecie as condições da ação e os pressupostos processuais. Seria, pois, a fase de saneamento do processo, a partir de quando decidirá se o feito encontra-se pronto para instrução ou apto a julgamento imediato, o conhecido julgamento conforme o estado do processo. Caso, porém, constate a ausência das condições da ação e pressupostos processuais, poderá decidir pela imediata extinção do processo sem resolução do mérito, conforme assim dispõe o art. 329, cujo enunciado firma que, "ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo".

Em postura oposta, ao decidir por instruir o feito, o órgão jurisdicional proferirá decisão doutrinariamente conhecida como despacho saneador[1], que, consoante leciona Moreira,

> (...) tem lugar justamente nas hipóteses restantes, ou seja, naquelas em que, descabida a audiência de conciliação, o órgão judicial chega à convicção de que é necessário o prosseguimento do feito – porque ainda não pode ser julgado o mérito -, e além disso é útil fazê-lo prosseguir – porque tudo indica que o mérito poderá ser julgado. Configura-se, pois, o despacho saneador como o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar a causa para a decisão de mérito. (MOREIRA, 1998, p. 52).

E, complementa Didier Jr. acerca do momento em que deve ser proferido o despacho saneador,

> Se não for caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nem de extinção do processo com julgamento do mérito (prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado da lide), e não sendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória. (a, 2010, p. 539).

O despacho saneador, todavia, conforme as lições doutrinárias acima transcritas evidenciam, não possui a natureza de mero despacho ordinatório sugerida por sua nomenclatura, mas sim de verdadeira decisão interlocutória. Afinal, também leciona Moreira,

> Contêm-se no despacho saneador:
>
> a) um juízo positivo de admissibilidade relativamente à ação, no sentido de que o órgão judicial, quer examinando preliminares arguidas pelo réu, quer conhecendo *ex officio* da matéria – o que só não lhe é lícito fazer quanto à existência de compromisso arbitral (art. 301, §4º, não alterado pela Lei nº 9.307) -, admite a concorrência das condições que tornam legítimo o respectivo exercício;
>
> b) um juízo positivo de validade do processo, quer por haver-se ele constituído e desenvolvido sem vícios, quer por terem sido oportunamente sanados (art. 327, 2ª parte; cf. *supra*, §5º, nº II, #) os que existiam, quer ainda porque os porventura existentes sejam irrelevantes à luz das regras insculpidas nos arts. 243 e segs.
>
> Disso se infere que, a despeito do nome, o despacho saneador não é mero despacho (art. 162, §3º), mas verdadeira decisão interlocutória, em que

> o juiz resolve questões incidentes (art. 162, §2º). (MOREIRA, 1998, p. 53).

Como se constata, o despacho saneador revela cognição acerca da regularidade dos pressupostos processuais e condições de ação, o que possibilita o regular prosseguimento do feito, que será instruído e, ao final da colheita de provas, julgado. O despacho saneador, seja implícita ou explicitamente, finda por sinalizar a existência dos requisitos de admissibilidade para o exame de mérito. Daí porque, como decisão interlocutória que é, não seria por demais concluir que o saneador, se não contestado via recurso, faz incidir os efeitos da preclusão sobre os requisitos de admissibilidade da ação conforme, aliás, deste modo orienta o Enunciado de Súmula nº 424, do Supremo Tribunal Federal, cujo verbete afirma que "transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença". Afinal, complementa Ferreira Filho ao proferir análise sobre sua redação, "criticável é (...) o emprego da expressão "transita em julgado", eis que tal ocorre apenas em relação às sentenças, sendo que as decisões interlocutórias irrecorridas precluem e não transitam em julgado" (FERREIRA FILHO, 1991, p. 95).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, ao adotar a interpretação sugerida no início desse tópico para o art. 267, §3º, do Código de Processo Civil, já prolatou julgamento no sentido de que o Enunciado nº 424 não se aplica às matérias que devam ser conhecidas de ofício, como assim são as condições da ação, conforme se verifica da leitura da ementa de seu acórdão:

> 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 nº 424 da Súmula/STF

> à matéria que deve ser apreciada de ofício.
> (REsp 343.750/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2002, DJ 10/02/2003, p. 215)

Essa incongruência de posicionamentos dos Tribunais Superiores, salienta-se, possui raízes históricas. De acordo com lição do multicitado Moreira,

> O despacho saneador previsto no art. 294 do Código de 1939 impunha ao juiz a obrigação de se pronunciar expressamente sobre as matérias arroladas em seus incisos, dentre elas as condições da ação e os pressupostos processuais.
> Por seu turno, o art. 851, IV, concedia agravo no auto do processo contra as decisões que considerassem saneado o processo.
> Tratava-se, pois, de decisão interlocutória recorrível.
> No despacho saneador, o juiz poderia assumir uma das três seguintes posições: extinguir o processo por ausência de condição da ação ou de pressuposto processual; afirmar, de ofício ou mediante requerimento, a existência de todas as condições das ações e de todos os pressupostos processuais; ou, enfim, omitir-se sobre estas matérias.
> (...).
> Para alguns as matérias decididas, explícita ou implicitamente, no despacho saneador, se não interposto o agravo no auto do processo, ficavam preclusas para a superior instância e, mesmo com a interposição do recurso, a decisão não mais podia ser revista pelo próprio juiz que a proferiu.
> Outros afastavam totalmente a preclusão, no que concerne às condições da ação e aos pressupostos processuais, sob o argumento de que "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 forma processual imperativa".

> A jurisprudência, depois de muita oscilação, consolidou o entendimento de que somente ocorreria preclusão no caso da decisão expressa, não aceitando, pois, a possibilidade de decisão implícita decorrente da omissão do juiz.
> É o que se verifica da Súmula 424 do Supremo Tribunal Federal (...).(FERREIRA FILHO, 1991, p. 94-95).

Todavia, adverte o autor em suas lições,

> Todo o pensamento, quer na doutrina quer na jurisprudência, construído à luz do código de 1939 não pode ser simplesmente transportado para o código atual.
> (...)
> Ao contrário do que sucedia na disciplina do código revogado, o juiz não está mais obrigado a decidir sobre as condições da ação e os pressupostos processuais em um determinado momento procedimental, eis que o art. 267, § 3º 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 nºs IV, V, e VI". Trata-se dos pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", da perempção, da litispendência, da coisa julgada e das condições da ação.
> O limite fixado pela norma não é, como poderia parecer à primeira visita, a decisão de mérito de primeiro grau, ficando o tribunal impedido do conhecimento oficioso. Ao contrário, "assim o juiz como o tribunal poderão apreciar a matéria dos três incisos, se a encontrarem demonstrada nos autos, mesmo que as partes não a hajam suscutado".
> Apesar da regra constante do art. 267, § 3º, o código prevê um momento ideal para que a matéria em consideração seja decidida.
> Realmente, ao dispor sobre o julgamento conforme o estado do processo, o art. 329 estabelece que

> "ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, nºs II a V, o juiz declarará extinto o processo".
> Logo, neste momento deve o juiz averiguar a existência, ou não, das condições das ações e dos pressupostos processuais matérias arroladas no art. 267, IV, V e VI.
> (...)
> Podemos resumir o sistema do código da seguinte forma: convém que o juiz aprecie a matéria atinente às condições da ação e aos pressupostos processuais na fase do julgamento conforme o estado do processo. Não o fazendo, contudo, a matéria não ficará preclusa, por força do disposto no art. 267, § 3º. (Ferreira Filho, 1991, p. 95-97).

Indaga-se, enfim: há preclusão para a análise do juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação?

Eis, pois, o problema a ser enfrentado pelo presente artigo, que detém atual relevância social e científica, posto que a questão ainda motiva divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Afinal, caso se conclua pela ocorrência do instituto da preclusão sobre a decisão que afirme a regularidade dos requisitos de admissibilidade da ação, o órgão jurisdicional dificilmente poderá prolatar subsequente decisão terminativa do feito sem resolução do mérito com fundamento na ausência de condição da ação ou pressuposto processual. Isso porque, conforme será demonstrado, sob tal ótica terá vez julgamento de mérito, com a formação de coisa julgada material.

DESENVOLVIMENTO

1. AS TRÊS FASES DO DIREITO PROCESSUAL

Investigação acerca da ocorrência do fenômeno da preclusão para a análise do juízo de admissibilidade para o exame de mérito da ação imprescinde de breve abordagem sobre a evolução das funções atribuídas ao direito processual brasileiro ao longo da história, mormente do impacto

que determinada compreensão sobre a natureza do processo faz incidir na interpretação de seus institutos.

Sob esse parâmetro, recorda-se que o art. 75, do Código Civil de 1916, diploma legislativo que vigorou até o ano de 2002, estabelecia que "a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura". Tal comando, que em primeira leitura revelava garantia de tutela jurisdicional ao direito ameaçado, também representava a positivação de problema que afetou a ciência do direito processual por longa data. Isso porque sugeria a vinculação da ação a um respectivo direito material, em relação de total dependência. Inexistente o direito, por conseguinte, não haveria que se falar em ação. Tratava-se, em verdade, de herança tardia do direito romano, pois, consoante leciona Didier Jr., nele se entendia a

> (...) "Ação" como direito material em movimento/exercício. No processo romano não havia distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida. Ação, neste contexto, era o próprio direito material violado, cujo exercício se dava perante os tribunais da época. Esta vinculação do direito de ação ao direito material ainda é bastante visível nas leis civis, que vez por outra falam que alguém "tem ação contra" outrem. Fala-se, por exemplo, em "ação regressiva", como sinônimo de direito de reembolso. (a, 2010, p. 193).

Cuida-se de momento do direito processual denominado de fase sincrética, em que inexistia autonomia em relação ao direito material. Não obstante, se o art. 75, do Código Civil de 1916, ainda estivesse em vigor, seria possível afirmar sem grande margem de erro que leitura de seu dispositivo efetuada pela quase totalidade dos hermeneutas modernos, ainda que simplesmente se adotasse o método de interpretação gramatical, dificilmente chegaria a essa conclusão. Isso porque, alerta-se, a simples afirmação desse comando no sentido de que a todo o direito corresponde uma ação que o assegura não mais seria suficiente, por si só, para excluir a natureza de ação da conduta de deduzir pretensão em juízo, mesmo que desprovida de fundamento. Afinal, é indubitável a existência de ações carecedoras de direito a ser tutelado. Trata-se de realidade imposta pelo cotidiano forense, em que o julgamento de improcedência de

algumas ações submetidas ao crivo do Poder Judiciário não é suficiente para lhes negar a existência enquanto instituto, pois a decisão final de improcedência não deixa de representar tutela jurisdicional para quem foi parte do processo como réu. Para esse, complementa-se, a formação de coisa julgada representa a garantia de que dada matéria não mais será objeto de questionamento, constituindo impedimento contra o posterior exercício de eventual demanda com idêntico objeto e partes. É o que já sintetizava Chiovenda, para quem

> (...) a ação assim entendida corresponde também ao demandado, desde o momento em que seja proposta contra ele uma demanda infundada. Esse direito se nos manifesta nas novas normas processuais que concedem ao demandado converter-se em parte diligente, inscrever a causa no registro, reassumir a causa e, sobretudo, não aceitar a renúncia aos atos (Código de Procedimento Civil italiano, art. 345). Aqui não há no demandado mais do que um interesse à declaração negativa de certeza da relação jurídica afirmada pelo autor. (CHIOVENDA, 2003, p. 22).

Observa-se, assim, que a existência autônoma do direito de ação e, consequentemente, do processo, é realidade inconteste, que macula mortalmente a tese sincretista.

A despeito da obviedade dessas considerações, fez-se necessária a adequação da ciência processual, de forma a explicar o porquê da indicada ocorrência do julgamento de improcedência que acometia certas ações, fenômeno que no ordenamento jurídico brasileiro, conforme visto, durante longa data encontrou resistência de comandos legais, a exemplo do referido art. 75, do Código Civil de 1916.

Foi então que emergiu nova fase do direito processual, denominada de autonomista, em que, como a própria nomenclatura sugere, defendeu-se a autonomia do direito de ação e, por conseguinte, do direito processual face o direito material. Como mais uma vez elucida Didier Jr., pela concepção autonomista buscou-se defender a

> "Ação" como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito

> de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da "pretensão à tutela jurídica", que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os *"abstrativistas"*, que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado da causa (existência ou não do direito material), e os *"concretistas"*, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção *abstrativista* prevaleceu, embora com o "tempero" que lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tulio Liebman (...). (a, 2010, p. 193-194).

No Brasil, conforme o citado autor expôs, Enrico Tulio Liebman foi o grande expoente do direito processual autonomista, influenciando sobremaneira os fundamentos teóricos do atual Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73), resultado de anteprojeto de autoria do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, ex-aluno e discípulo do mestre italiano.

Em seu discurso, Liebman distinguiu a autonomia do direito processual face o direito material ao discriminar o que se deveria compreender por direito de ação, assim como direito à tutela jurisdicional. Segundo explanou,

> (...) só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o reconhecimento deste em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo a estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes. (LIEBMAN, 2005, p. 195).

E, ao complementar a ideia supra, discorreu que

> A ação, como direito ao processo e ao julgamento do mérito, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção

> que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder poderá ele procurar vitória. (LIEBMAN, 2005, p. 200).

Na busca de firmar a autonomia do direito processual face o direito material, Liebman desenvolveu pressupostos científicos próprios, que terminaram por ser positivados pelo Código de Processo Civil ainda em vigor. Tratam-se das condições da ação, que segundo explicitou,

> (...) são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, ou seja, como condições essenciais à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo. Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa. A ausência de apenas uma delas já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida. A ocorrência das condições da ação tem importância notadamente no processo de conhecimento (no qual elas são condições de um julgamento de mérito) (...). (LIEBMAN, 2005, p. 203-204).

Não sendo objeto do presente estudo perquirir a completa acepção do direito de ação, tema que demandaria pesquisa própria, importa salientar que a adoção do regime de condições da ação pelo diploma processual civil brasileiro - o que provavelmente decorreu da então imperiosa e mesmo obsessiva busca doutrinária pela autonomia do direito processual - findou por gerar problema em relação a sua própria finalidade. Isso porque, detendo as condições da ação, conforme assim expôs o autor, natureza de pressupostos processuais de admissibilidade da ação em si, decisão prolatada após o término da fase postulatória que lhes reconhecesse a ausência e extinguisse o processo sem julgamento do mérito por carência da ação geraria incongruência, pois o processo já fora regularmente instaurado. Afinal, quando decisão extintiva por carência da ação for prolatada após o saneamento do processo, não se pode deixar de considerar a ocorrência de retrocesso na regular marcha processual, pois terá lugar a reanálise de questão a princípio já decidida. Este, conforme exposto na introdução, é o problema que se propõe investigar.

Não bastasse, faz-se necessário observar que a fase autonomista que rege o direito processual civil foi paulatinamente substituída por terceira, classificada pela doutrina como instrumentalista. É o que expõe Didier Jr., ao fazer a seguinte síntese desses três períodos:

> (...) a evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) *praxismo* ou sincretismo, em que não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) *processualismo*, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) *instrumentalismo*, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (...).(a, 2010, p. 27-28).

A compreensão desse desdobramento histórico é imprescindível para o adequado enfrentamento da questão, pois lhe delimita os pressupostos

teóricos. Isso porque, na fase instrumentalista, reconhece-se que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular. É esta, alerta-se, a correta exegese que deve ser atribuída às normas processuais, harmônica com os ditames do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Não se refuta, enfim, o vínculo entre o direito processual e o direito material, embora não de dependência como outrora ocorreu na fase concretista. Conforme discorre Didier Jr. sobre o instrumentalismo,

> O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de *direito material processualizado*.
>
> Se em todo processo há uma situação jurídica substancial afirmada ("direito matéria", na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se deve supor. A separação que se faz entre "direito" e "processo", importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela.
>
> O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para o qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. (a, 2010, p. 22).

Daí porque, conclui o multicitado autor,

> Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso. (a, 2010, p. 23).

O processo, em suma, não pode ser um fim em si mesmo, acepção que, desde logo, irremediavelmente influencia institutos tradicionais, como a preclusão.

2. A NATUREZA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Conforme exposto no tópico anterior, o Código de Processo Civil brasileiro adotou os preceitos defendidos por Liebman durante o período autonomista do direito processual, para assim exigir o cumprimento de certas condições por quem deduzisse pretensão em Juízo, sob pena de o poder jurisdicional não apresentar resolução para a questão que lhe foi submetida. É o que se afere mediante leitura de seu art. 267, VI, segundo o qual "extingue-se o processo, sem resolução do mérito (...) quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual"[2].

Por sua vez, o Capítulo II, do Título I, do Livro I, do Código, sob a rubrica "da ação", destina quatro dispositivos para tratar sobre as condições referidas pelo citado inciso VI, do art. 267, à exceção da possibilidade jurídica do pedido; condição esta, aliás, retirada pelo próprio Liebman do rol enunciado em seus estudos por ocasião da eliminação do único exemplo que lhe respaldava no ordenamento jurídico brasileiro, que era a impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

Sob tal ótica, o diploma processual cuida em específico do interesse e legitimidade para agir, traçando-lhes extensão, o que faz em seus arts.

3.º a 6.º. Para tanto, explicita que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, assim como da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4.º, Ie II). Já acerca da legitimidade, aborda-a indiretamente, ao firmar que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Da leitura desses dispositivos, desde logo se percebe existir certa correlação entre as condições da ação e o direito material, não obstante hajam sido teorizadas por Liebman como institutos assertivos da independência do direito processual face o direito material, conforme já abordado no tópico 1. Essa correlação, todavia, será especificamente investigada no tópico seguinte, pois nesse momento faz-se necessária aferir a natureza das condições da ação, aspecto que trará implicações para a conclusão do presente estudo.

Nesse contexto, resposta para a indagação da natureza das condições de ação, apesar de precipuamente sugerir certa complexidade, logo pode ser encontrada no primeiro artigo do código destinado ao tema da ação, que dada a sua importância, transcreve-se:

> Art. 3.º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Como a redação do dispositivo legal sugere, em razão de o interesse e a legitimidade serem indispensáveis para a propositura da ação (CPC; art. 3.º c/c art. 267, VI), outra não pode ser conclusão senão a de que as condições da ação lhe representam requisitos. Encontram, pois, similitude com outro instituto do direito processual, que são os pressupostos processuais. Parte da doutrina, no entanto, diverge a respeito da definição usualmente atribuída aos pressupostos, a exemplo de Didier Jr., para quem

> Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede o ato e se coloca como elemento indispensável à sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade (...)" (b, 2010, p. 105-106).

A conceituação estabelecida pelo citado autor baseia-se na circunstância de o processo, além de representar relação processual entre ao menos um sujeito e o Estado – sendo tripartite quando há sujeito demandado -, se analisado estritamente - e talvez na acepção mais ordinária no meio social -, também ser definido como um conjunto de atos sucessivos produzidos em Juízo até o advento de uma decisão final. É, pois, procedimento dotado de natureza jurisdicional e, conforme explana Didier Jr., como todo procedimento, igualmente

> (...) é um ato-complexo. Trata-se de ato jurídico cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo. (b, 2010, p. 17-18).

Sintetiza, assim, que "pressuposto processual é nomenclatura que deve ser utilizada para designar os pressupostos de existência do procedimento. Requisitos processuais é o termo que deve designar os chamados "pressupostos processuais" de validade" (b, 2010, p. 355).

Sob tais parâmetros, mesmo sem assumir a conclusão supra como verdade absoluta, não se pode deixar de considerar que, por força do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, a ausência de pressuposto processual acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, assim como se dá em relação à carência da ação por ausência de qualquer uma de suas condições (CPC; art. 267, VI). Não há, enfim, diferença substancial entre os pressupostos processuais e as condições da ação enunciados pelo Código de Processo Civil brasileiro, pois ambos são imprescindíveis para o exercício do direito de ação e, consequentemente, para a regular formação do processo. Recorda-se, aliás, que o próprio Liebman classificou as

condições da ação como requisitos de existência, enquanto Didier Jr. lhes atribui natureza semelhante, muito embora sob a roupagem de requisitos de validade. O que importa registrar é a similitude de consequências que a falta de ambos os institutos acarreta, o que motiva a crítica formulada por esse autor contemporâneo quanto à falta de um ou outro, que devido a sua pertinência, ora se transcreve:

> É criticável a opção do legislador brasileiro de considerar a condição da ação uma terceira espécie de questão, distinta do mérito ou de um "pressuposto processual". A condição da ação ou diz respeito ao mérito da causa (possibilidade jurídica do pedido) ou é "pressuposto processual" (interesse de agir e legitimação *ad causam* extraordinária). A falta de condições da ação revela, em muitos casos, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado do mérito sem a citação do réu. (b, 2010, p. 357).

Há no processo, como se observa, apenas duas possíveis decisões finais, em que uma julga o mérito da pretensão deduzida em juízo e a outra deixa de fazê-lo por ausência de pressuposto de processual, aí inseridas as condições da ação.

Não é por demais concluir, portanto, que as condições da ação possuem a natureza de pressupostos processuais e, por conseguinte, representam requisitos de admissibilidade da demanda, posto que seu exame necessariamente será precedente ao julgamento de mérito da pretensão[3]-[4].

3. O REGIME DE TRATAMENTO SOBRE OS VÍCIOS DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Conforme exposto no tópico anterior, as condições da ação possuem a natureza de pressupostos processuais, sendo, via de consequência, requisitos de admissibilidade da ação. Deste modo, quando o órgão investido de poderes jurisdicionais analisar as condições da ação, em verdade estará por decidir acerca da presença de pressupostos processuais

de existência ou validade, classificação determinada caso se adote, respectivamente, a tese originária de Liebman ou a que se fez mencionada por Didier Jr.

Não sendo o intuito deste trabalho investigar se as condições da ação representam pressupostos processuais de existência ou validade, mas apenas verificar se ocorre a preclusão para a reanálise da decisão que lhes declarou a presença, convém acentuar que o sistema processual civil brasileiro firma conduta semelhante a ser exercida pelo órgão jurisdicional quando verificar algum vício em ambas as circunstâncias.

3.1 DO TRATAMENTO DOS VÍCIOS INCIDENTES SOBRE AS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUANDO COMPREENDIDAS COMO REQUISITOS DE VALIDADE DO PROCESSO

Caso se adote a tese defendida de que as condições da ação possuem a natureza de requisitos de validade do processo, consoante alerta um de seus defensores, Didier Jr., não se pode desconsiderar que "(...) o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento" (b, 2010, P. 19). Afinal, conforme exposto no tópico 2, sendo o processo um ato-complexo composto por um conjunto de atos sucessivos produzidos em Juízo até o advento de uma decisão final, deve-se atentar que, consoante continua a lecionar o citado autor ao transcrever lição de PASSOS, "(...) o que ocorre no procedimento não é uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos casualmente coligados com vistas a um efeito conclusivo" (b. PASSOS, 2010, p. 19).

E possui razão, vez que, atente-se, todos os atos integrantes do procedimento também estão sujeitos aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Daí porque, alerta-se, a invalidade de um dos atos integrante do ato-complexo processo não acarreta a invalidade deste, mesmo que lhe impeça de atingir sua finalidade maior, que é o julgamento da pretensão deduzida em Juízo. Afinal, assim como se discorreu no tópico 2, deste artigo, o julgamento de improcedência da ação – com ou sem resolução do mérito - não significa a declaração de inexistência da mesma e, por conseguinte, do processo em si. É o que elucida o multicitado Didier Jr., para quem

> O processo, do ponto de vista interno, é uma relação jurídica, e do ponto de vista externo, é

um procedimento. Como em qualquer relação jurídica, também se impõe, aqui, a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto).

Os sujeitos principais da relação jurídica processual são as partes (autor e réu) e o Estado-juiz. Para que a relação jurídica processual exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição completa o elemento subjetivo do processo. A relação jurídica processual existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma consequência jurídica, se for validamente citado (art. 219 c/c o art. 263 do CPC – 73).

Os elementos objetivos de uma relação jurídica são o fato e o objeto. O fato jurídico que instaura a relação jurídica processual é o ato inaugural (ato postulatório que introduz o objeto litigioso do processo) de alguém com personalidade judiciária perante órgão investido de jurisdição, conforme o art. 263 do CPC. O objeto litigioso do processo é a prestação jurisdicional solicitada por esse ato, normalmente designado de demanda. Preenchidos esses elementos, a relação jurídica processual existe.

É possível que, embora exista relação jurídica processual, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou que não possua decisão. Nesses casos, a relação jurídica processual existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual.

Existente o processo (relação jurídica processual), é possível discutir sobre a admissibilidade (validade) de todo o procedimento (ato jurídico complexo) ou, especificadamente, de cada um dos atos

> jurídicos que nele são praticados. Não se pode discutir a validade relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse – pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, aspecto extrínseco do processo, que é um ato jurídico complexo de formação sucessiva.
>
> Surgem, então, os requisitos de validade do processo. Como todo ato jurídico, o procedimento também tem seus requisitos de validade: a forma do ato deve ser respeitada, bem como os sujeitos (juiz e partes) hão de ser capazes. O desatendimento dos requisitos da validade de um ato jurídico processual isolado não inviabiliza, a princípio, todo o procedimento; pode dar azo apenas à decretação de nulidade do ato jurídico processual defeituoso. Na verdade, quando se diz "processo inválido", está-se diante de uma consequência (invalidade) que decorre de um defeito no fato jurídico que deu causa à relação jurídica processual (demanda inicial) ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele originário e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso. (b, 2010, p. 106-107).

Tal lição é fundamental, pois em razão de se considerar as condições da ação como requisitos de validade do processo, o regime de tratamento de nulidades a que se submetem, por obviedade, é o mesmo estabelecido pelo Código de Processo Civil para os atos em geral. E desse diploma normativo emergem dispositivos que intentam corroborar o escopo instrumentalista do processo, a exemplo do art. 250 e seu parágrafo único, que seguem transcritos:

> Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que

> forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.
> Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

O comando supra alberga verdadeiro princípio de índole instrumentalista, pois reconhece que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão. Daí porque, conclui-se, a declaração de nulidade é exceção, sendo o aproveitamento dos atos processuais a regra. E, acrescenta-se, ainda que não seja possível aproveitar-se o ato nulo em razão de sua manutenção gerar prejuízo, ainda assim o juiz deverá ordenar que o ato seja repetido ou retificado antes de lhe mitigar os efeitos em definitivo. É o que determina o art. 249, do Código de Processo Civil, que dada a sua importância, igualmente segue transcrito:

> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
> § 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.
> § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Nesse contexto, ao se considerar que as condições da ação representam requisitos de validade do processo, antes de extingui-lo sem resolução do mérito, o órgão jurisdicional deve determinar o suprimento do pertinente vício pela parte que lhe possui o ônus, conforme, aliás, a contemporânea ótica do instituto da preclusão, a ser delineada no tópico 5[5]. Daí a conclusão de Didier Jr, no sentido de que "a decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito – situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja" (b, 2010, p. 29).

3.2 DO TRATAMENTO DOS VÍCIOS INCIDENTES SOBRE AS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUANDO COMPREENDIDAS COMO REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO

Conduta semelhante à exposta no tópico anterior também tem vez caso se considere que as condições da ação, tal como defendia Liebmam, possuem a natureza de requisito de existência do processo, e não validade. Isso porque o art. 284, do Código de Processo Civil, ao tratar dos requisitos da petição inicial, peça processual que materializa a demanda - o primeiro ato de exercício do direito de ação e, por conseguinte, de instauração do processo – estabelece que, "verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias".

Adiante, o art. 327, do Código de Processo Civil, firma em sua segunda parte que, "(...) verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias". Consoante explicitam MARINONI e MITIDIERO, o dispositivo se reporta ao saneamento do processo, que

> (...) pode ocorrer de maneira escrita ou oralmente, em audiência preliminar (art. 331, CPC). Pode o juiz escolher entre uma e outra forma de organizar o processo. O ideal, em um processo pautado pela colaboração, é que a sua organização se dê em audiência preliminar. A segunda parte do art. 327, CPC, prevê a possibilidade de saneamento por escrito. Verificando o juiz a existência de irregularidades e vícios na consecução dos atos processuais, deve dialogar com as partes e determinar a sanção dos defeitos apontados, fixando para tanto prazo nunca superior a 30 (trinta) dias. Não atendida a determinação, pode ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, IV, V, VI e VII, CPC), julgando-se o processo no estado em que se encontrar (art. 329, CPC), ou de decretação de nulidade de

> determinado ato processual, ordenando o juiz nova realização do ato nulo.(...). (MITIDIERO e MARINONI, 2011, p. 329-330).

Em síntese, mesmo que as condições da ação sejam consideradas como requisitos de existência do processo, antes de extingui-lo sem resolução do mérito, o órgão jurisdicional deverá determinar medidas para sanear o vício, de forma a evitar caracterizar o processo como procedimento inócuo, um fim em si mesmo. De acordo com Fidélis, "a atividade saneadora do juiz é constante no processo" (FIDÉLIS, 1998, p. 403). Aqui há também, enfim, o reconhecimento de que o direito processual, a despeito de autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão.

4. DO INSTRUMENTALISMO ENQUANTO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO A SER CONCEDIDO AOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Consoante exposto no tópico 1, deste artigo, a partir da fase instrumentalista reconheceu-se que o direito processual, embora autônomo, está a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular. Trata-se, pois, da correta exegese que deve ser atribuída às normas processuais, o que decorre da posição de supremacia hierárquica ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico; advinda, por sua vez, dentre outros fundamentos, da existência de um sistema de controle normativo de constitucionalidade das leis. Isso porque, alerta-se, a força normativa que a Constituição possui não apenas serve para justificar a busca pelo aproveitamento dos atos processuais eivados de nulidade, como também para corroborar a correlação entre o direito processual e o direito material, algo intrínseco ao escopo instrumentalista do processo, sem que tal circunstância signifique retorno à relação de total dependência que marcou o período sincretista. Tal compreensão é fundamental para se aferir qual o momento em que as condições da ação devem ser analisadas enquanto requisitos de admissibilidade para a resolução do mérito da demanda, ou seja, qual a interpretação que deve ser conferida ao art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil.

Para tanto, faz-se necessário reconhecer que a aludida supremacia da Constituição dificilmente poderá ser dissociada de método de interpretação que não lhe atribua a maior eficácia possível. Entendimento contrário implicaria a inevitável mitigação de sua força enquanto documento normativo fundamental, pois, conforme elucida Canotilho ao abordar a questão, "uma norma adquire verdadeira normatividade quando com a "medida de ordenação" nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir (...)" (CANOTILHO, 2007, p. 1221). E diferente não sucede com a Constituição, cuja natureza normativa é inquestionável. Deste modo, não se percebe adequado possibilitar ao intérprete o livre-arbítrio para materializar o comando constitucional à revelia dos fundamentos e objetivos apresentados pela própria Constituição, sob pena de incidência em vício de inconstitucionalidade[6]. Parece correta, portanto, a teoria da concretização desenvolvida por HESSE, que ao defender a força normativa intrínseca à Constituição[7], leciona que

> A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.
> (...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22-25).

A teoria da concretização, aliás, diretamente se vincula ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; e de outro modo não poderia ser, pois, tal como discorre Barroso "(...) nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida" (BARROSO, 2001, p. 244). Daí porque, complemente o autor,

> (...) toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Todos os juízes e tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico é o que já vem expresso no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". (BARROSO, 2001, p. 266).

Essa busca pela máxima efetividade e, consequentemente, concretização das normas constitucionais, também resultou no aumento do relevo do papel da jurisprudência nessa seara, em especial aquela resultante da atividade do Supremo Tribunal Federal via julgamento de mandados de injunção, além de exegese pelo método da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, o trato de conceitos jurídicos abertos e indeterminados[8]. Cuida-se, pois do fenômeno identificado pela doutrina brasileira como ativismo judicial[9], o qual, porém, ainda sofre algum questionamento por parte de integrantes do citado Tribunal brasileiro, que a despeito de o reconhecerem necessário, pregam moderação[10].

Dentre os princípios albergados pela Constituição e que, por consequência, submetem-se ao método interpretativo da máxima efetividade, sobressai a tutela jurisdicional efetiva, a qual é extraída de uma pluralidade de comandos inseridos no rol de direitos fundamentais instituído pelo art. 5.º, da Constituição, a exemplo de seus incisos XXXV, XXXVI, LIV, LV e LXXVIII, segundo os quais, respectivamente, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; não haverá juízo ou tribunal de exceção; ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o

contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, que por força da máxima efetividade das normas constitucionais, condiciona a concretização não somente da Constituição, mas também dos direitos em geral lesionados ou ameaçados de lesão, obriga o Poder Judiciário a garantir um processo instrumental, suficiente o bastante para realizar as normas de direito material. Essa é a interpretação que deve ser conferida ao tratamento das condições da ação, além de outros institutos como a preclusão, cujo sentido já fora referido no tópico 2.

5. DA MODERNA ACEPÇÃO SOBRE O INSTITUTO DA PRECLUSÃO E SUA INCIDÊNCIA SOBRE OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PARA EXAME DE MÉRITO DA AÇÃO

Conforme exposto em linhas anteriores, o art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, enuncia a regra de que "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

Leitura inicial do dispositivo, advertiu-se, aparenta indicar que antes de proferida sentença de mérito, seria possível ao órgão jurisdicional conhecer dos pressupostos processuais e condições da ação (CPC; art. 267, IV e VI), mesmo que acerca deles já houvesse previamente se manifestado, para então extinguir o processo sem resolução do mérito. Não haveria, assim, a incidência do instituto da preclusão quanto à análise dos requisitos de admissibilidade para o exame do mérito da ação. É, aliás, a atual compreensão do problema, consoante leciona Didier Jr., segundo o qual

> 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 *pro iudicato*: enquanto pendente a relação jurídica 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. 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, embora ainda em vigor, não se aplica a esse tipo de questão. Fala-se que não se pode cogitar de preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória. (b, 2010, p. 84-86).

A indicada tese majoritária, acrescenta-se, pode ser exemplificada através do posicionamento de autores como Marinoni e Mitidiero, que ao abordarem a questão, afirmam que "a decisão a respeito das questões processuais pendentes de ordem pública na audiência preliminar (art. 267, §3º, CPC) não faz precluir, para o juiz, a possibilidade de examiná-las posteriormente" (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 333). Harmoniza-se, aliás, com o já mencionado precedente lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n.º 343.750/MG, no sentido da inaplicabilidade do referido Enunciado nº 424, do Supremo Tribunal Federal, cujo texto, repete-se, dispõe que "transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".

Todavia, os citados Marinoni e Mitidiero, ao examinarem o comando do §3.º, do art. 267, do Código de Processo Civil, aparentam incidir em contradição, pois se revelam adeptos da teoria da asserção, segundo a qual, reitera-se para fins didáticos, os requisitos de admissibilidade da ação devem ser aferidos quando de sua propositura, o que se dará pela simples análise da petição inicial. Afinal, sob a ótica dessa teoria, tudo mais seria questão de mérito, já que a decisão final não mais se fundamentaria sobre o que fora alegado pelo demandante na exordial, mas naquilo que restou efetivamente provado no transcurso do processo, em um juízo de mérito quanto à procedência ou improcedência da pretensão deduzida em juízo. De acordo com esses autores,

> As condições da ação devem ser aferidas *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa, quando o autor carecer de interesse processual ou quando o pedido for juridicamente impossível, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, e parágrafo único, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte, da ausência de interesse do autor ou da impossibilidade jurídica do pedido, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC). No primeiro caso, não há que se pensar na formação de coisa julgada material. Não havendo sentença de mérito transitada em julgado, no sistema do Código, não há que se falar igualmente na possibilidade de ação rescisória (STJ, 1ª Seção, AR 381/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 27.09.1994, DJ 12.06.1995, p. 132). No segundo, há resolução de mérito e formação de coisa julgada, podendo ser eventualmente aviada, sendo oportuna, ação rescisória (STJ, 3ª Turma, REsp 21.544/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 19.05.1992, DJ 08.06.1992, p. 8.619) (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 262).

Sob os parâmetros supra, após o recebimento da inicial, a princípio não haveria a possibilidade de (re)apreciação dos requisitos de admissibilidade da demanda, pois tudo mais condiziria ao mérito. Tal conclusão, aliás, parece mais harmônica com a moderna acepção conferida ao instituto da preclusão pelo contemporâneo escopo instrumental do processo, em que todos os seus institutos devem possuir função concretizadora do direito material, circunstância que igualmente representa, por sua vez, a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente albergados, a exemplo da efetiva tutela jurisdicional (CF; art. 5.º, XXXV) e sua célere prestação (CF; art. 5.º, LXXVIII). O processo, portanto, deve buscar a

prestação de tutela jurisdicional efetiva, sem se desvencilhar da acepção de segurança que a regular e sequencial marcha dos atos processuais proporciona, o que decorre, dentre outros fatores, pela adoção de um regime de preclusões. Nesse sentido é a exposição de Nunes, para quem

> (...) os estudos tradicionais de direito processual trabalhavam e coloca a preclusão como um dos principais fatores de estruturação do procedimento em uma visão democrática.
> Desta forma, vislumbra-se que a preclusão é o instituto jurídico processual que visa a estruturar o procedimento de forma adequadamente célere, sem descurar do modelo constitucional processual assegurado, formado por situações jurídico-processuais-ato-fato jurídico-processuais – que se consolidam pelo esgotamento-trancamento-estabilização do tempo legal, decorrente da ação ou omissão em sua realização, produzindo efeitos processuais (preclusivos), conforme a lei que governa sua constituição. (NUNES, 2004, p. 189).

E, complementa o citado autor,

> Tendo havido 'questão' a respeito deles, decidida pelo juiz, há preclusão *pro judicato*, se não oferecido o recurso próprio – o agravo. A constituir-se diversamente estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omisso com a possibilidade de ter revista, em sua provocação, a decisão que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em errônea técnica, 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.
> Como se verifica, a preclusão como fator de estruturação do procedimento permite sua

> adequação espaço-temporal e deve ser interpretada com base no princípio democrático, de forma a impedir recuos desnecessários, e partindo da visão co-construtiva e correponsável de todos os sujeitos processuais, sem privilégios e quebra do modelo constitucional de processo. (NUNES, 2004, p. 205).

A contemporânea compreensão do instituto da preclusão e sua função instrumental, condizente com o sistema democrático garantidor dos direitos fundamentais deve ser conjugada com a teoria da asserção. Ambos, porém, são abrangidas pela ressalva formulada por Didier Jr., no sentido de que

> A percepção de que o juízo de admissibilidade é o juízo de validade do procedimento é indispensável para a correta aplicação dessas regras processuais, que passam a ser encaradas a partir do sistema das invalidades processuais, construído para que invalidades não sejam decretadas". (b, 2010, P. 3).

A observação acima cuida do vigente regime de tratamento das nulidades, aplicável aos vícios incidentes sobre as condições da ação enquanto compreendidas como requisitos de existência do processo, conforme exposto no tópico 3.2. Ali, recorda-se, concluiu-se que a atividade saneadora do juiz no processo é constante, circunstância que necessariamente afasta qualquer indício de natureza absoluta à teoria da asserção, não desprovendo de sentido, deste modo, a regra albergada no art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil. Esse comando legal, em verdade, deve ser interpretado de forma a possibilitar que o juiz se manifeste a qualquer tempo sobre os requisitos de admissibilidade da ação, porém, por evidência, quando já não o haja feito anteriormente, consoante assim leciona Marques, para quem

> Ao dispor que o "juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incs. IV, V, VI", o art. 267 não retirou, para esses casos, os efeitos da preclusão *pro iudicato*. O texto transcrito tem de ser posto em confronto com

> aquele outro (já também transcrito) do art. 516. Donde concluir-se que o conhecimento *ex officio* da mencionada matéria persistirá até a sentença sobre o mérito, se dela não se decidiu, explícita ou implicitamente. Existindo pronunciamento, ainda que implícito (*retro*, nº 449), a preclusão *pro iudicato* torna irrevogável a decisão e impede o reexame da matéria em que incidiu. (Marques, 1997, p. 204).

E outra não poderia ser a conclusão, pois, adverte Costa,

> (...) a situação não pode ser analisada de forma tão singela uma vez que constituir-se-ia uma enorme mácula aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade se o juízo de primeira instância pudesse a todo momento repisar matérias já decididas, desequilibrando a simétrica paridade de armas que as partes possuem e retirando delas quaisquer ônus pela sua inércia em manifestar sua irresignação através da interposição do recurso cabível.
>
> Isto se verifica, pois, a única forma de se permitir a rediscussão da matéria em nosso sistema processual e de adequação à procedimentalidade discursiva, que o Direito Democrático assegura, é através da interposição de recursos. Caso o recurso cabível não seja aviado, ocorrerão os efeitos da preclusão e não poder-se-á em qualquer grau de jurisdição ocorrer a rediscussão da matéria.
>
> Nosso entendimento é que, *de lege lata*, com bases nos arts. 267, §3º, 471, 473, 516, do CPCB, 1º, *caput*, e incs. LIV e LV, CR/88, o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes as condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois uma vez proferida a decisão acerca destas matérias, cabe às partes manifestarem suas irresignações (recursos) sob efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*).

> O entendimento contrário advém de uma visão "autoritária" e "assistencialista", que põe em xeque a própria lógica do sistema de preclusão, além de criar uma situação de quebra da isonomia entre os sujeitos processuais e não se adequar ao paradigma de Estado Democrático de Direito. (COSTA, p. 204).

Deste modo, correta é a interpretação feita por Ferreira Filho, no sentido de que é possível ao juiz se manifestar sobre os requisitos de admissibilidade da ação a qualquer tempo, desde que, por evidência, já não o haja feito anteriormente. Para tanto, explana o autor,

> (...) no contexto do código, o §3º do art. 267 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o mesmo juiz decidir novamente a questão. (FERREIRA FILHO, 1991, p. 106).

E, assim continua,

> (...) tendo o juiz decidido, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente. (FERREIRA FILHO, 1991, p. 106).

Não obstante, a preclusão que operar para o magistrado em primeira instância não impede a incidência do efeito translativo dos recursos em geral previsto no art. 515, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil, evidentemente limitado pela extensão do efeito devolutivo (CPC; art. 515, *caput*), que garante a imutabilidade da matéria não impugnada, a qual transita em julgado. Essa, aliás, é a razão de a regra do art. 267, §3.º, do Código de Processo Civil, permitir ao juiz conhecer de ofício, em qualquer grau de jurisdição, da matéria constante dos incisos IV e VI, desse mesmo dispositivo.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo da presente investigação, o sistema processual brasileiro possui escopo instrumentalista, que reconhece estar o direito processual a serviço do jurisdicionado para a concretização do direito material lesado ou sob ameaça de lesão de que é titular.

O instrumentalismo, como afirmado, decorre do princípio da tutela jurisdicional efetiva, que por força da máxima efetividade das normas constitucionais, condiciona o Judiciário a efetivar não apenas os direitos de índole infraconstitucional lesionados ou ameaçados de lesão, como também à concretização da Constituição em si. Esta, pois, é a correta exegese atribuída às normas processuais, harmônica com os ditames do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Como consequência, deve ser evitada ao máximo a lavratura de decisões de natureza meramente terminativa, através das quais se extingue o processo sem resolução do mérito, posto que essa espécie de manifestação jurisdicional acerca de pretensão que lhe foi deduzida representa uma não tutela, mormente quando o saneamento dos vícios e irregularidades que a motivaram se fazia possível. Esse tipo de decisão representa falha para a realização do direito e pacificação das lides existentes no seio social, circunstância que pode acarretar a perda de confiabilidade dos jurisdicionados em relação à eficiência do Poder Judiciário enquanto função orgânica do poder soberano.

O instrumentalismo, acrescenta-se, face sua natureza, revela que o direito processual e o direito material se relacionam, embora não de maneira dependente como outrora ocorreu na fase concretista. Daí porque, afirmou-se, as condições da ação, que devem ser analisadas sob a ótica do direito material objeto da pretensão deduzida em Juízo, integram o gênero dos pressupostos processuais e, por conseguinte, representam requisitos de admissibilidade da demanda, posto que seu exame necessariamente será precedente ao julgamento de mérito da pretensão.

Sob tais parâmetros, constata-se que a regra enunciada pelo art. 267, § 3.º, do Código de Processo Civil, que possibilita ao juiz conhecer de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição das condições da ação

e pressupostos processuais deve ser interpretada em harmonia com o regime de tratamento das nulidades adotado pelo sistema processual e regras de preclusão (CPC; art. 473).

Deste modo, deve-se aplicar à análise dos requisitos de admissibilidade o disposto no art. 327 do Código de Processo Civil, cujo texto regra firma em sua segunda parte que, "(...) verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias". Trata-se, pois, de constante atividade saneadora, que deve perdurar enquanto possível atingir a resolução do mérito da demanda, sem que se desconsidere por completo o instituto da preclusão, que igualmente possui função condigna à função instrumental do processo. Afinal, o processo, ao buscar a prestação de tutela jurisdicional efetiva, igualmente não se desvencilha da acepção de segurança que a regular e sequencial marcha de seus atos proporciona, o que decorre, dentre outros fatores, da adoção de um regime de preclusões.

Daí porque, conclui-se, é possível ao juiz se manifestar sobre os requisitos de admissibilidade da ação a qualquer tempo desde que, por evidência, já não o haja feito em momento anterior. Deste modo, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente, sem que se exclua os órgãos recursais de analisar os pressupostos de admissibilidade para o exame de mérito da ação, circunstância autorizada pelo art. 515, *caput*, do Código de Processo Civil.

THE INCIDENCE OF THE INSTITUTE OF PRECLUSION ON THE JUDGMENTE OF ADMISSIBILITY TO THE EXAMINATION OF THE MERITS OF THE ACTION

ABSTRACT: The subject matter investigated is the incidence of the institute of preclusion on the judgment of admissibility to the examination of the merits of the action. Attempts to relativize the reading of the rule established by art. 267, § 3, of the Code of Civil Procedure, which allows the review of conditions of action at any time and degree of jurisdiction. It discusses the evolution of civil procedure in Brazil until the advent of the period instrumentalist in that the process be recognized as instrument for the realization of the violated rights or threatened with violation. Reveals the necessary link between the substantive law and procedural law, but finds no dependency relationship. Admits the relevance of the

theory of assertion, which must be applied mitigated, given the existence of phase sanitizing process and preclusion system. It concludes with the incidence of the Institute of preclusion to the admissibility requirements for the examination of the merits of the action.

KEYWORDS: Civil procedural law. Admissibility requirements of action. Preclusion.

Notas

[1] O despacho saneador, embora não mais previsto expressamente, persiste no sistema processual civil brasileiro no art. 331, que ao cuidar da audiência preliminar, estabelece em seu §2.º que "se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário".
Consoante leciona Malachini, há nova roupagem para essa decisão interlocutória. Segundo o autor, "somente por tradição se continuará falando em "despacho saneador" para significar a decisão interlocutória do art. 331. O que existe, no sistema do Código atual, é, efetivamente, uma *fase saneadora* em sentido lato, compreendendo as providências preliminares (arts. 324 a 327, primeira parte) e o suprimento de nulidades. Este último é que constitui o conteúdo do verdadeiro despacho saneador, que tem sua sede própria, hoje, no art. 327, segunda parte.
A denominação apropriada para a referida decisão interlocutória é, em nosso pensar, declaração de saneamento (que deveria ser a rubrica da Seç. III, não tendo, pois, sido completa a correção feita pela Lei n. 5.925), ou, mais completamente, decisão declaratória de saneamento (assim também Wellington Moreira Pimentel). Decisão essa que foi definida, com muita propriedade, como o "ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência, por não estar ainda a causa madura para o julgamento do mérito". (MALACHINI, 1977, p. 99).
[2] Interessante observar que a Lei n.º 11.232/2005, conferiu nova redação ao *caput,* art. do art. 267, do Código de Processo Civil, ao substituir o termo "julgamento" por "resolução".
[3] A exposta similitude da natureza das condições da ação e dos pressupostos processuais enquanto requisitos de admissibilidade da demanda é reforçado com exemplos do direito comparado. Em Portugal, a legitimidade para ser parte e o interesse de agir são tratados pelo Código de Processo Civil como pressupostos processuais, inexistindo qualquer referência ao instituto "condições da ação" como assim ocorre no Brasil. A ausência de um deles acarreta a absolvição de instância (CPC; art. 288), fenômeno correlato à extinção do processo sem resolução do mérito. Diferente não ocorre na Alemanha, em que a legitimidade processual é tratada pela lei processual civil como pressuposto processual, inexistindo o instituto autônomo das condições da ação (JAUERNIG, 2002, p. 182-183).
[4] O Projeto de Novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional, não mais faz menção às condições da ação, tratando a legitimidade e o interesse de agir como pressupostos processuais, a despeito de ainda mencioná-los em inciso próprio. Ausência de um ou outro poderá acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito (Projeto de CPC; art. 467).
[5] Também assim se prevê no Projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite perante o Congresso Nacional, cujo art. 301 firma que "antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício".

[6] Fala-se em vício de inconstitucionalidade porque o Estado de Direito possui uma finalidade constitucional precípua, que é garantir a correta interpretação da norma constitucional.
[7] Consoante defende HESSE, "quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 20).
[8] Conceito jurídico indeterminado é aquele cuja identificação, além dos limites impostos pela norma, imprescinde de elementos de outras disciplinas para ser definido, como a sociologia, história etc.
[9] O ativismo jurídico liga-se ao pós-positivismo, em que, leciona PAULA, "(...) o fenômeno jurídico não mais se resume apenas às regras, mas aos princípios, com cujo caráter semanticamente mais aberto abre-se espaço para uma maior intervenção do juiz ao ditar o direito". (PAULA, 2009, p. 335).
[10] O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, em voto-vista proferido na ADI 3510, manifestou que "(...) sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme a Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 4ª ed. , São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual.* Vol I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller. 1998.
COSTA, Alfredo Araújo Lopes. *Direito processual civil brasileiro.* Rio de Janeiro: José Konfino. 1946.
a) DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil* - Vol. 1. Salvador: Ed. Jus Podium. 2010.
b) DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação, o juízo de admissibilidade do processo.* 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011.
FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil.* Curitiba: Juruá. 1991.
GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
HARDAGH, C. C, SOUZA, A. I. e PEREIRA, S. R. - *Metodologia da pesquisa científica e jurídica* – Material de Aula da Disciplina:

Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil.* Coimbra: Almedina. 2002.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Anotações às instituições de direito processual civil de Giuseppe Chiovenda* – Vol. 1. Campinas: Bookseller. 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. *Do julgamento conforme o estado do processo.* RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de processo civil.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Ed. Saraiva. 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como fator de estruturação do procedimento.* In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese. 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004.

PAULA, Daniel Giotti. Intranquilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. In: *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Ed. Jus Podium. 2009.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil.* Vol 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo.* São Paulo: Bushatsky. 1975.