

Coleção Atlas de Processo Civil
Coordenação: Carlos Alberto Carmona

Preclusão Processual Civil

Heitor Vitor Mendonça Sica

2ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2008

© 2006 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 2006; 2. ed. 2008

Capa: Leandro Guerra

Composição: Formato Serviços de Editoração S/C Ltda.



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

Sica, Heitor Vitor Mendonça

Preclusão processual civil / Heitor Vitor Mendonça Sica. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2008.
– (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona)

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-4935-4

1. Preclusão (Direito) – Brasil 2. Processo civil – Brasil I. Carmona, Carlos Alberto. II.
Título. III. Série.

06-3640

CDU-347.933(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Preclusão : Processo civil 347.933(81)
2. Preclusão processual civil : Brasil : Direito 347.933(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

Sumário

Apresentação, xi

Prefácio, xiii

Nota à 2ª edição, xv

Nota à 1ª edição, xvii

1 Introdução, 1

2 Perfil Histórico, 6

2.1 Considerações preliminares, 6

2.2 Direito romano, 7

2.2.1 Processo *per legis actiones*, 8

2.2.2 Processo formular, 10

2.2.3 Período da *extraordinaria cognitio*, 12

2.3 Direito germânico, 15

2.4 Direito canônico, 18

2.5 As Ordenações do Reino Português, 19

2.5.1 Precedentes das Ordenações: o direito comum medieval, 19

2.5.2 Panorama geral sobre as Ordenações, 22

2.5.3 Atos introdutórios da demanda e a citação, 23

2.5.4 Defesa, 25

2.5.5 Provas, 31

2.5.6 Prazos processuais, 33

- 2.5.7 Sentenças interlocutórias, sentenças definitivas e recursos, 34
- 2.5.8 Notas conclusivas sobre a preclusão no processo civil das Ordenações, 39
- 2.6 Regulamento 737 e legislação processual do fim do Império, 43
- 2.7 Códigos estaduais, 45
- 2.8 Código de Processo Civil de 1939, 48
- 3 Perfis da Preclusão em Sistemas Processuais Estrangeiros, 52**
 - 3.1 Direito francês, 52
 - 3.2 Direito italiano, 53
 - 3.3 Direito alemão, 59
 - 3.4 Direito espanhol, 62
 - 3.5 Direito português, 65
 - 3.6 Direito da *common law*, 68
- 4 Conceito Chiovendiano de Preclusão e Panorama da Doutrina Atual, 72**
 - 4.1 Estudos de Chiovenda sobre a preclusão, 72
 - 4.2 Panorama da doutrina italiana, 75
 - 4.3 Panorama da doutrina brasileira, 84
- 5 Acepções do Termo *Preclusão*, 91**
- 6 Posições Jurídicas na Relação Processual, 95**
 - 6.1 Processo como relação jurídica complexa e as posições jurídicas dos sujeitos processuais, 95
 - 6.2 Posições jurídicas processuais assumidas pelas partes, 97
 - 6.2.1 Posições jurídicas ativas assumidas pelas partes, 97
 - 6.2.2 Posições jurídicas passivas assumidas pelas partes, 103
 - 6.3 Posições jurídicas processuais assumidas pelo juiz, 105
 - 6.4 Brevíssimas considerações conclusivas, 107
- 7 Preclusão Dirigida à Atividade Processual das Partes, 109**
 - 7.1 Contornos iniciais, 109
 - 7.2 Forma como limitação ao exercício de direitos processuais, 110
 - 7.2.1 Aspectos gerais, 110
 - 7.2.2 Forma em sentido estrito, 112

- 7.2.3 Tempo, 112
- 7.2.4 Lugar, 115
- 7.3 Inadequação quanto à *forma* (em sentido amplo) dos atos das partes exercidos no desempenho de ônus processuais, 116
 - 7.3.1 Inadequação quanto à forma em sentido estrito, 116
 - 7.3.1.1 Aspectos gerais, 116
 - 7.3.1.2 Emenda dos atos processuais formalmente defeituosos, 120
 - 7.3.2 Inadequação quanto ao tempo, 127
 - 7.3.2.1 Preclusão temporal, 128
 - 7.3.2.2 Classificação dos prazos processuais, 131
 - 7.3.2.3 Emenda de atos processuais regulares dentro do prazo processual, 133
 - 7.3.3 Inadequação quanto ao lugar, 136
- 7.4 Pressupostos processuais, 137
 - 7.4.1 Aspectos gerais, 137
 - 7.4.2 Pressupostos processuais dos atos individualmente considerados, 144
 - 7.4.3 Emenda de atos processuais pelo suprimento de pressupostos processuais faltantes, 146
 - 7.4.4 Fatos impeditivos e extintivos, 148
 - 7.4.4.1 Preclusão lógica, 148
 - 7.4.4.2 Preclusão consumativa, 151
- 7.5 Considerações conclusivas sobre as três clássicas modalidades de preclusão dirigida à atividade das partes, 154
- 7.6 Efeitos associados à preclusão, 154
- 7.7 Preclusão e inadmissibilidade, 156
- 7.8 (A)tipicidade da preclusão de ônus processuais, 160
- 7.9 Atos que não estão sujeitos à preclusão, 162
- 7.10 Preclusão e princípio da eventualidade, 165
 - 7.10.1 Aspectos gerais, 165
 - 7.10.2 Princípio da eventualidade e provas, 169
 - 7.10.3 Críticas ao princípio da eventualidade, 173
- 7.11 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais, 177
- 8 Preclusão sobre Questões Resolvidas no Curso do Processo, 180**
 - 8.1 Limitações quanto ao exercício da atividade decisória do juiz, 180

- 8.1.1 Considerações iniciais, 180
- 8.1.2 A limitação consistente na impossibilidade de alterar ou revogar decisões proferidas, 183
- 8.1.3 Impedimento de apreciação de questões não suscitadas pela parte e não decididas: fenômeno diverso da preclusão, 184
- 8.2 Objeto da preclusão sobre questões, 187
 - 8.2.1 Conceito de questão no processo civil, 187
 - 8.2.2 Classificação e conteúdo das questões no processo civil, 190
 - 8.2.3 Momento de solução das questões, 195
- 8.3 Questões resolvidas e sua estabilização, 199
 - 8.3.1 Identificação entre questões, 199
 - 8.3.2 Questões resolvidas por decisões interlocutórias e sua estabilização, 199
 - 8.3.3 As “falsas” decisões interlocutórias e sua estabilização, 204
 - 8.3.4 Quanto à decisão baseada no § 6º do art. 273 do CPC: simples preclusão ou coisa julgada material?, 206
 - 8.3.5 Da inexistência de questões implicitamente decididas, 208
 - 8.3.6 Preclusão de questões resolvidas na sentença, 212
 - 8.3.6.1 Preclusão anterior ao trânsito em julgado, 212
 - 8.3.6.2 Coisa julgada, 215
 - 8.3.6.3 Preclusão quanto às sentenças parciais (terminativas e de mérito), 217
 - 8.3.7 Preclusão de questões e instâncias processuais, 219
- 8.4 (A)tipicidade da preclusão de questões, 224
- 8.5 Matérias que não estão sujeitas à preclusão, 230
 - 8.5.1 Controle dos pressupostos processuais e condições da ação, 230
 - 8.5.2 Controle da regularidade formal do processo (validade e admissibilidade dos atos processuais), 234
 - 8.5.3 Poderes instrutórios do juiz, 239
 - 8.5.4 Poderes do juiz na utilização dos meios de apoio à execução e à efetivação da tutela antecipada, 244
 - 8.5.5 Poderes administrativos do juiz, 246
 - 8.5.6 Considerações conclusivas sobre as questões não sujeitas à preclusão – regra e exceção, 249
- 8.6 Preclusão de questões e sobrevivência dos pedidos de reconsideração, 253
- 8.7 Preclusão relativa às decisões sobre tutelas de urgência, 256

- 8.8 Eficácia e autoridade das decisões sobre questões incidentais, 262
- 8.9 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais, 264
- 9 Diferenças entre a Preclusão de Ônus Processuais e a Preclusão de Questões Incidentais: Proposta de Acomodação dos Conceitos, 266**
 - 9.1 Diferenças entre a preclusão dirigida à atividade das partes e a preclusão de questões incidentais, 266
 - 9.2 As razões da (equivocada) unificação dos fenômenos sob o mesmo conceito, 271
 - 9.3 Proposta de acomodação dos conceitos, 277
- 10 Preclusão e Dinâmica do Processo, 280**
 - 10.1 Considerações iniciais, 280
 - 10.2 Impulso processual, 280
 - 10.3 Decisão de questões e fases processuais, 288
 - 10.4 Sistemas rígidos e flexíveis, 291
 - 10.5 Sistemas escritos e orais, 293
- 11 Preclusão como Princípio e sua Interpretação no Sistema, 299**
 - 11.1 Pela necessidade de interpretar cientificamente a preclusão, 299
 - 11.2 Celeridade processual e segurança jurídica, 304
 - 11.3 Segurança e celeridade *versus* justiça – como aplicar as normas acerca da preclusão em face do princípio da efetividade do processo?, 308
 - 11.4 Algumas considerações sobre a interpretação da preclusão dirigida à atividade processual das partes, 312
 - 11.5 Algumas considerações sobre interpretação da preclusão de questões e seu aspecto teleológico, 316
 - 11.6 Aumento dos poderes do juiz e preclusão, 319
 - 11.7 Preclusão, costume e o papel da jurisprudência, 329

Conclusões, 335

Bibliografia, 339

Apresentação

Dentre os temas complexos, áridos e difíceis do Direito Processual Civil, acredito que a preclusão ocupe lugar de destaque. Tratar de tal assunto, portanto, é risco que não querem correr muitos processualistas de escol. E digo isto porque o estudo da preclusão acaba levando os autores que se aventuram neste terreno alagadiço a dois extremos condenáveis: ou produzem trabalhos extremamente eruditos – mas desligados da realidade cotidiana dos operadores e de inteligência difícilíssima (quando não impossível) –, ou produzem trabalhos banais, que nada acrescentam à busca de soluções para os problemas enfrentados por quem precisa encarar os dilemas do processo em seu mister diuturno. HEITOR VITOR MENDONÇA SICA conseguiu superar com galhardia o desafio: produziu obra científica da melhor qualidade, mas não se esqueceu das preocupações (*pragmáticas!*) dos operadores, de modo que mostrou como aplicar à solução dos problemas concretos do dia-a-dia as mais requintadas teses acadêmicas.

O trabalho, efetivamente, apresenta elevado grau de completude: o autor não descuidou de fazer uma importante digressão histórica, localizando os momentos mais relevantes para a compreensão do instituto (*ai de quem imagina ser possível entender algum instituto jurídico sem conhecer-lhe pelo menos os rudimentos históricos!*); não deixou de fazer uma importante incursão em sistemas jurídicos estrangeiros, para traçar um paralelo entre o direito brasileiro e alguns dos sistemas mais importantes da Europa; não descurou da terminologia e dos conceitos, procurando esclarecer o que se deve entender por preclusão; e, mais importante, não perdeu de vista a necessidade de fornecer subsídios para a solução das questões práticas que angustiam todos quantos estão envolvidos com o processo civil.

Um dos pontos altos do estudo, em minha visão, está concentrado no Capítulo 8, onde o autor dissecou o tormentoso tema da preclusão sobre as questões resol-

vidas no curso do processo: quais são, afinal de contas, as questões sobre as quais deve recair a preclusão e quais são as matérias que não estão sujeitas a ela?

Eis, em grossas pinceladas, a moldura do trabalho que HEITOR VITOR MENDONÇA SICA apresenta à comunidade jurídica brasileira, fruto de sua vitoriosa tese de doutoramento defendida com vigor no Largo São Francisco.

Acompanho a carreira de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA desde seu ingresso no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A excelente tese de doutoramento que apresentou – e que ora passa a integrar a COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL – revela, antes de mais nada, um jovem talento: trata-se de processualista de primeira linha que tem a oportunidade de apresentar uma obra que reúne ao mesmo tempo duas qualidades, a excelência científica e o pragmatismo, fórmula adequada para empolgar advogados, juízes, promotores e, é claro, os nossos estudantes de Direito.

Carlos Alberto Carmona

Professor Doutor do Departamento de
Direito Processual da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Prefácio

É realmente com enorme satisfação que, à guisa de prefácio, apresento aos cultores do direito processual civil a versão revista e atualizada do trabalho acadêmico com o qual o meu dileto orientando Heitor Vítor Mendonça Sica obteve, com distinção, o título de Mestre em Direito na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Tendo sido meu aluno no curso de bacharelado e sempre demonstrado vivo interesse pelo estudo do direito processual, não hesitei em acolhê-lo na pós-graduação. Durante estes últimos três anos, o relacionamento cordial entre professor e aluno transformou-se em sólida e sincera amizade, nutrida pelo interesse comum na pesquisa séria e dedicada.

Essa fecunda relação é a razão precípua da dedicação ao magistério universitário, sobretudo quando se torna possível observar, de perto, a trajetória exitosa de jovens processualistas, como sucedeu com Heitor Sica.

Escolheu ele, como objeto da dissertação de mestrado, tema clássico. Vale lembrar que o instituto da *preclusão* tem repercussões não apenas no plano científico, como se descortina tormentoso ao profissional do direito, especialmente aos advogados, que vivem dominados pelos prazos inexoráveis.

O Autor, estribado em abalizada e minuciosa bibliografia, divide o trabalho em onze capítulos muito bem estruturados, que examinam o instituto da preclusão sob o foco das fontes do direito durante amplo período histórico (Caps. 1 e 2) e pela perspectiva da comparação jurídica e da moderna doutrina processual (Caps. 3 e 4). Em seguida, determinadas as acepções do termo *preclusão* (Cap. 5), em seus três capítulos centrais, a obra passa a enfrentar inúmeras questões que bem destacam a relevância do instituto (Caps. 6 a 8), distinguindo-o da concepção de ônus processual (Cap. 9). Para encerrar: dois capítulos, respectivamente, sobre a

preclusão e a dinâmica do processo e a preclusão como princípio (Caps. 10 e 11). No derradeiro, a dissertação traça precisa síntese conclusiva (Cap. 11).

Saliente-se que todo esse temário vem examinado de modo absolutamente original, visto que o Autor demonstra profundo conhecimento da literatura especializada, pátria e estrangeira.

Aquele trabalho submetido à comissão examinadora, com as devidas atualizações, em decorrência da edição das Leis nºs 11.187/2005 e 11.232/2005, vem agora a lume. Trata-se, como facilmente se observa, de uma verdadeira contribuição à teoria geral do processo civil.

Em suma: pela sua abrangência e atualidade, não tenho dúvida em recomendar a consulta da obra aos operadores do direito.

Uma última palavra à Editora Atlas, que não vacilou em prestigiar o jovem Autor da *Preclusão processual civil*, reafirmando, destarte, a sua antiga tradição de revelar novos talentos às letras jurídicas nacionais.

José Rogério Cruz e Tucci

Regente da disciplina Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nota à 2ª Edição

Logo após a publicação da primeira edição deste trabalho, foram promulgados vários diplomas legais em matéria processual civil, parte deles reformando o CPC. Refiro-me às Leis nºs 11.341, 11.382, 11.417, 11.418 e 11.419 (todas de 2006) e 11.441 (de 2007).

Nenhuma delas feriu diretamente o tema da *preclusão*. Mas como esse instituto, por natureza, encontra aplicação ampla em todas as fases de qualquer tipo de procedimento, é normal que sofra, ainda que indiretamente, reflexos dessas novidades legislativas, obrigando-me a uma atualização do trabalho.

Aproveitando esse ensejo, acabei fazendo algumas pequenas revisões pontuais no conteúdo do texto, sem alteração geral em sua estrutura.

O Autor
Setembro de 2007

Nota à 1ª Edição

O presente trabalho é versão reformulada da dissertação que apresentei à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob o título *Contribuição ao estudo da preclusão processual civil: conceito, dinâmica e interpretação*.

Dessa versão acadêmica à versão comercial agora publicada, diversas modificações pontuais se fizeram necessárias, sem alteração na estrutura geral do texto.

Parte dessas alterações decorreu das preciosas observações feitas pela banca examinadora (realizada em 12 de maio de 2005), que reuniu os Profs. José Rogério Cruz e Tucci (orientador), José Roberto dos Santos Bedaque e Cassio Scarpinella Bueno. A esses estimados Mestres, renovo minha enorme admiração e gratidão. As críticas e sugestões por mim recebidas por ocasião daquela arguição se revelaram imprescindíveis para aprimoramento do trabalho.

De outro lado, as reformas processuais operadas pelas leis editadas entre outubro de 2005 e fevereiro de 2006 também exigiram diversas modificações, especialmente em razão do novo regime legal dado ao recurso de agravo (mercê da Lei nº 11.187/2005) e do novo conceito de sentença (ditado pela Lei nº 11.232/2005).

Finalmente, procurei sintetizar o resultado da pesquisa histórica empreendida na versão original do texto, mantendo apenas o essencial para demonstrar que o instituto que nos ocupou – a preclusão – não pode ser compreendido senão à luz da evolução do direito processual ao longo dos tempos.

Abril de 2006.

Introdução

A partir do início do século XX, o instituto da *preclusão* vem sendo exaustivamente analisado pela doutrina processual.

Desde que CHIOVENDA, em diversos ensaios famosos,¹ delineou os contornos principais do instituto (distinguindo-o, em lição clássica, da coisa julgada e fixando suas três modalidades, as quais, entre nós, JOSÉ FREDERICO MARQUES² batizou como temporal, lógica e consumativa), os autores que se debruçam a estudá-lo digladiam-se em intermináveis discussões para definir sua natureza jurídica e para saber se a preclusão atinge mesmo os poderes do juiz (e qual seria a terminologia adequada para designar o fenômeno), limitando-se a reiterar a importância da preclusão como instrumento a serviço da ordem e da celeridade do processo.

Essas questões serão revisitadas justamente para que possamos demonstrar que ainda não foram satisfatoriamente respondidas, seja aqui, seja alhures, sobretudo porque continuam a ser confundidos, sob a rubrica "preclusão", dois institutos processuais que têm natureza jurídica bem diversa e porque se olvidou tanto da importância da preclusão no regramento da dinâmica do procedimento quanto das questões atinentes à *interpretação* das normas processuais concernentes à preclusão.

Tal como CHIOVENDA procedeu no início do século XX, entendemos indispensável começar a exposição com a abordagem histórica dos antecedentes do instituto em comento, desde o direito romano. A utilidade deste estudo é evidente quando se

¹ Romanesimo e germanesimo nel processo civile, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 181-224; Sulla cosa giudicata, *Saggi...*, cit., v. 2, p. 399-409; Cosa giudicata e competenza, *Saggi...*, cit., v. 2, p. 411-423, e Cosa giudicata e preclusione, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 231-283.

² *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 380-381.

vê que, nesse mister, o processo civil brasileiro foi bastante condicionado por seus antecedentes históricos.³ No mais, a tônica dessa análise histórica, assim como a de ordenamentos estrangeiros, é demonstrar que o instituto da preclusão, ainda que carente de definição técnica, esteve presente, em maior ou menor medida, em qualquer processo, em qualquer tempo. E, mais do que isso, os resultados atingidos nesses dois capítulos nos fornecerão rico material para, ao longo deste livro, fazermos comparações entre o nosso sistema atual e os sistemas que o precederam ou que vigem em outros países.

Em seguida, lançaremos nossos olhos sobre os ensinamentos de CHIOVENDA (que já serviram de ponto de partida para vários autores que se dedicaram ao tema), bem como sobre a doutrina italiana e brasileira a esse respeito, demonstrando que, cada vez mais, acentua-se a dicotomia entre preclusão dirigida aos poderes das partes e a preclusão de questões resolvidas no curso do processo.

Notada tal dicotomia, sentimos-nos obrigados a enfatizar as diferenças entre as posições jurídicas ocupadas pelo juiz e pelas partes no processo, permitindo, a partir de então, a divisão da exposição em duas partes: a primeira destinada a examinar os reflexos do sistema de preclusões sobre as partes; a segunda reservada à abordagem da preclusão voltada às questões incidentais.

No que toca à preclusão dirigida à atividade das partes no processo, teremos de analisar, como premissa, o funcionamento desse fenômeno e quais são seus fundamentos no sistema. O enfoque, aqui, é no aspecto da repercussão desse fenômeno dentro do processo (em especial de sua fase de conhecimento). Nesse caminho, nos será imposto visitar as diretrizes principais do instituto (no contexto das normas que regem o *formalismo* no processo) à luz das modernas doutrinas processuais refratárias a exigências formais inúteis que conspiram contra a efetiva atuação do direito material por intermédio do processo. Ademais, será de rigor atentar para uma das mais sensíveis manifestações do instituto, qual seja, o princípio da eventualidade.

De outro lado, procuraremos examinar o regime de preclusões quanto a decisões tomadas incidentalmente no curso do processo (em especial em sua fase de conhecimento), os seus limites e objeto. Para tanto, será necessário delimitar o que o juiz decide no curso do processo, e como e quando referidas decisões se estabilizam.

A idéia que permeará essas partes da exposição (preclusão dirigida à atividade processual das partes e preclusão concernente às questões incidentais) é a de que

³ Assim já havia notado LIEBMAN, em famosa nota que fez à tradução brasileira das *Instituições de direito processual civil*, de CHIOVENDA (v. 3, p. 223, nota 1). Retornaremos a esse assunto no item 2.5.8, *infra*.

o sistema processual civil brasileiro pode ser classificado como rígido, no que se refere ao sistema de preclusões, conforme já se afirmou de forma reiterada.⁴

Assim estruturado, o sistema condiciona a atividade das partes, principalmente na instituição da *regra da eventualidade*: autor e réu têm o ônus de deduzir, respectivamente na petição inicial e na contestação, todos os meios de ataque e defesa de que dispuserem (ainda que de modo contraditório entre si). Mas não só: a maioria dos prazos a elas fixados é *peremptória*, e toda a atividade processual por elas desenvolvida pauta-se sob excessiva (e, por isso, freqüentemente criticada) rigidez formal.

A atividade do juiz também vem marcada pelo signo preclusivo: conforme sustenta a doutrina majoritária, o processo é estruturado em fases razoavelmente rígidas, que reservam momento oportuno para definição das questões incidentais e, em regra, ao juiz não é facultado rever decisões que já tenha tomado anteriormente, a menos que pela via do juízo de retratação provocado pelo recurso de agravo e em outros casos enunciados taxativamente na lei processual.

Após todas essas considerações, tentaremos dar nossa contribuição ao estudo desse tormentoso tema do direito processual, demonstrando a enorme diferença que a *preclusão* dirigida à atividade processual das partes apresenta em relação à *preclusão* que recai sobre as questões incidentais resolvidas, seja quanto à natureza jurídica, seja quanto aos fundamentos.

A partir de então, voltamos nossos olhos para o papel que ambas as modalidades de preclusão exercem na dinâmica do processo de conhecimento, aspecto que não tem merecido muita atenção dos estudos acerca do instituto, que o enfocam apenas sob o insuficiente prisma estático.

Outro ponto que merece destaque no presente trabalho repousa justamente na declarada intenção de aprofundarmo-nos na *interpretação* da preclusão.

Com efeito, no momento em que a tônica do estudo do direito processual civil se volta à sua *efetividade*, como instrumento para realização do direito material, promoção da paz social e afirmação do Estado Social de Direito, a doutrina encaminha-se cada vez mais a defender o reforço dos poderes do magistrado na direção do processo (em prol da busca da melhor solução ao litígio submetido à autoridade jurisdicional) e a rechaçar tecnicismos estéreis que impeçam que o processo cumpra seu papel social, político e jurídico. Isso sem falar nas profundas mudanças legislativas operadas em nosso sistema processual civil, sobretudo nos últimos quinze anos.

Nesse contexto de profundas alterações, repetir as lições de CHIOVENDA, sem ter em conta os reflexos significativos que o tradicional regime de preclusões traz ao atual processo civil brasileiro, é tanto inútil quanto antiquado.

⁴ Cf., e. g., JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, p. 151) e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 454).

A preclusão (em suas duas facetas) acabará naturalmente por revelar-se instituto que, a exemplo da *coisa julgada*, volta-se precipuamente a garantir *celeridade processual* e *segurança jurídica* às partes. Como esses não são os únicos valores dignos de proteção no sistema (também o é o valor da *justiça* das decisões), convém realmente que o tema seja revisitado, com vistas a adaptar sua interpretação de acordo com a garantia da *efetividade do processo e da jurisdição* que decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Antes de concluir, convém registrar que o fato de o instituto da preclusão (em suas duas modalidades realçadas) estar presente em todas as fases e momentos do processo acaba por exigir que tratemos de vários outros institutos e conceitos processuais, como os de *coisa julgada*, de *pressupostos processuais*, de *cumulação de ações*, de *capítulos da sentença*, de *tutelas de urgência* etc. Dessarte, sendo insuperável essa vicissitude do tema,⁵ procuramos nos estender o mínimo possível acerca das discussões doutrinárias que existem em torno desses tormentosos assuntos e, como premissa, adotar uma das várias explicações científicas para tais fenômenos que melhor se adapte a nossos propósitos.

Ainda no que concerne à metodologia adotada, necessário se mostra esclarecer que preferimos deixar de lado outras questões que as reformas processuais recentemente operadas (bem como outras já projetadas que em breve virão) suscitam em temas *relacionados* ao instituto da preclusão, como no processo monitorio⁶ e, em muito maior medida, no processo de execução de título extrajudicial, ou na agora chamada “fase de cumprimento de sentença”.⁷

Estamos convencidos de que esses temas, apesar de relevantes, refogem aos escopos propostos, seja porque estranhos à órbita específica do (antes chamado) processo de conhecimento,⁸ seja porque tocam ao conceito de preclusão *pro iu-*

⁵ Também sentida e ressaltada por outro monografista que se dedicou ao tema, isto é, ENRIQUE VALLINOS GARCÍA (*La preclusión en el proceso civil*, p. 5 ss).

⁶ Sobretudo a decisão que converte mandado monitorio em título executivo (conforme o art. 1.102c, *caput*, e § 3º, com redação dada pela Lei nº 9.079/1995).

⁷ Nesse mister, podemos lembrar da decisão que acolhe *exceção* (ou *objeção*) de *pré-executividade*, que – pensamos – esfacela o mito de que o processo de execução não comportaria sentença de mérito. Problemática similar surge quanto aos desdobramentos da extinção do processo (autônomo) de embargos do devedor (já há alguns anos operado com respeito às execuções de sentenças de obrigação de fazer, não-fazer ou dar coisa certa, e agora também com relação à execução por quantia certa, nos termos da Lei nº 11.232/2005): todas as decisões tomadas em seu âmbito (como aquelas que reconheçam *excesso de execução*, por exemplo), antes reservadas a sentenças de mérito, passíveis de ser cobertas pela coisa julgada material, passam a ter solução por simples decisões (interlocutórias?) na fase de execução. O mesmo vale para as decisões que forem tomadas no âmbito da fase de liquidação de sentença, nos termos da mesma Lei nº 11.232/2005.

⁸ De fato, todas as decisões a que a nota anterior fez menção têm sede *após* o proferimento de sentença, quando já inaugurada a fase de execução e, portanto, estão fora da fase de conhecimento do chamado “processo sincrético”.

dicato tal como cunhado por ENRICO REDENTI, que, como veremos, é matéria mais afeita ao conceito de *coisa julgada* propriamente dito, e não de *preclusão de ônus processuais*, e de *questões incidentais*.

Aliás, de forma geral, a preclusão de questões incidentais no processo de execução ou no cumprimento de sentença apresenta contornos muito peculiares, que dificultam o tratamento conjunto com a preclusão de questões na fase de conhecimento (sobretudo em razão da ausência de previsão – ao menos expressa – de sentença de mérito, passível de ser coberta pela coisa julgada material, no terreno da execução ou do cumprimento de sentença). Isso nos impeliu a reduzir a menção a essa modalidade processual ao estritamente necessário.

Por derradeiro, a reforma processual operada pela Lei nº 10.444/2002 (que introduziu o § 7º ao art. 273 do CPC) representou duro golpe contra a tão longamente defendida tese da autonomia do processo cautelar. Por essa razão, preferimos também cingir a exposição, quanto ao processo cautelar, apenas ao trato das liminares deixando de lado as outras decisões lançadas neste tipo de processo (especialmente a sentença).

Resulta do exposto que o nosso foco de atenções é, sem dúvida, a fase de conhecimento, aproveitando-se os processos de execução e cautelar do que for cabível da exposição, tal como o Livro I do Código de Processo Civil pátrio serve de base para os Livros II e III. Assim, cremos ter delimitado, a um só tempo, a metodologia adotada e o plano da exposição.

Perfil Histórico

“Io non so se viva ancora oggi qualche pratico o qualche teorico a cui possa sembrar dubbia l'utilità di queste faticose ricostruzioni di pensiero traverso la storia. Ma se è visto in cui sia, non dico utile, ma indispensabile, che un problema giuridico sia inquadrato in una visione storica, questo caso è l'attuale.”

(GIUSEPPE CHIOVENDA, Cosa giudicata e preclusione, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 3, p. 263.)

2.1 Considerações preliminares

O termo *processo*, etimologicamente, deriva do verbo latino *procedere*, que significa “seguir adiante”, “marchar avante”.¹

Assim, inobstante as históricas divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica do processo e do procedimento, está intrinsecamente relacionada a elas a idéia de uma seqüência encadeada de atos, praticadas pelos seus três sujeitos (autor, réu e juiz), que, ordenados, destinam-se à prolação de um pronunciamento final, por meio do qual o magistrado porá fim à controvérsia que lhe foi trazida a julgamento (se todos os requisitos para tanto se mostrarem presentes).

Para que haja esse *caminhar*, o processo de qualquer tempo ou lugar requer, principalmente: (a) que haja um sujeito processual responsável pelo impulso do processo, a partir da dedução das alegações, passando pela colheita da prova, até

¹ CUNHA, DINAMARCO e GRINOVER (*Teoria geral do processo*, p. 279).

decisão final; (b) que em algum momento se imponham limites para que as partes exerçam seus ônus e faculdades processuais (em especial a de alterar o objeto litigioso do processo); (c) que em algum ponto se obste às partes que rediscutam questões incidentais já decididas pelo magistrado em momento anterior; (d) que em algum momento chegue-se à decisão final, e (e) que essa decisão se torne estável e imune a ataques posteriores pelo vencido.

Evidentemente que os conceitos de *impulso oficial*, *preclusão* e *coisa julgada*, associados às idéias acima, foram cunhados apenas após os avanços verificados no estudo do processo, no século XIX, e que, portanto, não eram conhecidos nos primórdios da distribuição da justiça por meio do processo.

Todavia, não se concebe como um processo possa existir sem que haja impulso de algum de seus sujeitos, ou sem que haja limites à atividade das partes, ou ainda sem que exista momento para que as decisões tomadas no curso do feito e ao seu final tornem-se hígdas, e a salvo de impugnações.

É nesse sentido a clássica lição de CHIOVENDA de que “todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de *preclusão*”.²

Conforme já prenunciado na *Introdução*, reservamos para momento posterior a definição das diferenças entre a preclusão dirigida à atividade das partes e a preclusão voltada às questões resolvidas pelo juiz no curso do processo.

Por ora, contudo, fiquemos com a concepção largamente aceita de que o termo *preclusão* refere-se tanto às atividades das partes quanto às decisões tomadas no curso da relação processual, deixando de lado, aqui, maiores considerações sobre a *coisa julgada* (cujos efeitos preclusivos operam ao final do processo e, eventualmente, são projetados para fora dele).

2.2 Direito romano

Como é curial, o processo civil romano é dividido pela doutrina em três períodos: o das *ações da lei* (ou *per legis actiones*), o *processo formular* (ou *per formulas*)

² *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 220. No mesmo sentido, nos *Principii di diritto processuale civile* (p. 859): “Ogni processo deve in qualche misura servirsi della preclusione, o almeno della somma preclusione che consiste nel passaggio in giudicato della sentenza di merito.”

e o processo da *cognitio extraordinaria*.³ Os dois primeiros compõem a chamada *ordo iudiciorum privatorum*.⁴

2.2.1 Processo per legis actiones

Quanto a esse primeiro período histórico, as fontes desse período histórico são bastante escassas, resumindo-se, quase que praticamente, a menções nas Institutas de Gaio (4.11 a 4.29) e à Lei das XII Tábuas.

Nessa época – denominada pelos estudiosos de arcaica – os meios processuais vinham, assim como o direito objetivo, fortemente impregnados de signo místico. Assim, tanto as partes como a autoridade judicante haviam de praticar em juízo solenidades sedimentadas por anos e anos de costume e tradição, as quais se traduziam em segurança para esses protagonistas da solução contenciosa de conflitos, bem como para toda a sociedade. As *actiones* passíveis de ser utilizadas pelos litigantes eram típicas e regradas específica e taxativamente na lei.

Gaio (Inst., 4.13) afirma que, dentre as cinco ações típicas,⁵ a *legis actio per sacramentum* geralmente era a mais empregada (em comparação às demais, que requeriam situações mais específicas): “*sacramentum actio generalis erat*” (o *sacramentum* era uma ação geral). Por essa razão, toda análise que, daqui por diante, for realizada terá em conta o procedimento desta *actio*.

O processo desenrolava-se, nos primeiros séculos da Monarquia, em instância única, diante do *Rex* e, num segundo momento, em duas fases distintas (*in iure* e *apud iudicem*), sendo a primeira diante dos pontífices, a serviço do *Rex*, e a segunda diante de um árbitro designado pelos pontífices.

A primeira consequência do rigor formal, na fase *in iure*, dizia respeito à absoluta necessidade de comparecimento das partes ao processo. Vale dizer: não existia

³ Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO (*Lições de história do processo civil romano*, p. 39 ss).

⁴ O primeiro período convencionalmente abrange o arco temporal compreendido entre a fundação de Roma (presumivelmente 754 a.C.) e os fins da República, quando o processo formular foi criado (pela *lex Aebutia*, de 149 ou 126 a.C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum* (de 17 a.C.). Por fim, tem-se o período da *cognitio extraordinaria*, cujo início é bastante controverso, mas que tem como marco inicial seguro a lei editada em 342 d.C., que aboliu o uso das fórmulas (Cf. MAX KASER, *Direito privado romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, p. 434).

⁵ Isto é, *legis actio per sacramentum* (que se subdividiu em *in rem* e *in personam*), *legis actio per iudicis arbitrativae postulationem*, *legis actio per condictionem*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per pignoris capionem*, conforme relata Gaio (Inst., 4.12), sendo as três primeiras assemelhadas a processos de conhecimento e as duas últimas a processos executivos.

a contumácia do réu, ou *revelia*.⁶ Uma vez presentes as partes perante o magistrado, o que se seguia era um ritual solene, prescrito estritamente pela lei, composto de gestos simbólicos, e pronúncia de determinadas palavras sacramentais (*verba*), o qual devia ser seguido à risca, sob pena de inadmissibilidade do pedido.⁷

O autor expunha sua pretensão (*intentio*), devendo individualizar o objeto de sua pretensão e a *causa* pela qual litigava.⁸ Para se ter a dimensão do formalismo inerente a esse ato, tem-se famoso fragmento de Gaio (Inst., 4.11), segundo o qual “perdia a ação quem, agindo por causa das videiras cortadas, falava de árvores cortadas em geral”.⁹

O réu, de seu lado, podia adotar três posturas: manter-se inerte, confessar, ou negar a pretensão do autor. Nos dois primeiros casos, o juiz adjudicava o objeto do litígio ao autor: equivaliam tais posturas à condenação do réu. A terceira opção dava ensejo ao prosseguimento do processo, com a passagem à fase *apud iudicem*, para colheita da prova e posterior decisão.

Depois de pronunciadas as respectivas *verba* e desenrolados os gestos simbólicos previstos para esses atos introdutórios, o objeto do litígio achava-se definitivamente fixado e as partes, a partir de então, estavam vinculadas ao processo instaurado e impedidas de se lançarem a outro *de eaden re*.¹⁰

Desse contexto se deduz naturalmente que o formalismo vigente para a introdução da demanda conferia ao processo uma carga fortemente preclusiva: partes e juiz, após pronunciadas as *verba*, ficavam impedidos de alterar o objeto litigioso do processo.

O signo preclusivo marca também a fase *apud iudicem*.

Se qualquer uma das partes deixasse de comparecer à audiência designada na fase *apud iudicem*, o feito era imediatamente sentenciado favoravelmente à parte que estivesse presente (já na Lei das XII Tábuas havia disposição nesse sentido – Tábua I, Lei 10). Aqui, portanto, que se conhecia o instituto da *contumácia*, genericamente considerado, mas só quando o processo alcançava sua segunda fase.

⁶ A Lei das XII Tábuas assenta esse princípio já nas Leis 1 a 3 da Tábua I (assim, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *O direito de ser citado*, p. 101).

⁷ É como Gaio (Inst., 4.16) relata o ritual da *actio in sacramentum in rem*.

⁸ Cf. CRUZ E TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, p. 34-35).

⁹ Tradução de ALEXANDRE CORRÊA e GAETANO SCIASCIA (*Direito romano*, v. 2, p. 225).

¹⁰ Nesse sentido a lição de PUGLIESE (*Giudicato civile (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, v. 18, p. 737, de que, uma vez desenvolvido o *agere* (conjunto de palavras e símbolos sacramentais feitos pelas partes e pelo magistrado no processo), o objeto litigioso do processo vinha imutavelmente determinado e uma nova ação *de eaden re*, e, portanto, uma nova discussão e decisão acerca da mesma lide não poderia acontecer. E tal efeito *preclusivo* do *agere* era sentido independentemente de se o processo já se havia encerrado ou não, e de qual tivesse sido seu resultado.

À colheita da prova – praticamente toda oral e produzida concentradamente – seguia-se, finalmente, o proferimento da *sententia*, em que culmina a efetiva definição da controvérsia. Talvez aqui resida o único ato propriamente decisório do processo *per legis actiones*, não se cogita, nessa época, a existência de decisões não definitivas a que, hoje, chamamos interlocutórias,¹¹ de tal modo a tornar inteiramente irrelevante qualquer consideração sobre a preclusividade de questões incidentais.

2.2.2 Processo formular

O processo formular marca um período de transição do processo privado e exageradamente formalista vigente à época das ações da lei, e o processo de caráter público e mais flexível, vindo a lume somente na fase da *extraordinaria cognitio*. E essa transição foi provocada – disso não duvidam os romanistas – pela franca expansão de Roma pela Europa, de sorte que o antigo *ius civile* passou a não mais atender às necessidades do povo.

Não só o direito objetivo mostrava-se inapto a responder aos anseios de uma sociedade que cada vez mais intensamente comerciava com os povos vizinhos. O processo nele embasado (*per legis actiones*) também se apresentava ultrapassado. Gaio (Inst., 4.30) atesta que, pelo excessivo formalismo, as ações da lei passaram a ser “pouco a pouco odiosas”.

Nesta época, o processo permanece estruturado em duas fases distintas: a primeira (*in iure*) diante do pretor, funcionário estatal encarregado de receber a formulação da demanda, analisar os seus requisitos de admissibilidade e preparar o processo para efetiva instrução e julgamento, e a segunda (*apud iudicem*) desenrolava-se ou perante cidadão romano que era escolhido pelas partes (livremente ou por indicação do pretor) como espécie de árbitro para analisar provas e proferir sentença (era o *iudex privatus*), ou diante de determinados tribunais colegiados, aos quais incumbia o julgamento de processos em determinadas matérias (os quais não nos interessa aqui mencionar).

De início, no momento de formulação da demanda, se destaca a abolição das *verba* e gestos simbólicos, retirando-se, por conseguinte, a forte carga preclusiva que lhes era insita no processo das ações da lei. No que toca à questão da preclusão incidente sobre os poderes do autor ao formular a demanda, impende de início observar que o fato de ter sido ela, de plano, rejeitada pelo pretor – *denegatio actiones* – não impedia repropositura da ação, em pretura seguinte.¹²

¹¹ O termo *interlocutio* foi criado apenas na época pós-clássica, sob a vigência do processo da *extraordinaria cognitio*, para designar provimentos tomados no curso do processo, como veremos adiante.

¹² Cf. EMILIO COSTA (*Profilo storico del processo civile romano*, p. 37).

Outro ponto que gira em torno dos mesmos poderes da parte diz respeito aos fenômenos da *plus petitio* e da *minus petitio*. No primeiro caso, e como afirma Gaio (Inst. 4.53-a), o autor que formulasse na *intentio petitum* superior ao que lhe era devido¹³ perdia imediatamente o direito.¹⁴ No segundo caso, contudo, o *iudex* sentenciava relativamente ao pedido e facultava-se à parte demandar pelo restante que lhe era devido,¹⁵ mas desde que na pretura seguinte.

As ações deixaram de ser típicas e, quando a *actio* reclamada não estava prevista no direito objetivo nem nos editos pretorianos, ao pretor era admitido concedê-la *in factum*, isto é, especialmente para a situação concreta litigiosa, quando considerava o direito reclamado pelo litigante digno de proteção jurídica.¹⁶

Concedida a *actio*, redigia-se a fórmula que nada mais era do que a redução, a escrito, do *programa processual*, identificando-se as partes, o objeto do litígio, qual a *actio* reclamada e concedida e qual a decisão que cabia ao *iudex* tomar, na fase *apud iudicem*.

Além dessas atividades, cabia ao pretor utilizar os chamados “meios complementares de tutela pretoriana” (como os interditos), que se baseavam no seu poder de *imperium*, que tinha natureza *administrativa*, e em muitos casos função *acautelatória*¹⁷ (porque lhe dotava de instrumentos para assegurar estado de fato de modo provisório sem intervenção do *iudex*).

Mas todas as decisões do pretor eram invariavelmente irrecorríveis, não havendo notícia nas fontes acerca da possibilidade do pretor, de ofício ou a requerimento da parte, revê-las.

Aliás, tudo indica que, depois de redigida a fórmula, não podia mais o pretor alterar essas decisões tomadas na fase *in iure*, pois, *incontinenti*, a fórmula era sacramentada por meio da *litis contestatio*, passando o processo para a fase *apud iudicem*. A natureza jurídica desse ato, nesta fase do direito romano, é muito con-

¹³ A *plus petitio* poderia ocorrer em razão da coisa, em razão da causa de pedir, em razão do tempo ou local em que é pedida (*plus petitio re, causa, loco e tempore*), como afirma Gaio (Inst. 4.53-a a 4.53-d).

¹⁴ A situação não se equipara ao caso do autor que pede coisa diversa do que lhe é devida, pois, nesse caso, como afirma Gaio (Inst. 4.55), a ação tendo por objeto a coisa realmente devida pode ser exercida.

¹⁵ EMILIO COSTA (*Profilo...*, cit., p. 78) diz que, no caso da *minus petitio*, a fórmula só poderia ser redigida de acordo com o pedido, e o *iudex* só poderia sentenciar de acordo com a fórmula, mesmo se o contrário resultasse dos fatos e da prova.

¹⁶ Mas, ainda quando havia a concessão da *actio in factum*, é correto afirmar – na esteira de KASER (*Direito privado romano*, p. 431) – que o exame da causa cingia-se à verificação *se existia ou não a proteção jurídica ao direito reclamado pelo autor*, sem se perquirir se tinha ele razão ou não. Esse é um dos motivos por que a doutrina entende que não havia provimentos interlocutórios do pretor no processo formular.

¹⁷ CRUZ E TUCCI e AZEVEDO (*Lições...*, cit., p. 111).

trovertida, mas que pode ser genericamente considerada um acordo de vontades, pelo qual as partes definiam o objeto do litígio e obrigavam-se a acatar a decisão que o *iudex* nomeado proferisse.

Assim é que, com a redação da fórmula e celebração da *litiscontestatio*, se operava um efeito preclusivo para as partes, impedindo-as de alterarem a *res in iudicium deducta*.¹⁸ O processo aqui, embora de outro modo, também se mostrava preclusivo para as partes.

Quanto à fase *apud iudicem*, o quanto foi dito no item anterior permanece plenamente válido, de tal maneira a tornar ainda desnecessária qualquer investigação acerca da preclusividade de questões incidentais.

2.2.3 Período da extraordinaria cognitio

Finalmente chegamos ao terceiro período em que o processo romano é estudado, o qual tem início apenas após a queda da República e o advento do Principado. Por ser conveniente concentrar em suas mãos a distribuição de justiça,

¹⁸ Conforme atesta Gaio (Inst., 3.180), a *litis contestatio* repercutia na esfera do direito material com o efeito *consumativo* ou *novatório* do direito reclamado pela parte, ou seja, com sua celebração extinguiu-se a obrigação original exigida pelo autor, e surgia outra em seu lugar, qual seja, a de respeitar o que o *iudex* decidisse. Proferida a sentença, essa obrigação era substituída por outra, por sua vez, a imposta pelo julgado (*obligatio iudicati*, decorrente do efeito consumativo da sentença, não mais da *litis contestatio*). Daí por que dizer que a *litis contestatio* tinha efeito preclusivo: sua celebração extinguiu a obrigação em que originalmente o autor se baseou para vir a juízo, fixando-se, por via de consequência, o objeto do litígio de modo definitivo. O intuito claro desse mecanismo era impedir a repositura da mesma ação: a ação não poderia ser reproposta porque não mais existia, porquanto consumida ou novada pela *litis contestatio*. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA ITAÇA a interessante observação de que a impossibilidade de as partes ou de o *iudex* alterarem o objeto litigioso do processo, depois da *litis contestatio*, não é devido à existência de um princípio preclusivo, ou da eventualidade, mas sim "à natureza jurídica da fórmula, autêntico comando do Pretor para condenar ou absolver, de conformidade com as condições nele estabelecidas. Em outras palavras: o escopo da pretensão e da defesa estavam fixados na fórmula, não em virtude de querer se compelir as partes a apresentar de uma só vez sua argumentação, ou pelo desejo de submeter a matéria apresentada a ordem e clareza, mas porque fazia ela dever do magistrado de permitir apenas os meios de ataque e defesa autorizados pelo Direito reconhecido pelo Estado" (*Do formalismo no processo civil*, p. 23). Com o devido respeito à opinião de ALVARO DE OLIVEIRA, parece-nos que havia, sim, efeito preclusivo na alegação das partes, muito embora com roupagem e objetivos diversos daqueles apregoados pelo princípio da eventualidade, vigente em ordenamentos modernos. Essa constatação é de rigor para, desde logo, consignar nossa discordância da posição supra-esposada e anotar que sistemas processuais, de diferentes épocas, podem ser fortemente preclusivos por razões estruturais e metodológicas diversas. O que traz identidade ao princípio preclusivo não é a finalidade a que se propõe, mas sim os efeitos que projeta sobre os sujeitos do processo: se encerra o exercício desses poderes dentro de formas e prazos rigidamente fixados, o processo pode ser considerado preclusivo, pouco importando quais premissas lhe estão à base. Assim retornamos à lição de CHIOVENDA, trazida logo no início deste capítulo, de que todo processo, em qualquer época, é inspirado, em maior ou menor grau, no princípio da *preclusão*. E tal assertiva é válida, também, para o processo romano.

o Imperador passou, paulatinamente, a abolir a figura do *iudex*, concentrando a solução dos processos em única instância, presidida por autoridade estatal.¹⁹

Concomitantemente, reduzem-se de modo ainda mais claro os formalismos, em praticamente todos os atos processuais, o que evidentemente influenciou de maneira decisiva sobre o regime preclusivo do processo.

Veja-se, por exemplo, que passa-se a admitir o instituto da revelia: citado o réu e ausente à audiência com o magistrado, julgava-se o processo em favor do autor. Como vimos, isso seria impensável sob o regime da *ordo iudiciorum privatorum*. Introduziu-se, pois, um efeito preclusivo ligado à omissão das partes em etapa processual em que antes não era admitido.

A fórmula desaparece na medida em que perde o sentido de existir o ato pelo qual se sumarizava, por escrito, qual era o *thema decidendum* e o *thema probandum*: a mesma autoridade que definia os limites do litígio, e fazia o juízo de admissibilidade da demanda, proferia o julgamento. A *litiscontestatio* também perde inteiramente sua razão de ser: as partes passam a sujeitar-se à sentença judicial, não propriamente em razão de um acordo de vontades, mas sim em virtude da autoridade ostentada pelo magistrado, que, por sua vez, era decorrência da autoridade do *Princeps*.

Assim, nesse período, a fixação dos limites da controvérsia não mais se sujeitava aos rigores dos simbolismos das ações da lei, nem aos efeitos da *litis contestatio* e da redação da fórmula e, assim, pôde também ser flexibilizada, na mesma esteira de vários outros institutos processuais. CRUZ E TUCCI²⁰ faz referência a Constituição Imperial, baixada por Severo e Antônio em 202 d.C. (C., 2.1.3), que permite expressamente ao autor alterar o seu pedido e sua *causa petendi*: "A demanda aforada constitui apenas a demonstração futura do litígio. Por tal razão, com a permissão do juiz, é possível emendá-la ou modificá-la".²¹

No que tange à preclusão dirigida aos poderes do juiz, é importante desde logo assinalar que, finalmente, nessa época, fala-se da distinção entre *sententia* e *interlocutio*. Unificada a instância, a mesma autoridade passou a preparar a causa e julgá-la definitivamente, aparecendo, conseqüentemente, os primeiros problemas em diferenciá-las, com os quais nos deparamos até os dias atuais. Parece-nos que emergem duas diferenças cruciais entre as espécies.

¹⁹ Consoante bem destaca CRUZ E TUCCI (*Jurisdição e poder*, p. 13 ss.).

²⁰ A causa petendi no processo civil, p. 44.

²¹ Constatação similar é suscitada por PONTES DE MIRANDA, para quem o período da *cognitio* é marcado pelo "princípio de livre procedimento, mantida a preclusividade para o que fosse dilatatório" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 112).

A primeira, destacada por CHIOVENDA,²² residia no fato de que as *sententiae* podiam ser cobertas pela coisa julgada, enquanto as *interlocutiones* não. Assenta-se sobre a constatação de que a expressão *res iudicata*, embora desvinculada do sentido originalmente empregado (conteúdo da decisão), continuava a ser intimamente relacionada à *sententia*: somente a definição do mérito do litígio, propagando seus efeitos para fora do processo, é que podia adquirir a *auctoritas rei iudicatae*.²³

A segunda distinção é que as *interlocutiones* eram irrecorríveis. Todavia, essa assertiva deve ser recebida com ressalvas, porquanto não válida e verdadeira para todo o arco temporal em que teve vigência o processo da *cognitio extra ordinem*: houve breve período, pouquíssimo precisado pela doutrina, na qual se admitiu sua recorribilidade.²⁴

A admissão da recorribilidade das interlocutórias induz-nos a cogitar se o juiz podia ou não revogar suas decisões de ofício, e, em caso positivo, se a não-interposição do recurso impedia que as partes provocassem-no a fazê-lo no futuro. Mas, infelizmente, essa é uma questão sem resposta nas fontes.

Assim, vê-se que o regime preclusivo, em comparação ao do processo da *ordo*, atenuou-se radicalmente, na mesma medida do formalismo dos atos processuais, ampliando-se a flexibilidade das partes, sobretudo na dedução de suas alegações em juízo. Trata-se, sem dúvida, de decorrência das mudanças operadas na estrutura do processo, que se torna consideravelmente mais racional e objetivo. Mas permanece obscura a preclusão dirigida aos poderes do juiz, sobretudo em razão da vagueza das passagens que atestam o cabimento da *appellatio* contra *interlocutiones*.

Da análise dos três períodos do processo romano podemos, ao final, concluir que o princípio preclusivo nasceu fortemente ligado ao caráter privado do processo e que, à medida que se acentuou seu viés público, tanto as partes como sobretudo o juiz passaram a ter menores limitações no exercício de suas posições jurídicas processuais.

²² Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 3, p. 100-101.

²³ Cf. CHIOVENDA (Sulla influenza delle idee romane, cit., p. 97).

²⁴ MOACYR LOBO DA COSTA (O agravo no direito lusitano, *Estudos de história do processo*, p. 134) cita dois fragmentos do *Digesto*, para filiar-se à opinião de ORESTIANO, no sentido de que, ao tempo dos Severos, admitiu-se a apelação das *interlocutiones*. Aliás, consta que Bartolo, analisando passo de Scevola (D. 49.1.4), entendeu que as interlocutórias que causassem gravame imediato poderiam ser apeláveis (cf. GIANNOLZI, *Il reclamo nel processo civile*, p. 5). CHIOVENDA (Cosa giudicata e preclusione, cit., p. 244) arrola ainda os dispositivos que, depois, vinham colhidos no Código Teodosiano, que abriam exceção à regra da irrecorribilidade das *interlocutiones* (10.33.18, 23 e 37), e depois menciona as leis pelas quais Justiniano eliminou tais exceções, tornando, todas, inimpugnáveis (podendo isso demonstrar, justamente, que a apelabilidade das interlocutórias era generalizada).

2.3 Direito germânico

Nos primeiros séculos após as invasões bárbaras, que culminaram com a queda do Império Romano do Ocidente, povo invasor e invadido mantiveram sua língua, costumes e direito. É exatamente nessa época – Alta Idade Média – que se pode analisar o processo civil dos povos bárbaros em sua pureza.²⁵ E CHIOVENDA, em seus ensaios sobre a preclusão, já ressaltava a importância de estudar o processo dos povos germânicos para se entender a herança deste no processo comum e, posteriormente, nos sistemas processuais modernos.²⁶ Daí a relevância deste capítulo, destinado justamente ao processo germânico sem as influências do direito romano ou canônico.²⁷

O processo dos povos medievais de origem germânica, com poucas variações, desenrolava-se perante a assembleia dos homens bons,²⁸ sempre oralmente, a pretensão de um litigante com relação a outro.

A posição dessa autoridade quase que se limitava a definir, de acordo com regras formais e místicas preestabelecidas, que provas seriam produzidas no âmbito de um sistema reconhecido como da prova legal, ou tarifada,²⁹ e a quem incumbiria o ônus de fazê-lo³⁰ (e isso normalmente incumbia ao réu).³¹ Os meios de provas normalmente consistiam em juramentos (feitos pelo réu normalmente na companhia de parentes), ordálias (ou os chamados juízos de Deus), duelos e testemunhos. Tanto que, num primeiro momento, sequer se cogitavam as exceções; a contestação do réu se limitava simplesmente a um juramento.³²

²⁵ Isso porque, com o decorrer dos séculos, o direito romano e canônico passou a ser recepcionado pelos invasores, desaguando o resultado dessa fusão no que, na Baixa Idade Média, se passou a chamar *direito comum*. Vide item 2.5.1, *infra*.

²⁶ Vide Capítulo 4, *infra*.

²⁷ Como se sabe, vários foram os povos de origem germânica a incursionar e dominar a Europa na Idade Média, cada qual com sua particular cultura e direito. Entretanto, no que tange ao direito processual, é possível perceber uma certa identidade entre eles, razão pela qual nos absteremos de tratar separadamente, sobre cada um, preferindo desenvolver uma análise panorâmica, destacando, eventualmente, diferenças. Assim, BRUNNER-SCHWERIN (*Historia del derecho germánico*, tradução de José Luiz Álvares López, p. 7).

²⁸ Cujos membros eram, todos, cidadãos que, assim como tinham o dever de servir ao exército, tinham o dever de tomar parte da assembleia (cf., novamente, BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del derecho germánico*, p. 20).

²⁹ Cf., por todos, CHIOVENDA (Idea romana nel processo civile moderno, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 91).

³⁰ Cf. GIUSEPPE SALVIOLI (*Storia del diritto italiano*, p. 751-752).

³¹ Cf. MANUEL PAULO MERÊA (*Resumo das lições de história do direito português*, p. 106-107).

³² Cf. BRUNNER-SCHWERIN (*Historia del derecho germánico*, cit., p. 25).

A definição do ônus da prova assumia, nesse sistema, destacada importância: a partir dela, a assembléia passava à mera espectadora da produção da prova, levada a cabo diretamente pelas partes.³³

No caso específico das ordálias, a intervenção da providência divina é que definiria o resultado do julgamento, a ser verificado e declarado pela autoridade judicante (o papel desta era, portanto, meramente *homologatório*, vale dizer, limitava-se a extrair a decisão acerca do litígio à vista do resultado da prova produzida).

Assim, em maior ou menor grau, o processo dos povos germânicos estruturava-se em duas fases principais: a probatória e a do julgamento. Conforme leciona ALFREDO BUZARD: “esta cisão em fases distintas vem permitir que o processo germânico se desenvolva intercalado por um conjunto de sentenças que decidem questões processuais e substanciais, na medida em que surgem”.³⁴

A primeira fase, conforme ensina ainda BUZARD, “termina por uma sentença. Seu escopo é regular o ônus da prova que, por via de regra, incumbe ao réu”.³⁵ Era o que se costuma chamar de sentença probatória.³⁶

O único modo de questionar essa decisão era, em geral, a submissão da parte à prova de suas alegações, novamente, pelos meios formais e místicos que lhe estavam disponíveis, sem qualquer reexame material da causa,³⁷ isso sem falar na possibilidade de duelo entre a parte interessada e o juiz.³⁸ Se assim a parte não procedesse, operava-se a imutabilidade da decisão proferida pela autoridade judicante.³⁹

³³ CHIOVENDA (Romanesimo e germanesimo nel processo civile, *Saggi...*, cit., p. 199) realça que essa inércia contrasta claramente com a amplitude dos poderes do pretor no processo romano.

³⁴ *Do agravo de petição*, p. 21.

³⁵ *Ibidem*, p. 21. No mesmo sentido já se pronunciara CHIOVENDA (Sulla influenza delle idee romane, cit., p. 105).

³⁶ CHIOVENDA (Sulla influenza delle idee romane, cit., p. 106) ressalta que no processo praticado no território onde hoje se acha a Itália – que ostentava resquícios de influência romana e forte influência longobarda – não era assim fechado em duas fases, mas nem por isso deixava de contar com a tal fase probatória encerrada por sentença não definitiva.

³⁷ Cf. BRUNNER-SCHWERIN (*Historia del derecho germánico*, p. 24).

³⁸ LUIZ CARLOS DE AZEVEDO anota que, nos domínios senhoriais em que se aplicavam no processo os preceitos e princípios de origem germânica, as sentenças não eram suscetíveis de reexame, e a insurgência do vencido era tida por “repto sobre a palavra do juiz”, e se resolvia por meio de duelos (Origem e introdução da apelação no direito lusitano, *Estudos de história do processo: recursos*, p. 58).

³⁹ Depois de alguns séculos de evolução do direito e de aumento dos poderes da autoridade dos monarcas é que se passaram a admitir recursos (sobretudo entre os francos, na época carolíngia). Assim, BRUNNER-SCHWERIN (*Historia del derecho germánico*, p. 81).

É aqui que CHIOVENDA identifica o assim chamado “princípio preclusivo”, que impõe que o processo seja estruturado em fases estanques, sempre encerradas por sentenças que, se não atacadas, se tornavam imutáveis.⁴⁰

Em realidade, o desenrolar do processo germânico em fases fechadas por sentenças só tem sentido se visto no contexto do seu sistema probatório, que, hoje, se acha absoluta e inteiramente superado. Por isso mesmo é que se recomenda alguma cautela em receber a assertiva chiovendiana, tão largamente repetida, de que a origem do fenômeno *preclusão* se encontre no processo germânico. A compreensão da mentalidade jurídica medieval é difícil para o investigador que a tomar com os olhos dos tempos atuais, e somente poderá ela ser apreendida se se tiver em conta que os valores que a inspiravam são completamente diversos dos da sociedade atual.

Malgrado tais ressalvas, não se pode negar que a inatividade da parte em relação à questão incidental decidida tornava-a hígida e imune a ulteriores modificações, e daí a herança do fenômeno germânico para os tempos atuais. É natural a conclusão de que o regime preclusivo do processo germânico decorre da estrutura de seu sistema probatório, e só tem sentido se analisado sob essa ótica.

Impende notar, contudo, que a preclusão aqui emerge com caráter *sancionatório* (como fica claro na expressão *poena preclusis* colhida nas fontes históricas), o qual é renegado por CHIOVENDA⁴¹ na aplicação atual do instituto e, na sua esteira, pela imensa maioria da doutrina moderna, como veremos oportunamente. Vários fatores explicam essa característica, desde a rudeza do povo, de seus costumes e, como é óbvio, em especial, de seu direito.

Colhida a prova e homologado o resultado dela decorrente pela decisão da autoridade judicante, vinha a lume a sentença decisiva (que, “romanamente”, era proferida “ao final da lide”, para usar as palavras de CHIOVENDA).⁴²

Para encerrar, cabem brevíssimas considerações no que toca à *preclusividade* dos poderes das partes. Aqui, impende ressaltar que o processo tinha uma conotação infinitamente menos pública que o processo da *cognitio extraordinem* e do processo justiniano, de modo que, como soa evidente, todo impulso processual incumbia às partes, bem como toda a produção probatória (da qual, como se disse, a autoridade era mera espectadora).⁴³

⁴⁰ Romanesimo e germanesimo, cit., p. 201.

⁴¹ *Instituições...*, cit., v. 3, p. 220.

⁴² Cf. CHIOVENDA (Romanesimo e germanesimo, cit., p. 197).

⁴³ Cf. BRUNNER-SCHWERIN (*Historia del derecho germánico*, cit., p. 24).

2.4 Direito canônico

Na mesma esteira do direito germânico, mostra-se inegavelmente relevante estudar, ainda que sucintamente, o processo canônico. E, para tanto, lembramos a lição de BUZARD, no sentido de que “à semelhança do direito germânico, o processo civil canônico também se decompõe, no período clássico, numa variedade de termos”.⁴⁴ No entanto, ressalta o autor que o processo canônico se mostrava, tecnicamente, muito mais avançado que o germânico, pois cada fase processual (chamada *stadia*) recebia um nome e comportava a prática de determinados atos (articulação do pedido, apresentação das exceções, oferecimento da contestação, dilação probatória etc.).⁴⁵ A inversão da ordem das fases processuais redundava em *nullidade* de tudo o que daí se seguisse.⁴⁶

Instituiu-se o que a doutrina alemã chama de *ordo solennis*⁴⁷ como modo de dar à solução das controvérsias um caráter mais formal do que aquele dos povos germânicos. Mas isso não significou um fortalecimento do regime preclusivo dirigido à atividade processual das partes. Ao contrário, a parte que se omitisse na prática de determinado ato poderia jurar tê-lo feito sem culpa e, com base na boa-fé apenas, assinava-se-lhe novo prazo para prática do ato.⁴⁸ Essa norma, séculos depois, foi recepcionada na sistemática processual das Ordenações do Reino Português.⁴⁹

Cada fase era encerrada por sentença apelável e, à falta dela, a questão tornava-se imutável.⁵⁰ Assim, manteve-se no direito canônico a característica fortemente preclusiva que o processo germânico, puro, ostentava, no que toca à solução de questões incidentais.⁵¹

Assim estruturado, o processo canônico acabava se prolongando em numerosas audiências, de modo que, não sem razão, surgiu a necessidade de instituir um

⁴⁴ Do agravo de petição, p. 23.

⁴⁵ Como pontua ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 25), o direito canônico adotou o sistema germânico, mas excluindo suas formas pouco seguras, ao passo que, ao acolher influências romanas, neutralizou suas sutilezas excessivas.

⁴⁶ Cf. BALBI (*La decadenza nel processo di cognizione*, p. 159).

⁴⁷ Cf. leciona BALBI, *ibidem*, p. 155.

⁴⁸ Cf., ainda, BALBI, *ibidem*, p. 157, citando em seu apoio DURANTE.

⁴⁹ Vide item 2.5, *infra*.

⁵⁰ Cf. BUZARD (*Do agravo de petição*, p. 24) e MOACYR LOBO DA COSTA (*O agravo no direito lusitano*, cit., p. 138).

⁵¹ “O minúsculo de fases, subfases, períodos e subperíodos, tornou o processo, durante alguns séculos, encadeamento cerrado, cheio de apressamentos e preclusões” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 112).

procedimento *sumarizado*, para causas mais simples; é nesse contexto que surge a *Clementina Saepe*.⁵²

2.5 As Ordenações do Reino Português

2.5.1 Precedentes das Ordenações: o direito comum medieval

A expressão *direito comum* é bastante difundida, mas nem sempre é empregada de modo uniforme. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA menciona que direito comum ora é entendido como “sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constitui, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica européia até finais do século XIII”, ora, mais comumente, “como, num sentido amplo, que compreende também outros segmentos integradores, muito em especial o canônico, mas não esquecendo o germânico e o feudal”, contrapondo-se aos “direitos próprios” (ou ordenamentos jurídicos particulares, como o direito canônico).⁵³

Prevalece na doutrina a segunda conceituação porque o ressurgimento do direito romano, na Baixa Idade Média, não implicou, em absoluto, fosse ele ensinado e aplicado em sua inteireza, em face da forte influência do direito canônico, “que é a princípio o direito particular da Igreja, cresce de importância e passa a influir decisivamente nos institutos jurídicos”, e do direito germânico, cuja “prática processual, dominante na Europa, e já realizada por vários séculos”, estava fortemente arraigada.⁵⁴

É necessário que se ressalte que cada região foi dominada por um povo germânico diferente e, de outra banda, sofreu, em maior ou menor grau, influência de um desses sistemas jurídicos em detrimento dos demais (já que os operadores do direito de então, atendendo a vicissitudes sociais, culturais e econômicas peculiares ao local e ao povo invasor, adaptavam as estruturas e institutos romanos, germânicos e canônicos a sua maneira).⁵⁵

⁵² Cf. CHIOVENDA (*Sulla influenza delle idee romane*, cit., p. 115).

⁵³ *História do direito português*, p. 254 ss.

⁵⁴ Cf. ALFREDO BUZARD (*Do agravo de petição*, p. 25) e, anteriormente, CHIOVENDA (*Romanesimo e germanesimo*, cit., p. 186).

⁵⁵ CHIOVENDA (*Romanesimo e germanesimo*, cit., p. 181-206) traça um panorama completo dessas tendências no direito alemão e, sobretudo, italiano, analisando um sem-número de obras escritas sobre o assunto, e chega à conclusão de que o direito comum italiano não é romano-canônico, tampouco romano-germânico, mas sim *italiano* (p. 207). Em outro estudo (*Sulla influenza delle idee romane*, cit., p. 100 ss) procura explicar as razões históricas que levaram o direito comum medieval a cunhar um procedimento fortemente escrito, e marcado por fases mais ou menos bem definidas.

Desta feita, a nós interessa o direito comum praticado na Península Ibérica, que guarda certa homogeneidade e que, em última análise, repercutiu de modo mais claro e direto no direito brasileiro.

Sabe-se que o povo que, em maior número, invadiu a Península Ibérica no crepúsculo do Império Romano do Ocidente foram os *godos*, que, embora mantivessem certa identidade étnica e cultural com outros povos que tomaram a Europa na época, apresentavam particularidades.

Assim como em outras partes da Europa, manteve-se a personalidade do direito, isto é, a população local sujeitava-se ao seu próprio direito (os povos dominados, ao Breviário de Alarico II do século V d.C., e as populações bárbaras, às leis visigóticas).⁵⁶

No século VII tentou-se, no chamado Código Visigótico (denominado pelos espanhóis de *Fuero Juzgo*), congregar as normas de ambos os ordenamentos, para aplicá-las tanto aos invasores quanto aos invadidos. Nessa codificação acabaram reunidas, então, leis inspiradas na antiga tradição romana (destacando-se a influência do Código Teodosiano), leis com arraigada influência bárbara e outras fruto dos concílios eclesiais de Toledo.⁵⁷ Esse monumento legislativo continuou sendo aplicado na Península Ibérica mesmo depois da queda do Império Visigótico, no século VIII.

Após as invasões muçulmanas e a Reconquista, retorna o particularismo do Direito, agora por meio dos privilégios municipais (expressos nas chamadas *cartas de foral*). Assim, novamente acentuou-se a aplicação de princípios consuetudinários, que variavam de um local para outro, em detrimento das normas outrora unificadas pelo *Fuero Juzgo*.

Na metade do século XIII, o movimento unificador do direito na Península Ibérica ganhou novo fôlego, por obra do Rei de Castela, D. Afonso X (chamado de “o Sábio”), o qual, primeiramente, determinou a compilação das normas forais, o que foi denominado *Fuero Real* (de 1255)⁵⁸ para, depois, marcar seu nome definitivamente na história do direito, com a edição das *Siete Partidas* (de 1256).

As *Siete Partidas* traziam uma compilação de normas do direito justinianeu, e das decretais, sem claro estilo legislativo. Era notória a influência dos estudos dos juristas que vinham das primeiras universidades européias, onde estavam sendo resgatados, sobretudo, os monumentos legislativos justinianeus.⁵⁹

⁵⁶ Tal fato é corrente na literatura histórica portuguesa (cf., por exemplo, MERÊA, *Resumo ...*, cit., p. 23 e 27 ss).

⁵⁷ Cf. CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 50).

⁵⁸ Cf. LIEBMAN (Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, *Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 584).

⁵⁹ Cf., dentre outros, MERÊA (*Resumo...*, cit., p. 110-113 e 125-126).

O processo das *Siete Partidas* era essencialmente escrito e previa para as partes amplas possibilidades de articular suas razões de ataque e de defesa (ou seja, na dedução da demanda e da defesa, não se aplicavam preclusões) e, por isso, largamente criticado posteriormente pela excessiva lentidão.⁶⁰

Merecem destaque, também, as *Flores de las Leyes*, de Jacomo Ruiz,⁶¹ pequeno compêndio didático de direito processual civil, vertido para o português ao final do século XIII, o qual teve importância marcante na disseminação do direito comum na Península Ibérica.

O sistema processual lusitano não ficou insensível a essas tendências. A introdução e consolidação do *direito romano-canônico* no Reino português se deram por força, primeiro, da influência de textos e legislações castelhanos, como as *Flores de las Leyes* e, sobretudo, das *Siete Partidas* (apesar de não terem vigorado no Reino português).⁶²

Ademais, há que atribuir a importância devida à disseminação do direito romano-canônico pelas classes cultas portuguesas, que retornavam das primeiras universidades européias onde era ele estudado.

É fruto justamente desse movimento de “recepção” do direito romano-canônico em Portugal a edição das primeiras leis régias, que culminaram com as compilações operadas pelas *Ordenações do Reino Português*.

Apesar das fortes influências do direito romano-canônico – que foi alçado à categoria de direito subsidiário às leis régias –, é possível afirmar, na esteira da lição de LIEBMAN, que as Ordenações eram compilações de direito *comum*, propriamente dito.⁶³ De fato, como se verá adiante, as reminiscências do direito costumeiro da Alta Idade Média persistem e as normas de direito romano-canônico recepcionadas não eram aplicadas em sua pureza, mas normalmente vulgarizadas pela prática e baseadas na interpretação que os juristas medievais davam aos textos legais.

Nossa análise centrará atenções nos três principais monumentos legislativos do direito reinol português: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais, por sua similaridade, serão tratadas *conjuntamente*, destacando-se, quando houver, as diferenças entre elas. Remissões ao vetusto *Livro das Leis e Posturas*, ao Código Sebastião, e outras leis esparsas intercaladas ou posteriores às Ordenações, poderão ser incidentalmente tratadas. Procuramos, também, cingir

⁶⁰ Cf. JUAN MONTERO AROCA (*I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, tradução de Franco Cipriani, p. 32).

⁶¹ Ou o “Jacó das Leis”, que também fora o responsável pela redação de uma das *Siete Partidas* (a III, justamente aquela que tratava do processo civil).

⁶² Essa influência tem como marco a determinação de D. Dinis, no sentido de que as *Siete Partidas* fossem vertidas para o português, no início do século XIV (a propósito, MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, p. 340-341).

⁶³ Istituti..., cit. p. 589.

nossa abordagem na disciplina processual insculpida nas Ordenações, reduzindo ao necessário as considerações sobre o contexto histórico, político e social que circundavam tais leis.

2.5.2 Panorama geral sobre as Ordenações

As Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros. O Livro I trata de cargos públicos, nas mais diversas esferas; o Livro II é o mais heterogêneo deles e cuida dos direitos dos clérigos, dos reis (inclusive no campo tributário) e dos nobres, do estatuto dos judeus e dos mouros e do direito subsidiário; já o Livro III aborda o processo civil; o Livro IV é destinado ao direito material civil e o último, V, compila normas de direito penal e processual penal.⁶⁴

Pouco houve de inovação legislativa nas Ordenações Afonsinas, pois resultaram, em grande parte, de uma compilação de leis e demais fontes do direito da época, apontando a origem de cada uma delas (tratando-se de leis régias, eram elas transcritas integralmente) e indicando em que termos era confirmada ou alterada. Por isso se diz que o estilo de redação das Ordenações é, predominantemente, o *compilatório*, isto é, fazendo-se referência à fonte da norma, ou, ainda, declinando-se ser ela derivada do costume.

Nas Ordenações sucessivas, abandona-se o estilo compilatório e institui-se o estilo *legislativo*,⁶⁵ mas a divisão de matérias em cinco livros segue, em linhas gerais, aquela consagrada pelas Ordenações Afonsinas. Quanto ao processo, o sistema estabelecido pelas Ordenações Afonsinas serviu de base para as compilações que as sucederam, não se podendo identificar mudanças substanciais.⁶⁶ Justamente por isso se explica o trato em conjunto desses monumentos, sempre partindo da idéia de que as Ordenações Afonsinas são fundamento para as demais.

Importa deixar registrado que nos três monumentos legislativos em questão é forte e marcante a influência românica (especialmente justinianéia)⁶⁷ e canôni-

⁶⁴ ALMEIDA COSTA afirma que esta divisão dos assuntos em cinco livros foi inspirada nas Decretais de Gregório IX (*História...*, cit., p. 277), e ficou mantida, em linhas, gerais, nas Ordenações seguintes, Manuelinas e Filipinas.

⁶⁵ ALMEIDA COSTA (*História...*, cit., p. 284).

⁶⁶ Afirmando justamente esse fato, com respeito às Ordenações Manuelinas, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO (O reinado de D. Manoel e as Ordenações Manuelinas, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 27). Para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA (*História...*, cit., p. 290-291), as Ordenações Filipinas também não trouxeram grandes inovações se comparadas às codificações que as precederam, revelando-se muito mais um trabalho de "revisão atualizadora das Ordenações Manuelinas", e "reduzindo-se ao mínimo de inovações".

⁶⁷ Para MARCELLO CAETANO, o próprio próêmio das Ordenações é marcado pela inspiração das compilações de Justiniano (*História...*, cit., p. 535-536).

ca. No campo processual, têm-se, apenas à guisa de exemplo, as sentenças que, segundo as Ordenações, guardavam a mesma estrutura que o direito romano lhes dava. Em matéria recursal, a *appelattio* romana serviu de base à apelação prevista nas Ordenações enquanto recurso ordinário contra as sentenças definitivas. Quanto à influência do direito canônico, podem-se identificar como evidências a importância dada à conciliação (Ord. Af., 3.20.5) e o instituto da reconvenção (Ord. Af., 3.29).

2.5.3 Atos introdutórios da demanda e a citação

A disciplina dada pelo Livro III das Ordenações Afonsinas acerca da petição inicial era bastante incipiente, por clara herança de concepções do direito romano. E, de forma geral, as Ordenações Manuelinas e Filipinas não alteraram substancialmente o regramento a respeito.

Com efeito, o processo civil romano não conhecia o que modernamente se entende por *petição inicial*. No regime da *ordo iudiciorum privatorum*, o ato inaugural do processo era a *citação* (*in ius vocatio*). E mesmo no processo da *cognitio extra ordinem* a exposição prévia da demanda feita pelo autor ao magistrado era muito informal, não se podendo aí reconhecer características mínimas para traçar um paralelo com a petição inicial, como a concebemos hoje.⁶⁸

Essa disciplina incipiente dada à petição inicial pode ser entendida se considerarmos que foi apenas a partir da metade do século XIX que se passou a ter presente que o ato pelo qual o litigante provoca a atividade jurisdicional, deduzindo pretensão e requerendo o chamamento do réu a juízo, tem conteúdo público, pois espelha importante relação jurídica entre autor e autoridade jurisdicional. Tal idéia só se pôs em relevo após conceituação científica de ação e processo.

Assim, tal como nos ordenamentos processuais de épocas passadas, as Ordenações do Reino Português confundem o ato inaugural da demanda (pelo qual o autor requer ao magistrado a convocação do réu a juízo) e a citação.⁶⁹

De qualquer sorte, a despeito da obscuridade dos textos, e em que pese a ausência de rigor técnico ou formal, do autor se exigia, sim, que expusesse, ainda

⁶⁸ Exceção se faz ao direito justinianeu, que, a propósito de dispor sobre a citação, traz normas precisas e muito semelhantes às que o Código de Processo Civil brasileiro atual contém sobre a forma pela qual o autor deveria, *ab initio*, dirigir-se ao magistrado para propor a demanda.

⁶⁹ Para exemplificar essa confusão, tem-se o final do próêmio do Livro III das Ordenações Afonsinas, que diz "o primeiro auto do juízo se funda e se começa em citar uma parte à outra", e assim conclui por "falar primeiramente das citações", sem qualquer menção ao ato pelo qual o autor pedia ao juiz que promovesse a citação. Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas consta, igualmente, que a citação seria "o primeiro auto do juízo", sem uma menção minimamente clara ao ato pelo qual o autor pede ao juiz que se chame o réu a comparecer para tomar parte do processo.

que sucintamente, as razões pelas quais pleiteava à autoridade judiciária a convocação do réu juízo.⁷⁰

Após a citação, realizava-se audiência, presidida pela autoridade jurisdicional, na presença de ambas as partes, na qual o autor deveria oferecer seu "libello", expondo seu pedido e a causa por que pedia. Ao réu era fornecido um "treslado" dessa peça.

A primeira pergunta que surge é: caso o autor declinasse um determinado pedido ou causa de pedir no momento em que, primeiramente, dirigia-se ao magistrado, requerendo a citação, estava adstrito a tal declaração no momento de apresentar o *libello*? Vale dizer: se o autor não deduzisse um pedido ou um fundamento do pedido no ato de introdução da demanda, o direito de incluí-lo no *libello* estaria precluso?

A despeito da escassez de fontes bibliográficas, todos os indícios apontam para a resposta negativa.

Primeiramente, é intuitivo perceber que, se as Ordenações não obrigavam a parte a apresentar de modo circunstanciado o pedido e a causa de pedir no ato introdutório da demanda, certamente não exigiria que o *libello* se ativesse a ele.

Além disso, mesmo após a apresentação do *libello*, ao autor era facultado emendá-lo, abrindo-se ao réu novo prazo para defesa (Ord. Af., 3.1.10 e 3.20.12; Ord. Man., 3.156 e 7; Ord. Fil., 3.20.8). E sequer há notícia acerca da existência de algum limite ao exercício de tal direito: a rigor, o *libello* poderia ser emendado quantas vezes quisesse o demandante,⁷¹ sempre procedendo-se a nova citação⁷² do réu para responder à adição.

⁷⁰ Veja-se, por exemplo, Ord. Af., 3.1.6, acerca dos requisitos da citação por Tabelião (*nome do citando e seu endereço, razão da citação, modo por que o querem citar e data e local da audiência designada*). Como essa modalidade de citação é subsidiária àquela "por porteiro", é de supor que, aqui também, a mesma exigência se fazia presente. Confira-se ainda que nas Ord. Man., 3.1.5, havia a exigência de que da Carta Precatória fosse indicado o objeto da ação, e as razões em que se funda. No mesmo sentido, quanto à citação por carta, Ord. Man., 3.15.4, e Ord. Fil., 3.1.5. Ademais, as Ordenações Manuelinas (3.1.1) deixavam claro que o juiz "manda citar" o réu, a pedido do autor, e dá-se poder ao juiz de denegar o pedido de citação, quando entender que "nom é o caso de citaçaum" (3.1). Se o juiz deveria fazer tal verificação, certamente que o autor deveria ter-lhe exposto previamente sua pretensão.

⁷¹ "E quantas vezes o assim o autor emendar a demanda, tantas vezes haverá o réu prazo para se aconselhar, e responder ao que mais foi emendado" (citação das Ordenações Afonsinas, 3.20.12, feita por CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 71).

⁷² O legislador não diferenciava, como se faz na dogmática moderna, citação e intimação (arts. 213 e 234 do CPC brasileiro, respectivamente). Por isso é que, quando se iniciava a instrução probatória, as partes eram "citadas" para a inquirição de suas testemunhas (Ord. Man. 3.47). Contraditoriamente, consta das Ordenações Filipinas que a citação deveria ser uma só (Ord. Fil., 3.1.12), exceto nos já tratados casos de alteração do *libello* ou depois que o autor tenha ficado por seis meses sem "falar ao feito" (Ord. Fil., 3.1.15). Seja como for, convém que esse último dispositivo demonstre quão

Ora, se não operava a preclusão do direito de o autor formular pedidos e apresentar-lhes fundamentos nem mesmo após a apresentação do *libello*, certamente não ocorreria antes da prática desse ato.

Ainda quanto à preclusão das faculdades e ônus do autor nos atos introdutórios da demanda, incumbe-nos verificar se havia documentos a serem necessariamente apresentados pelo autor no início do curso do feito.

Tendo-se em mira, ainda, as Ordenações Afonsinas, o seu Título 23 parece sugerir, de modo nebuloso, que, ao pedir ao juiz a citação, cabia ao autor apresentar a escritura pública em que se fundava o direito deduzido em juízo. O Título 37, que cuida dos documentos que deviam acostar o *libello*, contradiz, aparentemente, o Título 23, facultando ao réu deixar de contestar a demanda caso o autor não lhe tenha exibido a escritura pública em que se baseia a demanda.⁷³

O cotejo dos dispositivos permite concluir que o direito de o autor apresentar tal escritura pública na oportunidade em que requeria a citação não estava sujeita à preclusão. Se, de outro lado, o autor não a apresentasse com o *libello*, o processo não seguia seu curso, pois o réu poderia se eximir de se defender. Aqui também não se verifica a preclusão, porquanto a lei não prevê a extinção do direito do autor em exibir a escritura, apenas a suspensão da marcha processual.

Vê-se, portanto, que os direitos que assistem ao autor nos atos introdutórios da demanda não estavam sujeitos à preclusão.

2.5.4 Defesa

A primeira questão que se coloca acerca da preclusão de direitos e poderes cabentes ao réu no processo diz respeito à revelia.

O instituto, originário do direito romano, na época da *cognitio extra ordinem*, gerava como consequência o seguimento do processo sem a participação do demandado que não comparecera a juízo apesar de validamente citado.⁷⁴

E nas três Ordenações em foco previa-se a revelia caso o réu não comparecesse à audiência designada (Ord. Af., 3.27; Ord. Man., 3.7.pr; Ord. Fil., 3.1.12 e 3.1.13). Aliás, registre-se que, do mesmo modo, previa-se a contumácia do autor,⁷⁵ que acar-

flexível é o sistema procedimental: o autor poderia ficar durante seis meses sem falar nos autos e, ainda assim, poderia dar novo impulso a seu curso, sem risco algum de ver o feito extinto.

⁷³ O mesmo Título estatui exceções: quando o autor não se refere limitadamente à escritura como fundamento de seu pedido, não está obrigado a exibi-la, assim como quando o réu deveria, razoavelmente, saber o conteúdo de tal documento.

⁷⁴ Cf. CRUZ E TUCCI-AZEVEDO (*Lições...*, cit., p. 144).

⁷⁵ Oportuno salientar que as três Ordenações em exame valiam-se de terminologia já ultrapassada, segundo a qual tanto o autor quanto o réu podiam ser revéis (FERNANDO MENDES DE ALMEIDA,

retava que o réu fosse “absolvido da citação” (Ord. Man., 3.13.pr, e Ord. Fil., 3.14.pr), ou, se esse preferisse, poderia dar continuidade ao feito, “à revelia do autor” (Ord. Man., 3.13.1; Ord. Fil., 3.14.1).

Entretanto, por herança de normas insertas no Livro de Leis e Posturas,⁷⁶ as Ordenações Afonsinas permitiam ao réu “purgar a revelia” comparecendo perante o juiz e tomando parte do processo, no prazo máximo de quatro meses, contados da citação, desde que pagasse ao autor as custas e despesas suportadas em razão da revelia. Vê-se, pois, que, dentro desse prazo, não ocorria a preclusão quanto aos direitos e poderes relativos à defesa. Uma vez integrado ao processo, ao réu era garantido o direito de se defender.

Nas Ordenações sucessivas, suprimiu-se a possibilidade de o réu purgar a revelia, o que implica dizer que o seu não-comparecimento à audiência que foi designada logo após sua citação tolhia-lhe o direito de apresentar as defesas previstas na lei, prosseguindo-se o processo sem sua presença. Trata-se, sem dúvida, de um reforço na carga preclusiva do processo.

Diversamente do que ocorre em nosso atual ordenamento processual,⁷⁷ a defesa era exercitada pelo réu em diferentes fases, nas quais tinha oportunidade de apresentar, sucessivamente, os diversos tipos de “exceções”. Nas Ordenações Afonsinas, as exceções dividiam-se em “dilatórias”⁷⁸ (Ord. Af., 3.54; Ord. Man., 3.15.9 e 3.37, e Ord. Fil., 3.49), “peremptórias”⁷⁹ (Ord. Af., 3.55; Ord. Man., 3.38) e a contestação propriamente dita, quanto ao mérito da demanda.⁸⁰ Há, porém,

Ordenações Filipinas, p. 58, nota ao passo 3.14). Modernamente, o termo *revelia* é utilizado para designar apenas a contumácia do réu (MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 232).

⁷⁶ Vide fls. 5, 1.^a e 2.^a col.

⁷⁷ Veremos adiante (item 7.10, *infra*) que nosso Código atual, diferentemente das Ordenações Afonsinas, consagrou o princípio da concentração da defesa na contestação do qual decorre o princípio da eventualidade para o réu, e que não se aplica apenas à incompetência relativa, suspeição e impedimento (que são apresentadas em apartado, mas ainda assim no mesmo prazo da contestação).

⁷⁸ O estudo das Ordenações permite a conclusão de que os conceitos de exceções dilatórias, peremptórias e defesas de mérito repercutiram nos ordenamentos processuais modernos, e, para defini-los, podemos lançar mão da lição de processualistas contemporâneos. Assim, conforme lição da doutrina tradicional (v. g., FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 3, p. 117 ss), as exceções peremptórias, uma vez acolhidas, importam na extinção do processo, com “absolvição de instância” do réu (sem exame de mérito). São, em sua maioria, cognoscíveis de ofício, tais como: falta de condição da ação; coisa julgada; litispendência e nulidade insanável por falta de pressuposto processual.

⁷⁹ FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117 ss) também ensina que as exceções dilatórias, quando acolhidas, importam na dilação da relação processual. Algumas são cognoscíveis de ofício (incompetência absoluta e impedimento), outras a pedido da parte (incompetência relativa, suspeição do magistrado, vícios sanáveis).

⁸⁰ Novamente aqui é oportuna a lição de FREDERICO MARQUES, que as chama de defesas de mérito, dirigidas contra a pretensão do demandante, sempre peremptórias (objetivam a extinção da relação

uma quarta categoria prevista nas Ordenações Afonsinas, qual seja, as “exceções anômalas”, acerca das quais falaremos adiante.

Pois bem. Primeiramente, deveriam ser suscitadas as exceções dilatórias, antes das peremptórias, e antes da contestação da lide. E deveria o autor observar a ordem em que deveriam ser ventilados os diferentes subtipos de exceções dilatórias. Nas Afonsinas, previa-se a exceção com respeito à pessoa do juiz (ex.: impedimento), depois quanto a sua jurisdição (ex.: competência) e, depois, a dilatória de “pagua”. Nas Manuelinas e Filipinas vinha prevista a exceção contra a pessoa do autor (quando “nom é lidima” para estar em juízo, ou seja, ilegitimidade), contra a pessoa do procurador do autor (quando não tem poderes suficientes),⁸¹ contra a pessoa do juiz (casos de suspeição e impedimento), contra a “jurisdição do Juiz” (a parte goza de foro especial “per Dereito ou privilegio especial”), e, por fim, “espaço na demanda”, ou “espaço na dívida” (falta de implemento da condição, ou não vencimento da dívida).

As Ordenações Afonsinas e Manuelinas (Ord. Af., 3.54.3 e 3.27.1; Ord. Man., 3.37) eram categóricas ao preceituar que a inobservância dessa ordem implicava perda do direito do réu em invocar as exceções anteriores, reputando-se ter havido aceitação tácita da pessoa do juiz e da sua jurisdição.⁸² Ou seja, vê-se claramente aqui a figura da *preclusão*.

Se a simples inversão da ordem das exceções dilatórias era suficiente a acarretar a extinção do direito do réu em alegá-las, parece no mínimo lógico que, se o réu passasse às etapas seguintes da defesa (exceções peremptórias e contestação), também suportaria a preclusão desse poder.⁸³

No entanto, nas Filipinas suprimiu-se a exigência de o demandado respeitar a ordem das matérias acima referidas sob pena de preclusão, exceto a suspeição do juiz, que deveria ser ventilada antes das demais (3.49.1). Essas poderiam ser alegadas conjuntamente, antes da contestação da lide, independentemente de ordem. Se não o fossem antes da contestação, operar-se-ia a preclusão (3.49.2).

processual), subdivididas em diretas (atacam o cerne da pretensão, o fato constitutivo do direito invocado pelo autor) e indiretas (fato modificativo e extintivo do direito do autor, como prescrição, pagamento, novação etc.).

⁸¹ O controle da regularidade das procurações outorgadas pelas partes cabia ao juiz, de ofício, e se não fosse feito adequadamente obrigava o juiz ao pagamento das custas do processo às partes (3.15.10). Aliás, em 3.49 facultava-se aos magistrados determinar a correção das procurações insuficientes antes da sentença definitiva, e até mesmo em grau de apelação, se os juizes da instância assim detectarem tal necessidade.

⁸² A propósito, confira-se Ord. Man., 3.15.9: “porque se loguo no princípio taes excepções nom poser, parece consentir na pessoa do juiz que o mandou citar”.

⁸³ A regra não é absoluta: o réu poderia arguir exceção dilatória até depois da lide contestada, desde que provasse que dela só teve conhecimento depois da contestação, ou que a causa da exceção fosse superveniente (Ord. Af., 3.54.4).

Nesse aspecto, pois, houve uma flexibilização quanto aos direitos do réu ao se defender.

As exceções peremptórias, por seu turno, são referidas nas Ordenações Afonsinas em 3.55.pr, 3.55.1 e 3.55.2, por meio de um rol exemplificativo,⁸⁴ que, conforme faz nosso Código de Processo Civil, traz questões como coisa julgada (Ord. Af., 3.54.pr) e litispendência, e abarca, também, o que hoje se entende por defesas indiretas de mérito (novação, compensação, transação, prescrição etc.). Nas Ordenações sucessivas, os mesmos exemplos aparecem (Ord. Man., 3.38, e Ord. Fil., 3.50).

Ao contrário das exceções dilatórias, não havia um momento processual único para o réu deduzir as peremptórias, vale dizer, se não as suscitasse logo após o oferecimento das dilatórias, o ordenamento lhe garantia outros momentos processuais a tanto.⁸⁵

Diversos dispositivos demonstram que as exceções peremptórias eram alegadas pelo réu por meio dos chamados “embargos”, em diversos momentos processuais: antes da contestação (Ord. Af., 3.55.pr e 3.55.4), antes da sentença definitiva (Ord. Af., 3.55.pr, 3.55.2, 3.57.5) e mesmo após a sentença definitiva, mas antes do trânsito em julgado (Ord. Af., 3.55.3, 4 e 6). Os dois primeiros tinham natureza de meio de defesa, e apenas o último mostra caráter recursal, pois visava impugnar decisão judicial.

Dependendo da natureza da exceção alegada, os embargos poderiam ter caráter *modificativo* (cujo acolhimento não importa na extinção do feito, como a exceção de compensação – Ord. Af., 3.55.4) ou *ofensivo* (contendo as exceções peremptórias propriamente ditas, que, reconhecidas, importavam na extinção da relação processual).

Com isso, resta demonstrado que já nas Ordenações Afonsinas a disciplina dos embargos estava quase tão bem estruturada quanto nas compilações posteriores, conforme preconiza MOACYR LOBO DA COSTA, no estudo *A origem dos embargos no direito lusitano*.⁸⁶

⁸⁴ A demonstrar tratar-se de rol exemplificativo, tem-se passagem colhida em 3.55.1: “[...] ou qualquer outra auçam famosa, e bem assy quaesquer outras que concluam o autor não ter auçam para demandar”.

⁸⁵ As Manuelinas previam em 3.38.1 que as peremptórias deveriam ser apresentadas nessa etapa do processo, sob pena de não se poder fazer depois. Todavia, adiante se encontra a ressalva de que a peremptória que for “de tal natureza, que anulasse todo o processo” poderia se alegar a qualquer tempo, inclusive após a sentença definitiva. Assim, o propósito de tornar mais rígido o regime preclusivo do ônus de a parte alegar as peremptórias perdeu-se totalmente com a ressalva consignada adiante, já que a imensa maioria de exemplos enquadra-se na categoria de exceções que tiram “toda a auçam” do autor.

⁸⁶ *Estudos de história do processo: recursos*, p. 165 ss.

As Ordenações não proibiam que o réu repetisse a mesma exceção peremptória, por meio de todos os embargos, ainda que não a tenha provado suficientemente em momento anterior,⁸⁷ ou mesmo quando ela tenha sido rejeitada. Ressalva deve-se fazer aos embargos opostos após a prolação de sentença definitiva, que, segundo MOACYR LOBO DA COSTA,⁸⁸ só poderiam trazer exceções peremptórias em três circunstâncias: quando superveniente à sentença, quando for de tal natureza que anule todo o processo, ou quando fosse argüida por “cavaleiro da espada dourada”, ou rústico lavrador que morasse em local onde não houvesse letrados com quem se aconselhar (Ord. Af., 3.55.5).

Nas Ordenações sucessivas, esse regramento dos embargos permanece e ordenariza-se, consolidando-se como instituto tipicamente lusitano, recepcionado no nosso direito atualmente vigente em variadíssimas modalidades. Ocorre apenas que nas Manuelinas algumas exceções peremptórias tinham o condão de “embargar a contestação” (“sentença, transaçãum e juramento”), e outras não (“prescriçãum, pagua, quitaçãum”, “e bem assy quaesquer outras que concludam o autor nom teer auçãum para demandar”). A diferença não era contemplada pelas Afonsinas, e a única interpretação que nos parece possível é a de que as primeiras eram suscitadas por meio dos chamados “embargos à contestação”, e impediam fosse ela apresentada, ao passo que as segundas não tinham o condão de obstar o oferecimento da contestação.

Seja como for, de todo o exposto emerge indubitoso que nas três Ordenações *sub examine* a faculdade de a parte suscitar exceções peremptórias não estava sujeita à preclusão; nem mesmo se a exceção tivesse sido repelida pelo magistrado, a parte poderia novamente argüi-la. Não estavam sem razão, pois, aqueles que criticavam a excessiva demora dos feitos sob o império das Ordenações.

Entretanto, convém observar que, muito embora a parte pudesse alegar tais exceções até após a prolação da sentença definitiva, não se outorga poder ao juiz de conhecê-las de ofício, sem provocação da parte.⁸⁹

Apenas a algumas matérias reservava-se a possibilidade de conhecimento *ex officio*, reunidas sob a denominação “exceções anômalas” (Ord. Af., 3.56.3), que são aquelas “de tão grande substância e poderio, que fazem o juízo todo nenhum e bem assim todos os atos que dele procedem”,⁹⁰ e seu acolhimento importava no reconhecimento de que a sentença é “nenhuma por direito”. Além de poderem

⁸⁷ Em Ord. Af., 3.55.2, se dispõe que o réu tinha o prazo de dez dias para provar a exceção peremptória alegada, sob pena de não “embargar a contestação”. Se não fosse provada, ou se a exceção fosse rejeitada, abria-se prazo para o réu apresentar contestação.

⁸⁸ *A origem dos embargos...*, cit., p. 171.

⁸⁹ Aqui, o sistema das Ordenações se distancia do atual ordenamento brasileiro, no qual exceções peremptórias como coisa julgada ou litispendência são cognoscíveis de ofício.

⁹⁰ Cf. MOACYR LOBO DA COSTA (*A origem dos embargos...*, cit., p. 171).

ser conhecidas de ofício, tais exceções podiam ser ventiladas em embargos à contestação, à definitiva, após a sentença definitiva (Ord. Af., 3.56), e em embargos à execução (Ord. Af., 3.89.6).⁹¹

O Título 56 das Afonsinas traz rol exemplificativo de exceções anômalas, tais como a exceção de excomunhão (que poderia ser alegada contra a pessoa do autor, ou até contra o juiz (cf. Ord. Af., 3.56.5), e, nesse caso, o juiz deveria ser substituído, por ordem do Rei) e a existência de procurador falso (considerada nulidade de tal ordem grave que impedia que a sentença transitasse em julgado). Compulsando-se o Livro III das Afonsinas, percebe-se que outras matérias podem ser enquadradas em tal categoria, como a regularidade da procuração em geral (Ord. Af., 3.20.10) e a validade da citação (Ord. Af., 3.20.15). Evidente, portanto, que a parte não estava sujeita à preclusão para suscitar as tais “exceções anômalas”.

Mas essa classe de exceções foi suprimida nas Manuelinas e Filipinas,⁹² autorizando a conclusão de que as matérias que poderiam ser conhecidas de ofício, sob a égide de tais compilações, eram muito restritas.

Superada a fase das exceções, e dando o juiz por “procedente o libello”,⁹³ o réu poderia contestar a lide, isto é, defender-se quanto ao mérito da questão.

As Ordenações Afonsinas e Manuelinas previam a possibilidade de o réu optar por contestar por *negativa geral* (nos termos de Ord. Af., 3.57.1 e 3.57.2; Ord. Man., 3.39)⁹⁴ e que a falta de contestação equivaleria a essa negativa. Avulta claro, pois, que não se impunha ao réu o *ônus da impugnação especificada dos fatos*.⁹⁵ Nas Filipinas, muito embora continuasse prevista a possibilidade de contestação por negativa geral (Ord. Fil., 3.51), suprimiu-se a norma anteriormente vigente de que a ausência de contestação implicava fosse ela tomada por *negativa geral*. A supressão da norma acima referida acabou deixando uma lacuna nas Ordenações

⁹¹ Os arts. 475-L, inc. I, e 741, inc. I, do CPC brasileiro parecem-nos trazer herança de tal dispositivo, pois prevêem a nulidade de citação do réu como uma das matérias passíveis de defesa na execução.

⁹² Algumas das matérias que vinham elencadas como exceções anômalas (v. g., a excomunhão) foram trazidas, nas Manuelinas e nas Filipinas, para o rol de peremptórias (Ord. Man., 3.37.1, e Ord. Fil., 3.49.2 e 3.20.29); outras não receberam mais menção (v. g., procurador falso ou, mais grave, a nulidade de citação).

⁹³ Aqui se percebe que o legislador das Ordenações já tinha presente a distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito das demandas. Ao dispor que “depois que o juiz do preito houver julgado que o *libello* procede”, o legislador quis dizer que a ação poderia ser julgada pelo mérito, mas não necessariamente que o autor tivesse razão. A frase indica apenas que o juiz certificou que, formalmente, a demanda está em condições de ser processada e julgada.

⁹⁴ No Código de Processo Civil brasileiro, a contestação por negativa geral é admitida apenas ao advogado dativo, curador especial e ao órgão do Ministério Público (art. 302, parágrafo único).

⁹⁵ Cf., dentre outros, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 533-534).

Filipinas, pois não havia cominação de pena, ou qualquer consequência jurídica ao réu que não contesta a lide.

Novamente aqui se revela de modo indubitável que o sistema processual das Ordenações, na fase de postulação da ação e defesa, era bastante flexível quanto ao regime de preclusões.

Por fim, para encerrar este capítulo, destinado ao enfoque das preclusões sobre os poderes e faculdades em torno do direito de defesa, merece brevíssima menção a reconvenção.

Segundo CRUZ E TUCCI, o instituto apresenta, nas Ordenações, “enorme influência dos glosadores e, por via de consequência, das Siete Partidas”,⁹⁶ e processava-se de modo muito símile àquele previsto em nosso ordenamento processual atual.

O momento oportuno para que fosse apresentada era “antes ou logo após a contestação” (Ord. Af. 3.29.1; Ord. Man., 3.24; Ord. Fil., 3.32.1). Não obstante a inegável vagueza da lei no mister de fixar o prazo para a prática desse ato, diz-se que, se o réu apresentá-la depois que o autor houver produzido as provas quanto aos fatos alegados, o juiz a processará como se ação autônoma fosse. Havia, pois, de algum modo, a preclusão.

2.5.5 Provas

Seguia-se à apresentação da contestação a prestação, por ambas as partes, do juramento de calúnia (Ord. Af., 3.20.3 e 3.29) e a apresentação dos “artiguos” (Ord. Af., 3.57.6; Ord. Man. 3.40.pr a 3.40.12 e Ord. Fil., 3.53).

A figura dos “artiguos” não mais subsiste nos modernos ordenamentos processuais e é surpreendentemente minudente a disciplina que lhes é destinada pelos referidos dispositivos das Ordenações, com riqueza de detalhes enormemente superior àquela reservada ao *libello* e à defesa. Trata-se de marca importante do processo comum e que não encontra par nos sistemas que o antecederam e sucederam.

Vê-se, pois, que a especificidade que faltava na formulação do *libello* e da contestação era complementada no momento em que as partes apresentavam seus “artiguos”, tudo indicando que, somente a partir desse momento, se delimitava, definitivamente, o objeto do processo.⁹⁷

⁹⁶ *Da reconvenção: perfil histórico-dogmático*, p. 36, que se refere ao Título II, Lei 32, e Título X, Leis 4 e 5.

⁹⁷ Tal entendimento é reforçado com o disposto em Ord. Af., 3.20.19, que se refere sobre a conduta das partes após a contestação: “se confessar, e ouver defesa, ponha logo em forma, e em outro dia venha loguo com os artiguos della; e se o reo neguar, venha o autor em outro dia com os artiguos da dita razaõ”.

A necessidade de formulação de “artiguos” é marca distintiva do sistema como flexível, no qual a estabilização do objeto litigioso do processo ocorria muito tempo depois do início do processo.

Primeiramente, era assinado prazo para o autor apresentar seus “artiguos”, a serem respondidos pelo réu em depoimento pessoal. Em caso de descumprimento desse prazo, o autor era condenado a pagar ao réu as custas relativas a esse atraso, marcando o juiz novo prazo. Havendo novo descumprimento, o pagamento de custas deveria ser feito em dobro, fixando-se novo e derradeiro prazo, que, inobservado, implicava a “absolvição” do réu (além, é claro, da obrigação do autor em, novamente, pagar as custas).

Como se vê, nas duas primeiras oportunidades não sucedia preclusão. Em compensação, o efeito da inobservância do autor quanto ao prazo assinado pela terceira vez era sancionado com penalidade ainda mais grave que a preclusão: o processo era extinto e, o que é pior, o autor via-se privado de repropor a demanda (de modo análogo ao da perempção, previsto em nosso Código de Processo atualmente vigente).

Cada “artiguo” formulado pelo autor deveria ser refutado diretamente por outro do réu (a chamada “contrariedade”), o qual deveria ser apresentado em prazo assinado pelo juiz. Tomando-se por base, por exemplo, o disposto no 3.59.pr das Afonsinas, ficamos convencidos de que o prazo não era peremptório: “Toda Contrariedade deve ser feita ante que as Inquiriçõeas do Feito principal sejam abertas.” *A contrario sensu*, até que as “Inquiriçõeas” estivessem abertas, a “contrariedade” poderia ser apresentada.

Era sobre os fatos que restassem controvertidos em face dos “artiguos” apresentados que recaía a prova a ser produzida, em especial o depoimento pessoal das partes – cada qual depunha acerca dos “artiguos” oferecidos pela parte adversa.

Adentrando-se no campo da instrução probatória, vemos que as Ordenações continuavam bastante flexíveis quanto às preclusões.

Após a apresentação dos *artiguos*, o juiz abria dilação para as partes produzirem suas provas, ou concedia três prazos sucessivos de oito dias, ou apenas um, “peremptório”, de vinte e dois dias. A escolha podia depender da “distancia do lugar e a calidade do negocio” (Ord. Af., 3.60.2). Caso a prova devesse ser produzida fora do Reino, o prazo poderia ser sensivelmente aumentado (Ord. Af., 3.60.3 a 3.60.6), até para mais de um ano.

Se a prova consistisse em depoimentos testemunhais, na mesma audiência em que indicassem as provas, as partes deveriam arrolar as testemunhas (Ord. Af., 3.61.pr, Ord. Man., 3.42.1, e Ord. Fil., 3.54). Nas Afonsinas, esse prazo era peremptório e preclusivo (“e nom as nomeando a esse termo, nom lhe sejam mais recebidas”), mas nas Manuelinas e Filipinas encontra-se norma permitindo a reabertura de prazo em favor da parte se esta pedisse outro, jurando que “não pede

por fraude, ou por engano, mas somente à boa-fé” (Ord. Man., 3.42.3; Ord. Fil., 3.54.1).

2.5.6 Prazos processuais

Não há uma disciplina completa acerca dos prazos processuais nas Ordenações Afonsinas. Nelas destacam-se, nesse mister, as normas contidas em 3.18 e 3.19 que em muito se assemelham ao art. 184 do CPC pátrio, isto é, nos prazos processuais não incluem o dia em que foram assinados, mas incluem o dia em que vencem; se o último dia for um domingo ou feriado, o prazo prorroga-se até o primeiro dia “útil” subsequente.

A imensa maioria dos prazos previstos pelo legislador afonsino não era peremptória. A começar pela possibilidade, razoavelmente disseminada na legislação em foco, de a parte “jurar aos Santos Avanjelhos” para pedir novo prazo para prática de determinados atos processuais (v. g., a dilação dada às partes para produzir suas provas – Ord. Af., 3.60.1). Cuida-se, inegavelmente, de reflexo da religiosidade da sociedade da época e, sem dúvida, da concepção do sistema procedimental como flexível quanto às preclusões.

Além disso, em diversas passagens vê-se que o legislador preocupou-se em conceder várias oportunidades para a prática de atos, mesmo quando a parte deixasse de cumprir deliberada e injustificadamente os prazos que lhe foram assinados (o maior exemplo está em Ord. Af., 3.57); se o autor desrespeitasse o prazo assinado pelo juiz, pagava as custas pelo atraso, e novo prazo lhe era concedido; e isso por três vezes, até “absolvição” do réu.

E, demais disto, o sistema abria outra brecha para que as partes inobservassem a ordem procedimental sem qualquer consequência ou sanção. Cuida-se do Título 68 das Afonsinas, denominado “Que os Juizes julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro no processo”, que, em nosso sentir, possibilita à parte alegar livremente suas razões até sentença definitiva, mesmo que o momento oportuno para tanto já se tenha passado.

O referido dispositivo traz em seu proêmio exemplos de razões que podem ser ventiladas pelas partes, as quais impõem que o juiz leve em conta o momento de sentenciar o feito. Destaca-se, em particular, a admissibilidade de exceções dilatórias alegadas mesmo após a contestação da lide, o que, como vimos acima (item 2.5.4), era expressamente proibido pelos dispositivos contidos em Ord. Af., 3.54.3 e 3.27.1.

O panorama parece mudar um pouco com a edição da compilação manuelina. Logo sob o seu Título 15 (“Da Ordem do Juízo”) vem a lume o preceito de que “todos os termos, que os Julgadores assinarem as partes, ou a seus Procuradores em juízo, sejam avidos por peremptorios, sem os ditos julgadores poderem

reformular o termo ou tempo que tenha dado, nem perdoar, nem deve fazer graça alguma [...]”.

Entretanto, a despeito dessa disposição enfática, não se pode dizer, em absoluto, que o sistema processual das Manuelinas seja rígido quanto às preclusões, muito ao contrário.

Para atos como apresentação de *libelo*, defesa ou *artiguos*, a parte tinha a oportunidade de lhe serem fixados prazos por três vezes, sucessivamente (Ord. Man., 3.1517, 3.15.20 e 3.15.24, respectivamente). Apenas para as apelações e agravos o prazo só poderia ser concedido uma única vez.

Além disso, ainda que o litigante deixasse de atentar ao terceiro termo, mesmo assim o juiz poderia aceitar o ato praticado, “se ao Julgador parecer que a matéria do dito artiguo he boa” (Ord. Man., 3.15.17).

Assim, vê-se que, no geral, poucos são os prazos ditos preclusivos. Dos mais importantes, sobressaem os prazos recursais, e mesmo assim com as reservas consignadas no item abaixo.

As Ordenações Filipinas mantiveram os preceitos gerais das Manuelinas quanto à contagem de prazos (Ord. Fil., 3.13) e quanto à renovação deles para a parte faltosa (Ord. Fil., 3.54.1).

2.5.7 Sentenças interlocutórias, sentenças definitivas e recursos

O processo civil instituído pelas Ordenações do Reino não incorporou a sistemática procedimental do direito germânico e do direito canônico, isto é, não fechou o processo em fases estanques, cada qual encerrada por uma sentença.

Ao contrário, nesse ponto, a legislação lusitana afastou-se consideravelmente desses dois modelos processuais, instituindo um processo aberto, em que não se fixavam termos preclusivos e peremptórios para a maioria dos atos processuais, como vimos acima (item 2.5.6).

Todavia, do ponto de vista terminológico, houve herança dos sistemas germânico e canônico, haja vista que se diferenciavam *sentenças definitivas* e *sentenças interlocutórias*, sendo as primeiras as que julgavam o mérito da questão litigiosa e as demais apenas questões processuais, ou incidentais.

Nos primeiros séculos da monarquia portuguesa, como se sabe, não havia se instituído recurso ordinário contra as decisões judiciais, fossem definitivas, fossem interlocutórias. Afinal, o poder real demorou a se afirmar em todo o território por-

tuguês,⁹⁸ pois foi gradual o movimento de sobrepujar aos poderes e prerrogativas locais (dos senhores ou das autoridades religiosas, especialmente).⁹⁹

Nesse contexto é que se explica a instituição dos *juízes de fora*, meirinhos, corregedores, como meio de ordenar a atividade municipal, assim como se pode entender a profusão de leis gerais, em contraposição às normas locais de origem consuetudinária, foraleira ou senhorial.

No que concerne especificamente ao processo civil e aos recursos nele previstos, nos primórdios da apelação estão as *queixas* (*querimas* ou *querimônias*), que os litigantes inconformados com decisões proferidas em feitos por juízes locais dirigiam diretamente ao Rei.

Todavia, tais expedientes não podem, em absoluto, ser identificados com a apelação, pois lhes faltava um elemento fundamental: não eram recursos ordinários, por assim dizer, pois só poderiam ser apresentados quando o Rei se achasse com sua corte na localidade em que residia o litigante (como é cediço, nessa época, a corte real deambulava pelo Reino, sem fixar-se em uma cidade). Além disso, corriam sob o signo da informalidade.¹⁰⁰

Apenas em meados do século XIII é que se tem notícia acerca da instituição da apelação como recurso ordinário cabível contra decisões judiciais. Trata-se de Lei de D. Afonso III, passada em 1254 ou 1261,¹⁰¹ que se acha reproduzida no Livro de Leis e Posturas.¹⁰² Era cabível contra qualquer sentença, fosse definitiva, fosse interlocutória (“Estabelecemos que se alguém quysser apelar da sentença que seia contra el dada definitiva, que intralocutorya qualquer que seia, apele logo”).

Para LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, a instituição da apelação de todas as sentenças demonstrava, de um lado, a clara intenção da Coroa em avançar sobre as justicas particulares e trazer os litigantes para sob sua jurisdição nas causas de direito temporal;¹⁰³ e, de outro lado, a forte influência do direito canônico (que também estruturava seu processo segundo a apelabilidade de todas as sentenças) que, de

⁹⁸ Segundo aponta MARCELLO CAETANO (*História...*, cit., p. 270), esse movimento se inicia efetivamente apenas após a integral formação do território do Reino, com a conquista do Algrave, em 1249.

⁹⁹ A esse respeito, confira-se MARCELLO CAETANO (*História...*, cit., p. 225 ss).

¹⁰⁰ Sobre a distinção das *querimas* e *querimônias* com relação à apelação, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO (*Origem e introdução da apelação no direito lusitano*, cit., p. 79).

¹⁰¹ A propósito tem-se a conhecida polémica entre MARCELLO CAETANO (*História...*, cit., p. 397) e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO (*Ainda a origem e introdução da apelação no direito lusitano, Estudos de história do processo - recursos*, p. 115 ss), se a primeira lei que institui a apelação no direito lusitano teria sido editada nas Cortes de Leiria, em 1254, ou de Coimbra, em 1261; o primeiro decidindo-se pela segunda data, e o segundo pela primeira.

¹⁰² Na p. 95 e repetida, com algumas alterações, nas p. 124 e 216.

¹⁰³ Nesse contexto, é marcante e destacada a importância da Lei de D. Dinis passada das Cortes de Évora, e transcrita parcialmente por AZEVEDO (*Origem e introdução da apelação...*, cit., p. 81).

um modo geral, refletia “a suserania papal sobre o Reino”.¹⁰⁴ E todos os indícios apontam forte e decisivamente para a inafastável preclusividade e peremptoriedade do prazo recursal.¹⁰⁵

À apelabilidade de todas as interlocutórias está necessariamente ligada a irrevogabilidade destas, que, por sua vez, é fruto direto da noção de coisa julgada vigente no direito intermédio. Com efeito, CHIOVENDA¹⁰⁶ leciona que a concepção de *coisa julgada* para o direito comum foi fortemente influenciada pelo direito germânico, o qual “trata como sentença cada decisão de questões, sejam de mérito, sejam processuais”, e estende “o conceito de coisa julgada a cada caso em que restasse preclusa a proponibilidade de uma exceção”. A questão (processual ou substancial) assim resolvida assumia caráter de verdade e definitividade. Nesse ponto, o direito comum distanciou-se sobremaneira do direito romano, em que a *res iudicata* nada mais era do que a *res in iudicium deducta*, após o julgamento.

Todavia, com o passar dos tempos, as apelações proliferaram-se sem controle, levando o Rei D. Afonso IV a editar lei proibindo as apelações contra as interlocutórias simples (*i. e.*, aquelas que não pusessem fim ao feito, exceto as causadoras de dano não passível de reparação pela definitiva).¹⁰⁷ Segundo consta de referido diploma legal, as razões que levaram à proibição da apelação das interlocutórias repousam na excessiva demora dos feitos e no uso malicioso das apelações.

No entanto, essa lei nada dispôs sobre a revogabilidade de tais decisões (como se infere do texto da lei, reproduzida nas Afonsinas, 3.72.4 ss), a indicar que o legislador, apesar de alterar a apelabilidade das sentenças por razões de cunho pragmático, provavelmente continuou, nesse particular, sob a influência do direito germânico, ao qual era estranha a revogabilidade de ofício das interlocutórias.

Apesar da omissão das fontes, aparentemente a prática dos pedidos de reconsideração, sem forma de juízo, acabou generalizando-se, de tal sorte que pouco a pouco passaram a ser admitidos, quebrando-se a tradição do direito lusitano com suas origens germânicas. E, a partir desse momento, a parte interessada, que não via seu pedido de reconsideração acolhido, pedia a extração dos “extormentos de agravo” e das “cartas testemunháveis”. Eram esses meios de impugnação razoavelmente informais, inspirados nas vetustas *querimas* ou *querimônias*, e que não se apresentavam, ainda, como recurso autônomo.¹⁰⁸

¹⁰⁴ AZEVEDO (*Origem e introdução da apelação...*, cit., p. 84).

¹⁰⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 80.

¹⁰⁶ *Principii...*, cit., p. 908, em tradução livre.

¹⁰⁷ MOACYR LOBO DA COSTA (*O agravo no direito lusitano*, cit., p. 149).

¹⁰⁸ A respeito, *idem*, *ibidem*, p. 151.

BUZARD¹⁰⁹ e AZEVEDO¹¹⁰ fazem constatação similar, no sentido de que somente a irrevogabilidade *ex officio* das interlocutórias poderia explicar o surgimento dos “extormentos de agravo” e das “cartas testemunháveis” e, mais tarde, as várias modalidades do recurso de agravo. O estudo das fontes não permite saber a partir de quando tal possibilidade veio a lume; apenas que as Ordenações Afonsinas já a traziam expressamente em seu bojo (Ord. Af., 3.67.2).

As Ordenações Afonsinas inicialmente definem sentença interlocutória em 3.67.pr como “qualquer Sentença, ou Mandado, que o Juiz dá, ou manda em algum feito, ante que dê Sentença definitiva”, e excetuam dessa conceituação a interlocutória com força de definitiva (em Ord. Af., 3.67.1, isto é, aquela que “fizesse fim ao Juízo e ao processo”, ou seja, “assy como se o Juiz julgou que nam procedia o Libello, ou absolveu o Reo da instancia do Juízo, ou nam recebeo o Autor a demanda, ou qualquer caso semelhante”), para, adiante, já trazer como regra geral a possibilidade de as interlocutórias serem revogadas pelo juiz, a requerimento da parte, formulado em até 10 dias após a sua prolação; ou de ofício, a qualquer tempo, antes de proferida a sentença definitiva (Ord. Af., 3.67.2). O mesmo não se aplica às interlocutórias com força de definitivas (Ord. Af., 3.67.1).

Quando não fosse o caso de apelação da sentença interlocutória, e o juiz se recusasse a revogá-la, deveria extrair o “Extormento de agravo” ou a “Carta testemunhável” (Ord. Af., 3.67.5), meios que, como vimos, não estavam estruturados como recursos autônomos.

Aqui há uma pequena incongruência que, a lume da dogmática moderna, chama a atenção do leitor mais atento: se o juiz poderia revogar a interlocutória de ofício, a rigor a parte poderia requerer tal providência a qualquer tempo, não estando sujeita a qualquer preclusão, como sugere a fixação de prazo pelo dispositivo analisado.¹¹¹

De qualquer sorte, a gênese do agravo está em torno da negativa do juiz em revogar sua decisão a pedido da parte, logo após prolatá-la. De fato, apesar da possibilidade de o juiz revogar as interlocutórias a qualquer tempo, de ofício, já naquela época deveriam ser raras as vezes em que o magistrado voltava atrás em algum posicionamento anteriormente esposado, como traço de uma teimosia comum ao espírito humano, e particularmente sensível nos praticantes do ofício jurisdicional. Assim, mantida a decisão, dava-se ensejo ao agravo. Daí por que o juízo de retratação é insito ao regime do agravo que conhecemos hoje.

¹⁰⁹ *Do agravo de petição*, p. 34.

¹¹⁰ *Origem e introdução da apelação...*, cit., p. 85.

¹¹¹ A esse respeito, confirmam-se os itens 8.5.1, 8.5.6 e 8.6 *infra*.

Diante desse quadro (que para nós ainda é bastante atual), a parte ficaria à mercê de uma injustiça, sem qualquer remédio a tutelar-lhe os interesses. O recurso de agravo vem como resposta a essa situação conflitiva.

Assim, podemos dizer que, já nas Ordenações Afonsinas, a revogabilidade das interlocutórias, a qualquer tempo, não impunha, necessariamente, a inexistência completa de preclusão dos poderes das partes em discuti-las, pois, apesar dos recursos processuais previstos com vistas a obter sua revogação pela instância superior, ainda assim permaneciam intactos os poderes de o juiz revê-las de ofício.

Já as sentenças definitivas, regradas pelo Título 69, não poderiam ser revogadas após prolação (Ord. Af., 3.69.4), cabendo, quando muito, esclarecer dúvidas existentes sobre a sentença e acerca da linguagem em que foi redigida. Aliás, coerentemente ao Título 78, em 3.69.4, as Ordenações Afonsinas dispunham ser “nenhuma per direito” a sentença dada contra sentença anterior já proferida no mesmo processo.

As Ordenações Manuelinas e Filipinas mantiveram a revogabilidade das interlocutórias simples, de ofício, a qualquer tempo, antes da definitiva (Ord. Man., 3.48.pr, e Ord. Fil., 3.65.pr), excetuando-se as que tivessem força de definitiva (Ord. Man., 3.48.1, e Ord. Fil., 3.65.1) e as que pudessem logo ser executadas (Ord. Man., 3.48.3, e Ord. Fil., 3.65.2).¹¹² As definitivas continuavam a ser irrevogáveis após lançadas (Ord. Man., 3.50.5, e Ord. Fil., 3.66.6).

Assim, em que pese o notável avanço empreendido no campo recursal, com a estruturação do agravo em suas diversas modalidades, o panorama acerca da preclusão permaneceu inalterado nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, com respeito à compilação afonsina: uma vez proferida a interlocutória simples, o escoamento *in albis* do prazo recursal (apelação ou agravo, conforme o caso) não implicava, por completo, a preclusão da questão decidida, pois, a rigor, permanecia aberta a porta da revogação *ex officio*, antes da definitiva.

Vale destacar, nesse ponto, que a retratabilidade do juiz, no que tange às interlocutórias, achava-se preservada mesmo nas hipóteses em que cabia o recurso de apelação, como deixa claro o legislador em Ord. Man., 3.48.4. Aqui está o germe da disposição contida no art. 529 do CPC pátrio, a propósito do juízo de retratação nos agravos.

¹¹² Figura aqui como exemplo a decisão tomada com fundamento em Ord. Man., 3.21.2, isto é, no momento em que as partes eram reunidas em audiência, após a citação, o juiz poderia (aliás, deveria, como recomenda o proêmio do Título referido) fazer-lhes perguntas: se o réu negasse, nessa oportunidade, estar na posse do bem reclamado pelo autor, e este provasse o contrário, o juiz podia desde logo desapossar o réu.

2.5.8 Notas conclusivas sobre a preclusão no processo civil das Ordenações

Após essa extensa análise, somos forçados a discordar, em alguns pontos, de LIEBMAN, na célebre nota à tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA,¹¹³ que ora merece ser parcialmente transcrita: “No processo brasileiro, a preclusão recebe aplicação ainda maior que no processo italiano, por ser o meio que serve a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si [...], e o princípio da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si. O processo italiano, sob a influência do francês, relegou ambos os princípios, deixando às partes grande liberdade de propor suas razões, e de desenvolver os atos processuais na ordem e no tempo que, vez por vez, preferiam; excepcionais são os casos em que uma ou outra dedução se tenha de propor em determinado momento do processo.”

Impende determo-nos nesse ponto para que essa discordância fique devidamente fundamentada e não soe como ousadia, até porque as notas que LIEBMAN após à tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA são importante marco de evolução da nossa ciência processual (como, aliás, toda a obra do autor), e são recorrentemente lembradas, especialmente quando se trata de analisar o instituto da preclusão.¹¹⁴

LIEBMAN afirma, no artigo *Istituti del diritto comune nel diritto brasiliano*, já aludido, que o processo civil português, após a edição das Ordenações Filipinas (1603), manteve-se em relativo descompasso com o processo praticado no restante da Europa (sobretudo França, Itália e Alemanha),¹¹⁵ e que ventos novos sopraram sobre a Península Ibérica somente após a invasão da Napoleão (1807/1808), com as influências que os Códigos Civil, Comercial e de Processo Civil franceses (vigentes, o primeiro a partir de 1808 e os demais a partir de 1807, respectiva-

¹¹³ CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 323, nota 1 ao § 66).

¹¹⁴ DINAMARCO (no recente artigo *Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira*, *Enrico Tullio Liebman oggi*, p. 39-40) ressalta justamente a importância dessa anotação de LIEBMAN à tradução brasileira da obra de CHIOVENDA.

¹¹⁵ LIEBMAN, demonstrando vastos conhecimentos sobre a história de Portugal, atribui esse estado de letargia a vários fatores: “La piccola nazione aveva prodigato le sue energie nei viaggi, nelle grandi scoperte, nell’opera colonizzatrice; ormai le sue forme migliori sembrano esaurite; e subentra un lungo periodo in cui il Portogallo, quasi pago di quel che aveva fatto, si chiude in se stesso, estraniandosi alle vicende della vita europea, tutto assorbito dai problemi troppo grandi che le immense colonie proponevano ogni giorno alla sua attenzione. Anche l’attività legislativa ora tace: il diritto aveva assunto una forma che sembrava definitiva, fissato nelle Ordenações entro schemi e concetti che risalivano in gran parte alla metà del secolo XV” (*Istituti...*, cit., p. 589-590).

mente) exerceram sobre o direito português.¹¹⁶ Diz ainda que esses ventos não alcançaram o Brasil, que manteve a vigência das Ordenações Filipinas, em alguns assuntos, por mais de três séculos.¹¹⁷

Daí concluiu LIEBMAN que nosso processo, vigente ao tempo em que anotou a obra de CHIOVENDA (Código de Processo Civil de 1939), apresentava vários resquícios do direito comum,¹¹⁸ dentre os quais o mais importante seria o *princípio da eventualidade* e o *sistema rígido de preclusões*.¹¹⁹

Entretanto, como vimos acima, já ao tempo das Ordenações Afonsinas (1446), o processo civil português distanciava-se do direito comum praticado na Itália, Áustria e Alemanha, quanto ao regime de preclusões, seja quanto à instituição do

¹¹⁶ “Invasione francese portò in tutte le nazioni un soffio di vita nuova e di nuove idee, interrompendo tra l'altro la normale evoluzione delle istituzioni giuridiche vigenti nei vari paesi. I codici napoleonici che raccoglievano i risultati della più volte secolare e profondamente originale attività reformatrice della monarchia e della giurisprudenza francese, sostituirono i complicati ordinamenti giuridici delle singole nazioni, e, quel che più conta, tolsero di mezzo l'augusto edificio del diritto comune” (Istituti..., cit., p. 590).

¹¹⁷ “Le Ordinazioni filippine, già in vigore da oltre due secoli, rimasero al loro posto, anche dopo che il Brasile era divenuto la sede della monarchia portoghese, anche dopo che si staccò dalla madre patria, proclamando la sua indipendenza (1822). Solo lentamente e un poco per volta esse vennero sostituite da leggi nuove. Le Ordinazioni rimasero dunque in vigore per un tempo eccessivamente lungo [...]” (Istituti..., cit., p. 591). O autor ainda anota que Regulamento 737 foi promulgado em 1850 para regular apenas o *processo comercial*, de tal sorte que as Ordenações Filipinas vigoraram para o *processo civil* e subsidiariamente para o próprio comercial, com esparsas leis que as alteraram, até 1890 (portanto, após a Proclamação da República), quando a aplicação do Regulamento foi estendida também para as causas civis. Isso sem falar no Código Civil, que derogou algumas normas filipinas ainda vigentes somente em 1916.

¹¹⁸ “Una caratteristica importante dalla loro formazione storica che forse più di ogni altra contribuisce a dare al diritto privato e processuale brasiliano i suoi connotati distintivi e a formare la sua individualità storico-comparata, è il fatto che la sua evoluzione interna si è svolta ininterrotta dal secolo XV, cioè dall'epoca della recezione del diritto romano comune nelle Ordenações do Reino, senza più allontanarsi profondamente dalla configurazione acquistata in quel momento e risentendo scarsamente l'influenza di fattori estranei. In particolare il diritto francese, d'importanza preponderante nella formazione dei moderni diritto europei, non ha invece esteso la sua influenza sul diritto brasiliano, il quale è perciò rimasto più attaccato alla sua lontana origine ed ha potuto conservare, più o meno intatti, numerosi istituti del diritto comune che non son ormai in Europa, se non dei ricordi storici” (Istituti..., cit., p. 592). LIEBMAN cita como exemplos a previsão de *exceções dilatórias*, a *apelação do terceiro prejudicado* e a dicotomia da ação de execução de sentença e de documentos particulares (a qual caiu, como sabemos, no Código de 1973) etc.

¹¹⁹ Como ficou claro na já citada nota às *Instituições* de CHIOVENDA e COMO surge, de forma menos clara, também no texto já amplamente referido (Istituti..., cit., p. 595): “La ‘petição inicial’ é diretta al giudice, e in essa deve farsi l'esposizione dei fatti, l'indicazione delle prove e la formulazione delle conclusioni; e infine chiedersi al giudice che ordina la citazione del convenuto (art. 158 c.p.c.); Con la domanda devono esibirsi i documenti”; e p. 597: “Il convenuto, citato regolarmente, ha dieci giorni per presentare la sua risposta; ma entro i primi tre giorni potrà opporre congiuntamente le eccezioni sudette, che dovranno essere giudicate immediatamente. Ogni altra questione, anche processuale, si considera ‘materia di difesa’ e dovrà essere trattata nella risposta”.

princípio da eventualidade,¹²⁰ seja quanto à organização do procedimento em fases fechadas. Aliás, na mesma esteira, o processo das *Siete Partidas*, que viera a lume dois séculos antes da referida Ordenação Portuguesa (e que sobre ela exerceu notória influência), também previa um regime elástico de preclusões, especialmente para que as partes articulassem ataque e defesa.¹²¹

Quanto ao primeiro aspecto, o processo civil aplicado no centro da Europa, na Baixa Idade Média, em geral previa a obrigatoriedade de o autor e de o réu deduzirem de uma só vez os meios de ataque e de defesa,¹²² para que se celebrasse a *litis contestatio* e se estabilizasse o objeto do litígio;¹²³ de sua parte, ao contrário, o regime procedimental previsto pelas Ordenações do Reino português era decididamente flexível.

O autor, de seu lado, tinha liberdade quase ilimitada de alterar o objeto litigioso do processo.¹²⁴ E também para o réu havia certa liberdade de propor sua matéria de defesa: além de não ser obrigado a concentrá-la de uma só vez, apenas as *exceções dilatórias*, cujo rol é relativamente estreito, estavam sujeitas à preclusão se não argüidas no momento procedimental reservado pela lei. Para as demais *exceções (peremptórias)*, vigia ampla liberdade para alegá-las, inclusive se o juiz já as houvesse rejeitado, e, em alguns casos, mesmo após a sentença, pelo instituto, genuinamente lusitano, dos *embargos*.¹²⁵ Rigorosamente, *não havia eventualidade alguma na dedução das matérias defensivas*.¹²⁶

¹²⁰ Cuja origem remonta é o processo comum alemão, como afirmam vários estudiosos, dentre os quais, com amplo apoio bibliográfico, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 29 e 173) anota ser o processo civil comum alemão o “campeão da eventualidade”.

¹²¹ Vide item 2.5.3, *supra*.

¹²² “Per tornare alle due leggi straniere che ebbero qui vigore, dirò che il processo comune tedesco da cui derivò il regolamento generale austriaco del 1781, non aveva nulla da invidiare al processo comune italiano, di cui a sua volta era una derivazione. Esclusa completamente l'oralità e ogni contatto immediato fra giudice e parti; il processo dominato dal potere dispositivo delle parti; mantenuti gli stadii processuali, per la risposta, la replica, la duplice, la triplice, la quadruplica, dovendo però il convenuto produrre tutte le sua eccezioni contemporaneamente, e l'attore, non potendo dedurre nella replica nuove circostanze e prove, se non per confutare la produzione del convenuto, e così questi nella duplice e via dicendo (princípio di preclusione). Ciò costringeva le parti a condensare nel primo scritto tutte le possibili loro eccezioni e deduzioni, anche contraddittorie tra loro, l'una per l'evento, l'altra fosse respinta (princípio della eventualità)” (CHIOVENDA, Sulla influenza delle idee romane, cit., p. 116).

¹²³ Cf. anota CAPITELLI (Processo civile (diritto intermedio), *Enciclopedia del diritto*. v. 36, p. 99).

¹²⁴ Cf. item 2.5.3, *supra*.

¹²⁵ Cf. item 2.5.4, *supra*.

¹²⁶ Afirmando a inexistência do princípio da eventualidade nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, p. 49 e 51).

Quanto ao segundo aspecto suscitado por LIEBMAN (procedimento estruturado em fases estanques), a exaustiva análise do procedimento das três Ordenações permite concluir, sem dúvidas, que, a despeito do avanço empreendido no século e meio que separa a edição das Ordenações Afonsinas e das Filipinas, as preclusões eram raras, especialmente porque a maioria dos prazos era dilatória, isto é, permitia ao juiz renová-los às partes, sem qualquer risco de perecimento do direito ou faculdade atinente à prática de atos processuais.

Ademais, o estudo da evolução do recurso do agravo feito acima¹²⁷ conduz à conclusão de que a *preclusão* das questões incidentais só se verificou até as Ordenações Afonsinas, pois, a partir desse monumento legislativo, já havia norma expressa autorizando o juiz a revogar decisões interlocutórias de ofício a qualquer momento até a sentença.

Assim, apesar de dividido o procedimento em fases, não se pode considerar, em absoluto, que eram elas fechadas, seja porque o réu podia, com ampla liberdade, purgar a revelia (exceto nas Filipinas), seja porque os prazos podiam ser renovados várias vezes às partes, seja porque questões incidentais poderiam ser novamente decididas pela via dos *embargos* etc.

Enfim, sentimo-nos seguros para afirmar que, se o processo civil brasileiro do século XX assumiu caráter preclusivo rígido, certamente não foi por influência das Ordenações, ao contrário do que afirma a generalidade da doutrina brasileira, sempre invocando a lição de LIEBMAN.¹²⁸

Não podemos negar que as raízes do processo civil brasileiro estão nas Ordenações do Reino Português, mas o procedimento de todo flexível delas derivado certamente não influenciou nosso processo, que, apenas a partir de 1939, como veremos,¹²⁹ tornou-se preclusivo e regrado pelo princípio da eventualidade (e mesmo assim em medida inferior ao do processo atual) e, somente a partir de 1973, passou a ter preclusão sobre a maioria de decisões interlocutórias.

Por isso, entendemos que, dessa vez, LIEBMAN se enganou em sua análise sobre a origem dos processos lusitano e brasileiro e a doutrina pátria, ao citá-lo sem fazer reservas ou maiores questionamentos, perfilha o mesmo equívoco.

¹²⁷ Cf. item 2.5.7, *supra*.

¹²⁸ V. g., EVERARDO DE SOUZA (Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil, *Revista Forense*, n. 251, p. 109); PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 112); MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão (processo civil), *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, p. 149); MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 78), dentre vários outros.

¹²⁹ Cf. item 2.8, *infra*.

2.6 Regulamento 737 e legislação processual do fim do Império

Como se sabe, as Ordenações Filipinas continuaram vigendo no Brasil, mesmo depois da proclamação da independência (1822) e da primeira Constituição do Império (1824), mas passaram a ser, ao longo do tempo, derogadas parcialmente.

No campo do processo, a primeira e mais importante lei processual, sem dúvida, foi o chamado Regulamento 737, editado em 1850 subseqüentemente à promulgação do Código Comercial e destinado justamente à regulação do processo em matéria comercial, estabelecendo normas especiais que não dispensavam a aplicação subsidiária do processo civil (previsto nas Ordenações Filipinas), como deixava bem claro o seu art. 743.

Outro importante marco legislativo da época é a Consolidação das Leis de Processo Civil, elaborada pelo CONSELHEIRO RIBAS e aprovada em 1876. Esse diploma congregava leis esparsas que modificaram a legislação processual filipina em matéria civil, mas sua vigência foi curta, pois, logo após a Proclamação da República, por força do Decreto 763, de 1890, passou-se a aplicar o Regulamento 737 a todas as causas, civis e comerciais.¹³⁰ Portanto, de fato o regramento processual que desperta maior interesse é o Regulamento 737.

Apesar de o Regulamento 737 ter sido redigido com técnica processual muito mais apurada e ter instituído normas que simplificavam e agilizavam o processo instituído pelas Ordenações Filipinas,¹³¹ hoje em dia os estudiosos costumam referir-se a ele como um diploma obsoleto já para sua época,¹³² não conseguindo representar um salto de modernidade nem sequer comparável àquele resultante do Código de Processo Civil francês, de 1807.

Todavia, em um ponto sentimos uma alteração de relevo: na instituição de regra que impunha a concentração (ainda que limitada) da matéria de defesa na contestação. Como dizem os arts. 74 e 75 daquele decreto, *todas as exceções deveriam ser alegadas, conjuntamente, na contestação, exceto as de suspeição, incompe-*

¹³⁰ Note-se que também na Espanha conheceu-se fenômeno similar, isto é, o processo aplicável às causas mercantis sofreu, primeiramente, modificações para atender às exigências de agilidade inerentes ao comércio e, depois, essas inovações foram também incorporadas pelo processo aplicável às causas civis (cf. MONTERO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 35 ss).

¹³¹ "Alterações essas de simplificação e economia para o movimento judiciário das causas comerciais, que não assentam nas causas civis" (PAULA BAPTISTA, *Teoria e prática do processo civil e comercial*, p. 86). Cumpre anotar que a edição consultada é a 3.^a, já posterior à Lei de Reforma Judiciária 2.033, de 20.09.1871, e o Regulamento 4.824, de 22.09.1871.

¹³² Cf., dentre outros, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 130). Contra, afirmando que o diploma estava afinado com a legislação européia de então, e que não se mostrava a ela atrasado, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 33).

tência, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.¹³³ Como bem aponta PAULA BAPTISTA, o intuito do legislador com essa novidade foi, sem dúvida, abreviar os processos.¹³⁴

Apesar da inovação, as normas referidas não poderiam representar melhora na agilidade do processo, já que permaneceram em pleno vigor as disposições das Ordenações que autorizavam a alegação das exceções peremptórias mesmo depois da sentença. A isso equivale dizer que, apesar de haver concentração da defesa na contestação, havia a incidência mitigada do princípio da eventualidade, haja vista que a preclusão era restrita apenas a algumas matérias.¹³⁵

Ainda assim, aqui se pode identificar o antecedente mais remoto do princípio da eventualidade existente em nosso sistema processual civil.

Afora essa alteração – que, se na prática não representava mais agilidade aos processos, em teoria mostra um passo importante em direção à instituição do princípio da eventualidade –, todas as outras foram de menor importância e, no que toca à preclusão dirigida aos poderes das partes, nada de novo foi trazido. Aliás, continuava imperando a norma filipina que sintetiza a maior negação do princípio da preclusão, que é justamente aquela pela qual as partes podiam pedir, por até três vezes, dilações de prazos (Ord. Fil., 3.54.1).

Por fim, cumpre anotar que, à falta de disposição contrária específica do Regulamento 737 e da Consolidação do Conselheiro Ribas, permanecia vigente a norma filipina que previa que as interlocutórias não eram cobertas pela coisa julgada,¹³⁶ de tal maneira que ao juiz era facultado rever as decisões interlocutórias a qualquer tempo. Enfim, apesar dos avanços, a legislação processual imperial alterou muito pouco aquilo que vinha previsto nas Ordenações.¹³⁷

¹³³ Não bastasse isso, o próprio procedimento de alegação, debate e decisão dessas exceções separadamente apresentadas foi sensivelmente alterado (arts. 78 e 79), comparando-o ao que vigia nas Ordenações. Para as causas cíveis, a ordem em que deviam ser apresentadas as exceções (sob pena de preclusão) permanecia tal como as Ordenações previam (item 2.5.3 *supra*).

¹³⁴ “Como o direito do réu pode ter por fim adiar somente o exercício do direito do autor, por não haver este satisfeito certas condições legais, daí veio para a prática a divisão das exceções em peremptórias e dilatórias, cumprindo-nos dizer que, para abreviar as demandas, pode a lei em certos casos mandar alegar as exceções na contestação, para que sejam conjuntamente discutidas, provadas e decididas por uma só e mesma sentença [...]” (*Teoria e prática do processo civil e comercial*, p. 86).

¹³⁵ GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 53) observa ainda a circunstância de ter sido mantida a possibilidade de negativas gerais (arts. 101 e 102) e a possibilidade franqueada às partes de emendar suas manifestações anteriores em réplicas ou trélicas.

¹³⁶ Cf. PAULA BAPTISTA (*Teoria e prática...*, cit., p. 132).

¹³⁷ Afirmando justamente esse condicionamento, vem CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 215 ss).

2.7 Códigos estaduais

Não há muito que falar a respeito dos Códigos estaduais, pois, no geral, não representaram um grande salto evolutivo em relação à legislação processual anterior (isto é, as Ordenações Filipinas e o Regulamento 737), foram redigidos em sua maioria com discutível rigor científico e terminológico¹³⁸ e vigoraram por pouco tempo, de maneira que não se pode identificar uma jurisprudência minimamente madura quanto ao trato de tais diplomas.

Costuma-se apenas destacar os Códigos de São Paulo e da Bahia como os diplomas processuais mais bem acabados da época,¹³⁹ mas se colhem, aqui e ali, inovações de maior ou menor repercussão que, depois, vieram a ser introduzidas no primeiro Código Processual nacional brasileiro, editado em 1939.

Realmente, no que concerne à preclusão incidente sobre os poderes das partes, destaca-se que boa parte dos Códigos estaduais já previa a necessidade de o autor expor em sua inicial os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, bem como nela formular o pedido de provas a serem produzidas.¹⁴⁰ Alguns desses diplomas, contudo, não conseguiram se libertar inteiramente do peso da tradição e autorizavam que a petição inicial contivesse apenas o nome das partes e a menção ao objeto do processo, relegando-se ao *libelo*, apresentado na primeira audiência, após a citação, o papel de delimitar o pedido e seus fundamentos.¹⁴¹

Para o réu, igualmente, vinha previsto o ônus de apresentar, conjuntamente, todos os fatos e fundamentos com que resistia à pretensão do autor, em geral já indicando as provas que pretendia produzir.¹⁴²

¹³⁸ Como destaca, por exemplo, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 44).

¹³⁹ Cf. DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 40).

¹⁴⁰ Vide, v. g., Código de Processo Civil de Minas Gerais (1922) em seu art. 48; Código de Processo da Bahia (1915) em seu art. 70; e Código de Processo Civil do Distrito Federal (1924), em seus arts. 105 e 106; o do Paraná, em seu art. 242. Na maioria desses exemplos, a pena pelo descumprimento das prescrições acerca do conteúdo da peça inicial era o seu *indeferimento*.

¹⁴¹ Assim previam o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo (1930), em seu art. 207, e o Código Judiciário da Santa Catarina (1928), em seu art. 594. Contudo, é de fazer menção à lição de JORGE AMERICANO (*Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, v. 1, p. 652) no sentido de que o autor, ao apresentar o libelo, deveria se ater ao que constara da petição inicial (o que, como vimos, não se verificava sob a égide das Ordenações lusitanas).

¹⁴² CPC/MG, art. 49; CPC/BA, art. 118; CPC/PR, art. 272; CPC/SC, art. 606; CPC/RS, art. 337; e CPC/SE art. 249.

E para ambas as partes havia, em vários Códigos, a exigência de juntada de documentos logo na peça inicial e contestação, salvo hipóteses como a de documento em poder de outrem (inclusive da parte contrária).¹⁴³

Não há dúvidas de que, com tais dispositivos, os Códigos estaduais já sinalizavam a adoção do princípio da eventualidade, ainda que apenas alguns previssem, expressamente, a impossibilidade de o autor modificar o pedido inicial a partir de determinado momento,¹⁴⁴ e que nenhum estendesse semelhante impedimento ao réu e aos seus poderes na formulação da contestação¹⁴⁵ (mesmo porque vários Códigos, a exemplo da legislação anterior, permitiam a contestação por *negativa geral*).¹⁴⁶

Ademais, em alguns desses diplomas estaduais, as normas que impunham a concentração dos meios de ataque e de defesa vinham atenuadas pela permissão de dilação de prazos (que marcava, como vimos, tanto o regime das Ordenações como do Regulamento 737), o que, evidentemente, demonstra que o regime preclusivo para as partes não era, sempre, rígido.¹⁴⁷

¹⁴³ CPC/MG, arts. 48 e 49; CPC/BA, arts. 71 e 292 (que estabelecia várias regras para admissibilidade de “documentos tardios”); CPC/PR, art. 244; CPC/SC, art. 595, e CPC/SP, art. 208.

¹⁴⁴ Como o CPC/BA, art. 72; o CPC/DF, art. 113; CPC/PR, art. 248. Em todos esses exemplos, após ter sido “acusada a citação” (isto é, depois de comparecidas as partes à primeira audiência), eram permitidos apenas “simples aditamentos” que não alterassem a “essência” ou “substância” do pedido e da causa de pedir (o que, como ensina EDUARDO ESPÍNOLA, em *Código de Processo do Estado da Bahia anotado*, p. 427-428, nota 112, se revela uma faculdade bastante restrita). O art. 209 do Código de São Paulo foi redigido de forma pouquíssimo clara, sobretudo porque dizia que a petição inicial poderia ser modificada até a propositura da ação, o que é um contra-senso. A doutrina que comentou o Código paulista costuma interpretar esse dispositivo de modo semelhante aos equivalentes contidos nos Códigos baiano e paranaense. Ou seja, até a audiência prévia, *simples aditamentos* seriam tolerados, esses entendidos, segundo CÂMARA LEAL (*Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, v. 1, p. 557), como aqueles que mantivessem inalterados os principais elementos da petição inicial: pedido, causa de pedir e partes. JORGE AMERICANO (*Comentários...*, cit., v. 1, p. 775) observa que, após a apresentação de contestação pelo réu, operar-se-ia *tacitamente* (à falta de menção expressa no Código) a *litiscontestação*, que marcaria a definitiva fixação do objeto litigioso do processo.

¹⁴⁵ Como veremos, o Código de Processo Civil nacional de 1939 também silenciou quanto ao impedimento de autor e réu aditarem sua inicial e contestação após apresentadas, mas a doutrina da época costumava enxergá-lo implícito no sistema (vide item 2.10, *infra*).

¹⁴⁶ Veja, por exemplo, CPC/SC, art. 608. Vale notar, ainda, o dispositivo do art. 341 do Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul, que determinava fosse a causa “remetida à prova” mesmo se o réu não contestasse, o que revela o caráter de liberdade de que gozava o réu, que não se sujeitava à preclusão no tocante ao ato mais importante que se lhe reserva no processo.

¹⁴⁷ A possibilidade de dilação de prazos era prevista, por exemplo, no CPC/PR, art. 100, mas negada no CPC/MG, art. 149, no CPC/SP (arts. 163 e 164) e no CPC/SC, arts. 670 a 673 (aliás, esse diploma, em seu art. 674, prevê que o efeito do decurso do tempo, para as partes, dava-se independentemente de qualquer ato do juiz e sem maiores formalidades, o que representa um avanço significativo, a que sequer o Código de Processo Civil de 1939 chegou).

De resto, a influência das Ordenações continua a se fazer sentir, seja nas normas que permitiam autor e réu purgarem a sua contumácia (mesmo que, em alguns Códigos, de forma mais estrita do que nas Ordenações),¹⁴⁸ seja na distinção entre exceções e contestação (e na força da maioria das primeiras para obstar o seguimento do feito).¹⁴⁹

No tocante à estabilização das decisões tomadas no curso do processo, nota-se uma discrepância de tratamento entre os Códigos. Alguns, ligados à legislação anterior, mantiveram a disposição que permitia a revogabilidade, *ex officio* e até o proferimento da sentença definitiva, das decisões interlocutórias simples (que não punham fim ao processo).¹⁵⁰ Outros silenciaram a respeito,¹⁵¹ tal como ocorreu na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Todavia, a julgar pela instituição de um rol taxativo de decisões, das quais cabia o recurso de agravo, e a julgar pela manutenção da normativa do juízo de retratação em algumas modalidades de agravo (especialmente o de instrumento),¹⁵² é de supor que as decisões irrecorríveis poderiam ser revogadas ou modificadas de ofício pelo juiz (essa foi, como se verá, a interpretação que prevaleceu sob a vigência do Código de Processo Civil nacional de 1939).

Para finalizar, merecem destaque, por sua singularidade, as disposições constantes do art. 146 do Código mineiro (de 1922) e do art. 174 do Código paulista (de 1930), que determinavam que, se o juiz não se ativesse a uma série de prazos para realização de seus atos, cessaria sua competência, com a conseqüente remessa dos autos ao substituto legal. Tratava-se, nas palavras do comentador do diploma

¹⁴⁸ CPC/MG, art. 130; CPC/DF, arts. 94 e 95, e CPC/PR, arts. 73 a 76, por exemplo.

¹⁴⁹ Vide, como exemplo, CPC/BA, arts. 102 a 118, CPC/DF, art. 138 ss, e CPC/RS, art. 163 ss. Merece destaque, aqui, o Código Judiciário de Santa Catarina, que reduziu o número de exceções a duas apenas (incompetência e suspeição), ou seja, um número bastante inferior àquele previsto nos demais diplomas estaduais (que em alguns casos previam sete tipos de exceções, a maioria suspendendo o curso do processo) e menor até que o previsto nos Códigos de Processo Civil nacionais de 1939 e 1973.

¹⁵⁰ Assim previam o CPC/MG, art. 160; o CPC/PR, art. 240 (o qual, contudo, limitava essa possibilidade a *uma única vez*). Curioso é observar que ambos os exemplos citados (CPC/MG, art. 160, § 1º e 2º, e CPC/PR, art. 240, §§ 1º e 2º) distinguiam claramente o poder do juiz em revogar ou modificar as interlocutórias simples de ofício e a possibilidade das partes em requerer essa revogação (que se esgotava para o interessado em 10 dias, após o que o pedido de revogação ou modificação da decisão só poderia ocorrer por consenso das partes). Tais dispositivos chamam a atenção por duas razões: primeiro, porque distinguem claramente poder do juiz e poder das partes em relação à estabilização das decisões interlocutórias (conforme voltaremos a tratar nos Capítulos 5 e 9, *infra*); segundo, porque acabam por revelar o caráter privatista do processo, ao permitirem que o consenso das partes derrogue decisão interlocutória.

¹⁵¹ CPC/BA, CPC/DF, CPC/SC, CPC/RS e CPC/SP, por exemplo.

¹⁵² CPC/BA, art. 1.301; CPC/DF, art. 1.138; CPC/SC, art. 1.905, § 2º, CPC/RS, art. 1.013 e CPC/SP, art. 1.098, por exemplo.

de Minas Gerais, MANOEL LAGOIRO,¹⁵³ de uma medida de aceleração do processo. Vê-se, portanto, que, sob a égide desses diplomas, o juiz estava, sim, sujeito a prazos próprios, diferentemente do que sucede hoje (vide item 6.3, *infra*).

2.8 Código de Processo Civil de 1939

Pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 1939, apesar de várias críticas, representou um grande avanço científico em relação à legislação anterior.

Naquilo que concerne à preclusão dirigida aos poderes das partes, aqui finalmente surge o *princípio da eventualidade*,¹⁵⁴ embora ainda sem todos os contornos que o denotam atualmente.

Primeiramente, quanto ao autor, releva destacar que o art. 157 daquele diploma ditava a exata mesma regra do art. 294 do atual, em sua redação original (antes da Lei 8.178/1993), ou seja, que, se o autor houvesse omitido determinado pedido, só poderia deduzi-lo por meio de demanda autônoma. E a norma vinha complementada pelos arts. 158 e 181 do Código, o primeiro dispondo os requisitos da petição inicial e o segundo dispondo que, após a apresentação da contestação, não poderia mais o autor aditar o pedido ou causa de pedir, exceto se houvesse consentimento do réu.

Para o réu, punha-se a necessidade de apresentar as *exceções instrumentais* – que eram quatro: *suspeição, incompetência, coisa julgada e litispendência* – antes da contestação, sob pena de preclusão.¹⁵⁵ Mas a disciplina daquele diploma ainda não contemplava expressamente o ônus da impugnação especificada dos fatos,¹⁵⁶ tampouco nada dispunha acerca da exigência de que toda a matéria de defesa fosse conjuntamente articulada, sob pena de preclusão,¹⁵⁷ ou sobre a possibilidade

¹⁵³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 199.

¹⁵⁴ Afirmando também que o princípio da eventualidade foi acolhido apenas no Código de Processo Civil de 1939, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 54).

¹⁵⁵ Muito embora se entendesse que a ausência de apresentação da exceção de coisa julgada ou de litispendência não impedia a parte de suscitar tais questões depois, por se tratar de matérias que o juiz poderia até mesmo conhecer de ofício (PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 217-218).

¹⁵⁶ Entretanto, a doutrina entendia que esse ônus estaria implícito, inclusive em homenagem ao art. 209 do CPC então vigente (cf., v. g., GABRIEL REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 166).

¹⁵⁷ A doutrina, contudo, reputava existente no sistema o *princípio da eventualidade*, analisando em seu conjunto os arts. 158, 180 e 181 do CPC de 1939 (cf. CELSO AGRÍCOLA BARBI, Da preclusão no processo civil, *Revista Forense*, nº 158, p. 61).

ou não de *emenda* à contestação, nem muito menos tratava do ônus de requerer as provas que pretendia produzir.¹⁵⁸

No que se refere à preclusão sobre questões incidentais, o Código deixava muitas dúvidas, sobretudo porque não trouxe nenhuma definição do instituto da coisa julgada. Com efeito, MACHADO GUIMARÃES¹⁵⁹ aponta que a única menção expressa ao instituto era feita no art. 288¹⁶⁰ (e mesmo assim para excluir sua aplicação), e que os arts. 287¹⁶¹ e 290¹⁶² dispunham, ambos, sobre os efeitos da sentença de mérito. Na mesma esteira, e como parece óbvio, o diploma processual de 1939 também não se dignou a fazer referência ao instituto da preclusão.

Seja como for, sempre que se enfocou a preclusão sobre questões incidentais, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, partiu-se do art. 288 do CPC.

Esse dispositivo chegou a ser reputado inócuo por LUIZ EULÁLIO BUENO VIDIGAL, pois a seu ver o seu comando seria óbvio e implícito no sistema.¹⁶³

Mas, de qualquer sorte, uma leitura mais restritiva da norma não implicaria que qualquer interlocutória pudesse ser modificada ou revogada a qualquer tempo pelo juiz (de ofício ou a requerimento da parte). Com efeito, de acordo com essa norma, essas decisões não poderiam ser cobertas pela coisa julgada, mas isso necessariamente não faz com que elas não possam se tornar estáveis no curso do processo, e dentro de seus limites (isto é, serem cobertas por simples *preclusão*). É exatamente sobre esse fato a arguta constatação de GABRIEL REZENDE FILHO: “Não se infira, da leitura desse dispositivo, que as sentenças interlocutórias possam ser sempre reformadas ou reconsideradas. É que a lei estabelece o sistema de preclusões.”¹⁶⁴

A norma em tela não levava em conta esses dois níveis, por assim dizer, de imunização de efeitos das decisões (a simples preclusão e a coisa julgada), a qual

¹⁵⁸ Mas tal exigência era reputada necessária pela doutrina (cf., v. g., PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 219).

¹⁵⁹ *Estudos de direito processual civil*, p. 17.

¹⁶⁰ “Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios, e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.”

¹⁶¹ “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões resolvidas.”

¹⁶² “Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.”

¹⁶³ Em texto não publicado, p. 79-81, referido por CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 270).

¹⁶⁴ *Curso...*, cit., v. 3, p. 62, destacado no original.

já vinha sendo afirmada por CHIOVENDA, em vários ensaios publicados muito antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939.¹⁶⁵

A identificação de quais interlocutórias, ainda que não cobertas pela coisa julgada, poderiam se tornar imutáveis no curso do processo foi fruto de elaboração doutrinária havida durante a vigência do Código de 1939. Para ela, foi fundamental a contribuição de LIEBMAN,¹⁶⁶ que leciona: “quando uma decisão interlocutória está sujeita a recurso, e, se este não se propõe no prazo, preclui-se qualquer discussão sobre o ponto decidido”.¹⁶⁷

Assim, segundo o autor, quando não cabe recurso, não há preclusão, de tal maneira que as decisões podem ser revogadas a qualquer tempo pelo juiz: “Todos os despachos interlocutórios, que não se incluem nas categorias das mencionadas disposições de lei, são irrecorríveis. Em compensação, são passíveis de modificação pelo próprio juiz que as proferiu, *ex officio*, ou a requerimento da parte interessada. É o que, em forma tecnicamente imperfeita, quer significar a disposição do art. 288 Cód. Proc. Civ.”. De forma geral, essa opinião era sufragada pela doutrina majoritária.¹⁶⁸

Seja como for, parece claro que, independentemente da corrente que se adotasse, o sistema processual pátrio passou a se pautar sobre bases mais rígidas do que na legislação precedente, sobretudo aquela contida nas Ordenações, haja vista que naqueles monumentos legislativos vinha previsto que *todas* as interlocutórias simples (*i. e.*, que não punham fim ao processo) eram modificáveis a qualquer tempo pelo juiz (Ord. Af., 3.67.2; Ord. Man., 3.48.1, e Ord. Fil., 3.65.pr.).

Isso se deve a dois elementos, quais sejam, a estipulação de um rol razoavelmente vasto de casos em que cabiam o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo e a sedimentação doutrinária da concepção de que, nesses casos, a omissão da parte interessada em agravar produziria a imutabilidade da decisão.

¹⁶⁵ A propósito desses estudos, vide item 4.1, *infra*.

¹⁶⁶ Em CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 324, nota 1).

¹⁶⁷ Note-se que o processualista italiano, em franca homenagem à obra de CHIOVENDA, cuja tradução para o português foi por ele anotada, refere-se à *preclusão*, reconhecendo que esse fenômeno não se confunde com aquele da coisa julgada (que, para a espécie, era vedado pelo art. 288 do referido *codex*).

¹⁶⁸ Assim, PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 424): “aliás, o princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios supõe um outro princípio: o da revogabilidade dos despachos que resolvem as chamadas questões incidentes no processo. Esses despachos carecem de eficácia preclusiva e podem, por isso mesmo, ser revogados pelo próprio juiz que os haja proferido, *ex officio* ou à vista da impugnação da parte interessada”. Ainda sob a vigência daquele diploma, CELSO BARBI (*Da preclusão...*, cit., p. 65), e já sob a égide do Código de Processo Civil atual, mas no mesmo sentido em que comentara o diploma de 1939, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 191). Contra, JORGE AMERICANO defendia que toda interlocutória fosse imune à revogação ou modificação (*Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 1, p. 446).

Assim, é aqui que o processo civil brasileiro rompe com suas tradições e passa a se conformar sobre bases rígidas no que toca às questões incidentais, o que vem a se acentuar ainda mais com o diploma de 1973, como se verá.

Só isso justifica que, depois de algum tempo de vigência do Código de Processo Civil de 1939, vieram a lume alguns estudos que defendiam a atenuação do rigor preclusivo sobre algumas questões. Pouco a pouco passou a se entender que a decisão declaratória do saneamento do processo, embora encartada entre os decisórios sujeitos a agravo no auto do processo (inciso IV, primeira parte, do art. 851 do CPC/1939), não geraria eficácia preclusiva quanto à declaração de existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, mesmo se irrecorrida (alguns afirmavam que essa eficácia preclusiva era absoluta, como GALENÃO LACERDA,¹⁶⁹ e outros defendiam a preclusividade apenas para o juiz prolator do saneador, mas não para as instâncias superiores, como LIEBMAN).¹⁷⁰ Como se verá adiante,¹⁷¹ essa concepção influenciou bastante os estudos realizados sobre o Código de 1973 (e, por que não dizer, provavelmente deve ter influenciado até mesmo o relator do seu Anteprojeto).

Com essas considerações, podemos afirmar que, finalmente no CPC de 1939, é que o processo civil brasileiro começou a se conformar como *rígido* quanto ao regime de preclusões.

¹⁶⁹ *Despacho saneador*, p. 57 e 167-169.

¹⁷⁰ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 86.

¹⁷¹ Item 8.5.1, *infra*.

3

Perfis da Preclusão em Sistemas Processuais Estrangeiros

Não se trata, neste capítulo, de uma abordagem de *direito comparado*, simplesmente porque a tônica aqui é meramente descritiva, não comparativa. No entanto, em quase todos os capítulos seguintes virão remissões a ordenamentos aqui analisados (aí sim fazendo um estudo de *direito comparado* propriamente dito).

Todavia, esse panorama pode enriquecer as premissas das quais partimos, sobretudo a de que: *todo sistema processual deve, em alguma medida, restringir a atividade das partes e limitar a revisão das decisões incidentais.*

3.1 Direito francês

O ponto de partida para estudo do processo civil francês não pode ser outro senão o Código de Processo Civil napoleônico, de 1807.

A ideologia liberal que o inspirou se revela, antes de tudo, na simplicidade com que foi redigido. Além disso, o garantismo individual que marca essa corrente ideológica se traduz na publicidade do processo e na ampla liberdade das partes na formulação de seus pedidos e defesas e na produção da prova. Exatamente por isso já se vê serem raras as preclusões dirigidas às partes.¹

Aliás, mesmo nos casos (raros) em que o Código estipulava um termo peremptório em que o ato deveria ser cumprido, sob pena de decadência,² o juiz só

¹ Assim, CHIOVENDA (*Sulla influenza delle idee romane*, cit., p. 117 ss).

² Como o caso das exceções, que deveriam ser apresentadas antes da defesa, conforme o art. 186 (a propósito, confira-se EVERARDO DE SOUZA, *Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil*, cit., p. 107).

a pronunciaria a pedido da parte adversa. E nem se cogitava de preclusões implícitas, já que se tinha a idéia de que a preclusão seria uma sanção, e que *nulla poena sine lege*.³

Esse diploma foi objeto de inúmeras reformas legislativas nos séculos XIX e XX, até que foi substituído por um novo *Code de Procédure Civile* editado em 1975.

No tocante à preclusão dirigida ao poder das partes, ainda prevalece, em certa medida, um regime de liberdade. Indicativo disso se encontra no art. 72, que rege os poderes do réu em apresentar suas *defesas de mérito* (ou "défenses au fond") e prevê sejam elas opostas em qualquer etapa do processo. Igualmente se denota a liberdade dada aos litigantes nos dispositivos relativos à apelação, na qual se permite tecer novas alegações de fato e a apresentação de novas provas (arts. 563 e 564). Apenas o poder de apresentar novas demandas em grau recursal vem reduzido às hipóteses de demandas conexas, ou destinadas a afrontar alegação da parte adversa (art. 567).

O Código de Processo Civil francês também estabelece restrições à apelabilidade das interlocutórias, dependendo do assunto de que tratam (arts. 543 e 544), mas não está claro no Código, e a doutrina não parece ter se preocupado muito em perquirir se essas decisões irrecorríveis podem ou não ser revogadas ou modificadas pelo juiz de ofício ou a requerimento de parte a qualquer tempo.

Seja como for, o que se denota aqui é que o processo civil francês não viveu recentes ondas de reforma com respeito ao seu regime de preclusões, tal como ocorreu, sobretudo, na Itália, na Espanha e em Portugal, como se verá adiante.

3.2 Direito italiano

É notória a influência da doutrina italiana em nosso direito processual civil, em geral, e nos ensaios sobre o instituto da preclusão, em particular. Justamente por isso as remissões àquele ordenamento são, sem nenhuma comparação, as mais frequentes no presente estudo.

A história do processo civil italiano do último século e meio apresenta severas oscilações entre quatro distintos momentos: o Código de Processo Civil de 1865, o novo Código, em sua redação original de 1940, e após as reformas legislativas de 1950 e 1990.

³ Cf. BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 18).

O Código de Processo Civil italiano de 1865, inspirado no Código napoleônico⁴ e nos ideais liberais então reinantes,⁵ conferia plena liberdade às partes no exercício de seus direitos no processo, as quais podiam, a qualquer momento, alterar o objeto litigioso do processo e indicar provas a serem produzidas. Somente em casos específicos é que a lei estipulava que determinado prazo era peremptório e que seu descumprimento acarretava preclusão. Ademais, o art. 56 daquele *Codice* repetiu a norma constante do Código napoleônico no sentido de que o juiz só pronunciaria a *decadenza* de um ato processual a pedido da parte.⁶ O rito era, em suma, formal, o que era consentâneo com o garantismo que circundava os ideais liberais.⁷

Esse quadro se alterou sensivelmente com a edição do Código de Processo Civil de 1940, que mitigou a liberdade que as partes tinham para suscitar matérias de ataque, defesa e provas. Todas essas alegações deveriam ser feitas até a *prima udienza di trattazione* diante do juiz instrutor. Depois dela, o objeto litigioso do processo restava estabilizado.

Mas o Código não foi muito longe em limitar o exercício dos direitos das partes. O intuito declarado (principalmente nos documentos produzidos nos trabalhos de preparação do Código) era coibir os excessos e a chicana que, sob a égide do diploma revogado, eram comuns (sobretudo a tática artilosa de guardar os argumentos mais fortes para o final). Mas instituiu-se um regime de *preclusões elásticas*, de modo que ao juiz instrutor era dada a possibilidade de aceitar alegações e provas tardias, se fosse no interesse da justiça.⁸ Além disso, antes do envio da causa pelo juiz instrutor ao colegiado, permitia-se que as partes alterassem as conclusões a que haviam chegado em suas articulações.⁹

Talvez o ponto do Novo Código em que se acentuou o rigor preclusivo de modo mais sensível, para as partes, tenha sido relativamente à impugnação das decisões incidentais. Como anota CIPRIANI, eram elas, em sua maioria, irrecorríveis, o que denota, segundo o autor, traço do autoritarismo do Código e prova que fora elaborado sob o regime fascista.¹⁰ Entretanto, do mesmo modo que isso implicou

⁴ Não se nega, contudo, a influência exercida por alguns ordenamentos vigentes em Reinos que vieram a formar o Estado italiano (cf. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia, dal '700 ad oggi*, p. 113).

⁵ A propósito, CALAMANDREI (*Instituciones de derecho procesal civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, v. 1, p. 3).

⁶ Cf. BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 18).

⁷ Cf. TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 113).

⁸ Novamente CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 316), o qual acrescenta que essa solução era a que mais guardava coerência com um outro princípio que informava o Código, que era o da autoridade do juiz.

⁹ Cf. TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 257).

¹⁰ *Ideologie e modelli del processo civile*, p. 106.

maior rigidez para as partes, de outro lado franqueou-se ao juiz a possibilidade de revogar ou alterar, de ofício, a maioria das decisões incidentais. Mais uma vez demonstra-se o aumento dos poderes do juiz.

O regime preclusivo que recaiu sobre a atividade das partes – que, embora sendo elástico, não era da tradição do direito processual civil italiano, em que a liberdade de deduções estava arraigada havia quase um século – logo em 1950 foi flexibilizado. Foi a primeira reforma pela qual o Código de Processo Civil peninsular passou, alterando justamente o regime preclusivo, afrouxando-o, e voltando a permitir a liberdade das partes na apresentação de alegações e provas, inclusive após a sentença.¹¹ Para alguns, tratou-se de uma reação do governo do pós-Guerra aos traços fascistas do *Codice*.

A *Novella* de 1990 alterou sobremaneira esse panorama, pois a partir de então (re)instituiu-se o chamado *princípio da eventualidade*, de modo que autor e réu ficam adstritos ao que deduziram na primeira oportunidade em que falaram nos autos (*citazione e comparsa di risposta*, respectivamente), não podendo mais (como regra geral) suscitar fatos, tampouco articular novas alegações depois de superada a fase postulatória.¹² Essas mudanças, de uma certa forma, já haviam sido instituídas em 1973 para o processo do trabalho e, conforme analisam alguns, com efeitos positivos.¹³

Todavia, há uma certa flexibilidade, seja porque a versão fática e as provas apresentadas pelo réu podem exigir resposta do autor, seja nos casos em que há demanda reconvenicional, seja ainda porque, depois da *comparsa di risposta*, pode ocorrer alguma modalidade de chamamento ao processo. Mas tudo isso depende de autorização do juiz e é necessário que a parte interessada fundamente seu requerimento.¹⁴ Ademais, meros retoques na versão narrada na inicial, em consideração à *comparsa di risposta* oferecida pelo réu, também são tolerados, segundo ensina GIANFRANCO RICCI.¹⁵

Anote-se, por oportuno, que, para indicar as provas que pretendem produzir, as partes não se vêem tão amarradas, pois faculta-se que tal medida seja tomada por todas individualmente à vista das alegações da parte adversa.

¹¹ Cf., e. g., ANDRIOLI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 445) e, bem depois, SERGIO LA CHINA (*Diritto processuale civile: la novella del 1990*, p. 3).

¹² Cf., e. g., MARELLI (*La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, p. 1).

¹³ Assim AFILIOU GIOVANNI TESORIERE, ao publicar, em 1983, a sua monografia *Contributo allo studio della preclusione nel processo civile* (esp. p. 168).

¹⁴ Pelo menos essa é a opinião majoritária da doutrina (EDOARDO GRASSO, *L'interpretazione della preclusione e nuovo processo civile di primo grado*, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 3, p. 649, 1993).

¹⁵ *Individuazione o sostanziazione nella riforma del processo civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 4, p. 1242 e 1244, 1995.

Acresça-se a essas exceções uma outra válvula de escape, consistente no instituto da *remissione in termini* prevista no art. 184-bis do CPC, que é justamente a possibilidade de o juiz renovar à parte o direito de praticar atos relativos à fase preliminar do processo (em particular, a contestação da demanda), mesmo a despeito da preclusão, se esta demonstrar que sua omissão não foi culposa.¹⁶

Finalmente, é de rigor atentar para a Lei 534 de 1995, que alterou o art. 167, 2ª comma, do CPC, atenuando a incidência do princípio da eventualidade para o réu, de modo que não está mais este sujeito à preclusão se omitir de sua *comparsa di risposta* exceções processuais e substanciais não cognoscíveis de ofício. Assim, e sem embargo de tais ressalvas legais, é somente depois da *udienza di trattazione* (art. 183) que ocorre, em definitivo, a fixação do objeto litigioso do processo¹⁷ (nem mesmo na *prima udienza di comparizione* essa fixação definitiva ocorre).¹⁸ A *Novella* de 1990 suprimiu, também, a regra que permitia às partes inovar na apelação, alterando seus pedidos e produzindo novas provas.¹⁹

Trata-se, portanto, de uma mudança profunda sobre a dinâmica do processo de conhecimento, que passou a ser estruturado em fases, razoavelmente rígidas, encerradas por preclusões.²⁰

No entanto, quanto ao exercício dos demais direitos processuais, *continuou o processo civil italiano carecedor de uma regra específica que previsse a preclusão à parte omissa*.²¹ Como apontam COMOGGIO, FERRI e TARUFFO,²² “elas [as preclusões] não podem se estender, nem mesmo implicitamente, a outras situações processuais nas quais a lei não preveja expressamente a sanção de decadência”, acrescentando que “elas [as preclusões] [...] são derivadas de normas excepcionais”.²³

¹⁶ Cf. PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 117).

¹⁷ Cf. BONA CACCIA CAVALLARI (Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 3, p. 887, 1999).

¹⁸ V. g., SERGO LA CHINA (*Diritto processuale civile*, p. 33-35).

¹⁹ Conforme assevera CRUZ E TUCCI, antes da *novella*, a apelação era um “*novum iudicium*, e não uma *revisio prioris instantiae*” (cf. Diretrizes do novo processo civil italiano, *Revista de Processo*, nº 69, p. 113-121).

²⁰ Cf. BONA CACCIA CAVALLARI (Le preclusioni e l'istruzione probatoria..., cit., p. 887).

²¹ TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 16) vai além e afirma que o Código de Processo Civil de 1940 traz, do ponto de vista do regramento do instituto da preclusão, “quanto di più disarticolato, frastagliato e incoerente si possa immaginare”.

²² *Lezioni sul processo civile*, p. 283.

²³ COMOGGIO (Preclusioni istruttorie e diritto alla prova, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 4, p. 974, 1998) anota que esta é a opinião majoritária da doutrina, que se assenta em três passos lógicos: (a) os casos de preclusão seriam expressa e taxativamente previstos em lei, pois representam limitações a direitos das partes (o que se constituiria em excepcionalidade); (b) as normas que prevêm

Mas há quem defenda, a despeito de o princípio preclusivo não ser *explícito* no ordenamento, haver preclusões implícitas,²⁴ que emergiriam de uma interpretação sistemática do ordenamento.²⁵

A conclusão que se extrai desse panorama é a de que o processo civil italiano traz em si, profundamente arraigado, um sistema de liberdade procedimental (vigente desde a edição do Código de Processo Civil de 1865, até a *Novella* de 1990, exceto pelo breve período em que o *Codice* de 1940 vigeu com seu texto original), de tal maneira que os estudiosos têm dificuldades em aceitar a aplicação do instituto à generalidade dos atos processuais das partes, e acabam, ao estudá-lo, não raro se perdendo em análises casuístas,²⁶ quando não em enormes vacilações conceituais.²⁷

Passando agora à preclusão sobre questões processuais, é imperioso observar, de início, que na sistemática do processo civil italiano as decisões judiciais podem ser divididas entre: *decreto*, *ordinanza* e *sentenza* (art. 132 do CPC).

O *decreto* é um provimento sem qualquer conteúdo decisório, destinado apenas a dar impulso oficial ao processo (tal como o despacho de mero expediente em nosso CPC, art. 162, § 3º).

A *ordinanza* é definida por exclusão pelo art. 176 do CPC italiano, ou seja, sempre que a lei não dispuser que determinado ato decisório tenha a forma de *sentenza*, será *ordinanza*.

Essa modalidade de provimento, por natureza e *via de regra*, é modificável ou revogável pelo próprio juiz que a prolatou (de ofício ou a pedido da parte), e para a generalidade dos casos não há um recurso processual contra as *ordinanze* previsto. Excetuam-se alguns exemplos, como a *ordinanza di condanna*, prevista no art. 186-quarter do CPC, que é apelável,²⁸ e o caso previsto no art. 178, que dispõe sobre o *reclamo* interposto pela parte contra decisão do juiz instrutor em

preclusões deveriam ser interpretadas restritivamente e (c) não caberia falar em preclusões implícitas no sistema.

²⁴ Cf. EDOARDO GRASSO (*L'interpretazione della preclusione...*, cit., p. 644).

²⁵ COMOGGIO (*Preclusioni istruttorie...*, cit., p. 974) acaba consignando sua opinião contrária à corrente majoritária, reconhecendo a existência da preclusão implícita, emergente da interpretação das normas acerca da ordem dos atos processuais.

²⁶ E. g., Roberto POLI (Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescrite a pena di preclusione e decadenza, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 2, p. 459 ss, 1996).

²⁷ Principalmente quanto à distinção entre *decadenza* e *preclusione* (que será abordada adiante, no item 4.3 *infra*), como COMOGGIO (*Preclusioni istruttorie...*, cit., p. 977).

²⁸ Cf. COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 803-804).

matéria probatória, o qual é dirigido ao colegiado (em que pese ser discutível sua natureza recursal).²⁹

Dessarte, vê-se claramente que, quanto às decisões que se revestem da forma de *ordinanza*, não há preclusões, haja vista a revogabilidade e a modificabilidade pelo juiz.

Finalmente, as *sentenze* são dadas na forma do art. 279 do *Codice* e podem ser *definitive* ou *non definitive*, mas albergam necessariamente todas as decisões que se referem à existência ou inexistência de um direito deduzido em juízo.³⁰

As *sentenze non definitive* podem ser meramente de rito, bem como de mérito. Em ambos os casos, o transcurso do prazo para *impugnazione* gera, além da preclusão do direito de recorrer, a formação do que parte da doutrina chama de *giudicato interno*, consistente na impossibilidade de o juiz rever a questão.³¹

Quando se trata de sentença não definitiva de mérito, que tem por objeto “direitos prejudiciais”, no sentido do art. 34 do CPC peninsular, sequer se pode mais falar de *giudicato interno*, já que seu conteúdo é *substancial e extraprocessual* (vale dizer, não meramente formal, e impede pronunciamentos futuros a respeito).³²

Ao contrário, se se cuida de questão de rito, a sua imutabilidade é, de regra, meramente *endoprocessual*, exceto quando se trata de sentenças relativas a regulamentação de competência e de jurisdição, que, em caso de eventual extinção do processo sem exame de mérito, conservam sua eficácia e imutabilidade entre as partes em futuro processo com o mesmo objeto, por expressa disposição dos arts. 310, 2ª comma, e 382, 1ª comma, ambos do CPC, respectivamente.³³

Resulta de tudo que o conceito de *giudicato interno* para boa parte da doutrina italiana acaba por se identificar parcialmente com o conceito de *preclusão sobre questões incidentais* que ora pretendemos delinear, ou seja, a imutabilidade *endoprocessual* de decisões sobre questões incidentais que tenham se tornado irrecorríveis.³⁴

As diferenças ficam por conta não só dos casos de eficácia panprocessual de decisões interlocutórias sobre matéria processual (sem paralelo no nosso processo de cognição), como também da circunstância de que só adquire a qualidade de *giudicato interno* a decisão não definitiva qualificada pela lei italiana como *sen-*

²⁹ O monografista italiano GIANNOZZI (*Il reclamo nel processo civile*, p. 5 ss) é um dos defensores do caráter recursal do remédio.

³⁰ Cf. ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile*, p. 254).

³¹ Cf. PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 85-86).

³² Cf. PROTO PISANI-CAPONI (*Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 161).

³³ Cf. PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 88-89).

³⁴ A respeito, confira-se o Capítulo 8.

tenza, eis que as *ordinanze* são em regra revogáveis ou modificáveis pelo próprio juiz que as prolatou.³⁵

3.3 Direito alemão

A ZPO alemã, editada em 1876, era marcada por primoroso rigor técnico e foi resultado de um profundo esforço científico de resgate e reinterpretção do direito romano clássico. Mas não deixa de ser um diploma influenciado por seu tempo, de modo que a ideologia liberal também nele está presente.

Destacava-se nesse diploma a escassez de preclusões; com efeito, podiam as partes suscitar novos meios de ataque e defesa até antes do proferimento de sentença (§§ 132 e 278), bem como indicar provas a produzir (§ 283).³⁶

Essa liberdade incluía ainda, como leciona FREDERICH LENT,³⁷ a possibilidade de ampliação ou redução do *petitum* já formulado, bem como de complementação ou correção de afirmações precedentes de fato e de direito, desde que não fosse alterado o objeto da lide inicialmente deduzida (essa possibilidade era admitida excepcionalmente se a mudança da situação de fato tornasse inviável o pedido inicial).

Mas, para que essas duas ordens de alterações fossem aceitas, o § 264 impunha que houvesse ou consentimento expresso do réu, ou mesmo aquiescência tácita do réu (que deixa de opor-se), ou ainda que o juiz reputasse necessária a mudança. LENT³⁸ reputa esta a mais importante das possibilidades.

Tendo em conta esses aspectos e o fato de o juiz determinar de ofício uma série de providências para viabilizar o andamento do processo (como a fixação de audiências, a determinação de citações e intimações etc.), LEO ROSEMBERG³⁹ afirma que o impulso do processo alemão de então era *misto* (nem oficial nem cabente às partes).

Ao longo do tempo, esse modelo de liberdade processual passou a ser criticado, culminando, na década de 60, na criação do que se convencionou chamar de “Modelo de Stuttgart”, isto é, um modelo de processo, praticado no tribunal daquela região, o qual era pautado pela eventualidade, oralidade e concentração,

³⁵ Nas palavras expressas de PROTO PISANI e CAPONI, não têm elas “efficacia preclusiva” (*Lineamenti...*, cit., p. 146).

³⁶ Cf. MACHADO GUIMARÃES (*Estudos de direito processual civil*, p. 9).

³⁷ *Diritto processuale civile tedesco*, tradução de Edoardo F. Ricci, p. 167 ss.

³⁸ *Ibidem*, p. 169.

³⁹ *Tratado de derecho procesal civil*, tradução de Angela Romera Vera, v. 1, p. 384.

com vistas à maior agilidade na solução dos litígios.⁴⁰ A eventualidade decorria naturalmente da concentração do procedimento, pois, se a parte não desfilasse seus meios de ataque e defesa na primeira oportunidade, não teria mais tempo para fazê-lo.⁴¹

Após adesão de outros tribunais a tal modelo, acabou a prática convertendo-se em lei, em 1977, com o intuito declarado de conferir maior celeridade ao processo.⁴² Cumpre notar que essa regra da eventualidade então instituída abrange todos os “meios de ataque e defesa”, neles incluídos os pedidos de produção de provas. Mas, apesar de ter se enrijecido sensivelmente o rigor preclusivo do processo, o § 296 da ZPO deixa aberta a possibilidade de se aceitarem alegações tardias, desde que a parte comprove que sua omissão não foi culposa, ou desde que a aceitação da alegação extemporânea não implique retardamento no andamento do processo.⁴³

No mais, pelo disposto no § 224.1, os prazos assinados às partes não podem ser prorrogados, nem mesmo por consenso entre elas, admitindo-se, tão-só, sua abreviação.⁴⁴ E, se a parte que deveria realizar determinada atividade dentro do prazo assinado não o faz, opera-se, nos termos do § 230, a impossibilidade de fazê-lo no futuro (ou seja, nada mais do que o efeito de preclusão, como bem assinala ROSEMBERG).⁴⁵ A isso equivale dizer que, no sistema processual alemão, a preclusão (pelo menos na sua modalidade temporal) é atípica, aplicando-se à generalidade dos casos, exceto quando a lei a afasta.

A mais recente reforma operou-se em 2001, a qual trouxe pequenas modificações espalhadas pela ZPO, dentre as quais interessa, para o tema de nossa investigação, a instituição de regra que tolhe a possibilidade de as partes aduzirem novos fatos em grau de apelação (§ 529). Ou seja, tal como ocorreu na Itália, após o advento da *Novella* de 1990, a apelação deixou de dar ensejo a um *novum iudicium*.⁴⁶

No que concerne à estabilização das questões resolvidas no curso do processo, é de rigor, primeiramente, anotar que a legislação faz a distinção entre *decretos* (que podem ser orais e são necessariamente proferidos pelo presidente do tribunal ou

por magistrado delegado), *autos* (que são editados pelo tribunal sem debate oral prévio, e que jamais se referem ao fundo do litígio) e *sentenças*, necessariamente proferidas pelo tribunal, após debate oral, e que são os provimentos judiciais notadamente de maior relevância, distinguindo-se entre definitivos e incidentais.⁴⁷ E, aqui, surgem duas importantes peculiaridades do sistema processual alemão.

A primeira delas é a *sentença parcial*, prevista no § 301 da ZPO, com a qual o magistrado pode⁴⁸ julgar parte do pedido formulado pelo autor quando for ele decomponível em vários pontos (como parcelas de uma mesma dívida); ou uma das *pretensões materiais* contidas na mesma demanda,⁴⁹ ou ainda julgar apenas a reconvenção, independentemente da ação principal. Tratando-se de decisão que, embora não extinga a relação jurídica processual, enfrenta em parte o mérito do litígio, admite-se sua recorribilidade e sobre ela recai a coisa julgada material.⁵⁰

A segunda peculiaridade desperta ainda maior atenção. Trata-se da decisão preliminar sobre o fundamento da pretensão (*Vorabentscheidung über den Grund des Auspruchs*). Para entendê-la, convém servirmo-nos de um exemplo: pense-se numa ação de reparação de danos por acidente automobilístico, contestada pelo réu sob dois fundamentos: o primeiro, de que não agiu com culpa; o segundo, de que o valor de indenização pleiteado é exagerado. O juiz só enfrentará o segundo argumento suscitado em defesa se se convencer de que deva afastar o primeiro; do contrário, poderá despender inutilmente tempo com a colheita de provas acerca dos danos havidos e o valor para repará-los. Assim, pelo disposto no § 304.2, faculta-se ao juiz proferir sentença sobre esse primeiro ponto previamente para, depois e conforme o caso, passar à instrução probatória quanto ao segundo. LENT⁵¹ observa que a decisão é impugnável (tal qual seria a sentença definitiva), e que o escoamento do prazo desse recurso *in albis* implica impossibilidade de o juiz rever a decisão, mas nem por isso há, na hipótese, a incidência da coisa julgada material (que só viria a lume quando efetivamente julgada a pretensão do autor, ou seja, no nosso exemplo, o pedido de indenização pecuniária). Trata-se de uma classe especial de *sentença incidental*.⁵²

⁴⁰ Cf. CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 107).

⁴¹ Cf., de novo, CRUZ E TUCCI, *ibidem*, p. 107.

⁴² Cf. afirma, com base na doutrina alemã, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (O princípio da eventualidade no processo civil, cit., p. 61, esp. nota 132).

⁴³ Cf. *idem*, *ibidem*, p. 63.

⁴⁴ Cf. ADOLF SCHÖNKE (Direito processual civil, tradução de Afonso Celso Rezende, p. 167).

⁴⁵ *Tratado...*, cit., v. 1, p. 450.

⁴⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA (Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, *Temas de direito processual* (oitava série), p. 204).

⁴⁷ Assim, SCHÖNKE (Direito processual civil, cit., p. 330 ss). Na tradução espanhola da obra de LEO ROSEMBERG (*Tratado...*, cit., v. 1, p. 318), chama-se às sentenças incidentais de sentenças *interlocutorias*.

⁴⁸ Trata-se de uma faculdade, não de uma obrigatoriedade para a autoridade jurisdicional, a qual avaliará o cabimento no caso concreto.

⁴⁹ À semelhança do art. 273, § 6º, do CPC brasileiro, conforme item 8.3.4, *infra*.

⁵⁰ LEO ROSEMBERG (*Tratado...*, cit., v. 1, p. 317) chega a referir-se a essa modalidade de sentença como uma *sentença final parcial*.

⁵¹ *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 231-232.

⁵² Cf. LEO ROSEMBERG (*Tratado...*, cit., v. 1, p. 322).

Feitas essas ressalvas, é de se atentar para a regra geral, insculpida no § 318 da ZPO, de que, no que toca às sentenças, “o juiz permanece vinculado pela própria decisão e não pode nem revogá-la nem modificá-la depois da pronúncia [...]”.^{53,54} Isso é válido não apenas para a sentença definitiva, mas também, como preconiza categoricamente LENT,⁵⁵ para as parciais e incidentais, sejam elas recorríveis ou não. Reforçam essa disposição os comandos contidos nos §§ 280, 310 e 322 da ZPO.

As exceções a essa norma referem-se apenas a erros materiais e outras irregularidades formais ou erros manifestos, que podem ser corrigidos de ofício (ou a requerimento da parte), no esteio do § 319. Também é permitida a correção de inexatidão quanto à exposição dos fatos pelo juiz, especialmente quanto às suas omissões relativamente a alegações e pedidos deduzidos (§§ 314 e 320). Finalmente, é permitido o aditamento do dispositivo do julgado a pedido da parte quando o juiz omite a apreciação de uma das demandas ou pontos da demanda do autor, inclusive acessórios (§ 321).

Logo se vê, portanto, que a rigidez do sistema alemão quanto às decisões tomadas no curso do feito é bastante acentuada.

3.4 Direito espanhol

Também para entender o processo civil espanhol mostra-se relevante retroceder no tempo e analisar a legislação anterior à atualmente vigente, para que se tenha alguma dimensão, ainda que superficial, sobre a evolução do processo naquele país.

Assim, partimos da Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que, segundo JUAN MONTERO AROCA, se pautava na ampla liberdade dada às partes para deduzir os meios de ataque, defesa e para produção de provas, cabendo-lhes, então, ditar o impulso do processo (de modo que só se passava a uma fase ulterior mediante pedido das partes ao juiz).⁵⁶ Revela-se, então, a influência da ideologia liberal que também plasmava os demais Códigos europeus que lhe foram contemporâneos, como já vimos.⁵⁷

⁵³ LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 236, já vertido por nós para o português).

⁵⁴ Esse efeito impeditivo não vale, contudo, para os decretos e, salvo raras exceções taxativamente previstas em lei, para os autos, conforme leciona SCHÖNKE (*Direito processual civil*, cit., p. 343).

⁵⁵ *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 236.

⁵⁶ *I principi politici*, cit., p. 44.

⁵⁷ No entanto, ainda conforme MONTERO AROCA (*I principi politici*, cit., p. 48), no que tocava à regulação das formas dos atos processuais, a Ley espanhola de 1855 vinha muito mais ligada aos modelos vigentes na Baixa Idade Média na Península Ibérica, do que com aqueles previstos nos demais

O diploma que o sucedeu foi a Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, que não lhe trouxe nenhuma inovação significativa,⁵⁸ pois sua promulgação decorreu da unificação dos juízos comerciais e civis operada em 1868.

Referida lei permaneceu em vigor até 2000, quando finalmente foi substituída por outra LEC, e nesse arco de mais de um século de vigência sofreu várias reformas, sendo as mais significativas a de 1924 (que alterou os seus arts. 308 a 312, para instituir o impulso oficial do processo, em vez do impulso pelas partes, e extinguir a possibilidade de prorrogação dos prazos processuais),⁵⁹ a de 1984 (que reforçou as disposições da reforma anterior e reduziu o âmbito de incidência do procedimento ordinário) e a de 1991 (que teve como alvo principal atenuar ainda mais a incidência do procedimento ordinário, deixando-o reservado a causas de elevadíssimo valor e generalizando a aplicação do procedimento sumário, mais ágil e menos formal).

A nova LEC, de 2000, declaradamente visa implementar profundas mudanças no sistema processual espanhol, e elege, em sua Exposição de Motivos, a necessidade de que o processo seja efetivo no sentido de ter “maior capacidade de transformação real das coisas”.⁶⁰ O meio que encontrou o legislador para tanto foi privilegiar a *imediação*, a *concentração* e a *oralidade*.⁶¹

O princípio da *imediação* se implementa, principalmente, pelo art. 137 da LEC, que determina a *obligatoriedade* da presença da autoridade jurisdicional em uma série de atos que se devem desenrolar em juízo, *sob pena de nulidade*. Já o corolário da *concentração* inspira as normas relativas à instituição do princípio da eventualidade (especialmente os arts. 222.2, 270, 271, 400 e 401), e das audiências prévia (conforme arts. 414 ss)⁶² e de instrução (arts. 431 ss).⁶³ Finalmente, a *oralidade* acha-se presente não só porque vêm consagradas tanto a *imediação*

Códigos processuais europeus (especialmente o francês, de 1806, dos reinos italianos anteriores à unificação, e da própria Itália unificada, de 1865).

⁵⁸ Cf. MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 49-50).

⁵⁹ Cf. JAVIER SEOANE PRADO (*Ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 540).

⁶⁰ Exposición de Motivos à Ley 1/2000, item 1, por nós já traduzido.

⁶¹ CORTÉS DOMINGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 37) observam que a instituição da oralidade processual é própria dos sistemas mais avançados, e que abraçam a idéia de um “processo civil social”.

⁶² A *audiência previa del juicio* do processo civil espanhol se assemelha bastante à audiência preliminar prevista em nossa legislação (art. 331 do CPC brasileiro), pois é nela que ocorrem a tentativa de conciliação, a correção de eventuais vícios processuais, a fixação dos pontos controvertidos da lide, a proposição e a admissão da prova a ser produzida. É o que vem expresso no art. 414.1 da LEC espanhola.

⁶³ A terminologia aqui empregada (*audiência de instrução*), como parece óbvio, é própria do nosso sistema processual, mas justifica-se por razões didáticas. Para registro, a lei espanhola refere-se a tal ato público, com presença do juiz e das partes, pelo qual é colhida a prova, são aprimoradas as

quanto a *concentração*,⁶⁴ mas também porque as causas que versam certas matérias arroladas em lei ou que tenham como objeto quantia inferior a determinado patamar (conforme arts. 249 e 250.1 da LEC) devem seguir o *juicio verbal*, ainda mais concentrado e simplificado.⁶⁵

No que toca à preclusão dirigida à atividade processual das partes, em sua modalidade temporal, vem ela, agora, definida expressamente pelo art. 136 da LEC, que estabelece que a não-realização de uma certa atividade no prazo determinado acarreta a extinção do direito de fazê-lo (e o auxiliar da Justiça denominado *secretário judicial* deve certificar tal circunstância e enviar o processo à autoridade jurisdicional para que proceda com o que for necessário). Com base nesse dispositivo legal, a *preclusão temporal* é, atualmente, atípica; vale dizer, aplica-se geralmente a todas as situações em que se fixam termos às partes, indistintamente. Acentua-se, assim, a característica preclusiva do procedimento civil. Soma-se a tal disposição aquela contida no art. 134.1, no sentido de que os prazos processuais são, de regra, improrrogáveis.

Impende ainda assinalar que o princípio da eventualidade foi adotado pela nova LEC espanhola (arts. 400, 405 e 412), mas com alguns temperamentos, permitindo-se às partes eventualmente complementarem suas alegações na primeira audiência.⁶⁶

De outra banda, no que tange à preclusão sobre questões incidentais, é necessário destacar que a LEC estabelece que diversas decisões tomadas no curso do processo são irrecorribéis (e. g., a decisão sobre competência territorial, *ex vi* do art. 67.1),⁶⁷ mas isso não significa – como no Código de Processo Civil brasileiro de 1939⁶⁸ – que o juiz possa revogá-las ou modificá-las de ofício a qualquer tempo. Isso porque se tem o art. 207.2 da LEC, que dispõe serem “firmes” as decisões contra as quais a lei não dá à parte recurso algum, e o art. 207.3 da mesma lei

conclusões de cada parte, e, eventualmente, profere-se a sentença, como simplesmente “el juicio” (EDMUNDO RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, *Ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 843).

⁶⁴ Conforme clássica lição de CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 167 ss, que ainda acrescentava a *identidade física do juiz* e a *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*), e como ainda observam CORDÓN MORENO-MUERZA, ESPARZA-ARMENTA e DEU-TAPIA FERNÁNDEZ (*Comentários a la ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 606).

⁶⁵ Não nos cabe aprofundar a respeito, mas convém apenas registrar que a normativa desse procedimento é dada pelos arts. 437 a 447, e, em alguns pontos, revela-se similar com o procedimento dos nossos Juizados Especiais Cíveis, previstos pela Lei nº 9.099/1995.

⁶⁶ Cf. GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, p. 95-99).

⁶⁷ De fato, o art. 448 da LEC diz que a parte tem o direito de interpor os recursos previstos em lei, o que significa dizer que não há propriamente um *direito geral* de recorrer, mas sim de se valer dos recursos previstos no ordenamento (MONTERO AROCA-FLORES MATÍES, *Los recursos en el proceso civil*, p. 5).

⁶⁸ Cf. item 2.8, *supra*.

determina que o juiz ou tribunal deve se ater a tais decisões.⁶⁹ Além disso, reforça tais disposições o art. 214 da LEC, que diz que os juízos ou tribunais não podem alterar os provimentos judiciais proferidos, salvo para aclarar-lhes certos aspectos.

No mais, das demais decisões tomadas no curso do feito (e que não ponham fim a ele e sejam proferidas em qualquer instância), a regra geral é a de que cabe o recurso de *reposición*, dirigido ao próprio prolator da decisão,⁷⁰ no prazo de cinco dias (conforme estabelecem os arts. 451 e 452 da atual LEC). Finalmente, contra algumas decisões incidentais (como contra a decisão que suspende o processo por causa de *prejudicialidade externa na esfera penal*, conforme o art. 41.2, por exemplo), e contra as sentenças finais, impõe-se o recurso de *apelación*. Pelo preceito contido nos arts. 207.3 e 207.4 da LEC, o transcurso do prazo recursal ou o esgotamento de tal via de impugnação produzem a *imutabilidad* das questões resolvidas, inclusive para os juízos que as tenham proferido. Fica claro entender, portanto, que se trata de um procedimento altamente preclusivo.

3.5 Direito português

Faça-se, preambularmente, brevíssima menção ao Código de Processo Civil português de 1876, que sepultou definitivamente todos os resquícios legislativos das Ordenações e, seguindo a linha dos diplomas processuais europeus do século XIX, pautava-se sob princípios extremamente privatistas, em que o juiz era sujeito meramente passivo e o processo era inteiramente escrito e marcado por formas solenes.⁷¹

Assim, podemos passar ao diploma que o sucedeu, promulgado em 1939, que, apesar de ter sido classificado por JOSÉ ALBERTO DOS REIS como um processo do “tipo dispositivo”,⁷² evidencia, claramente, o aumento dos poderes do juiz na condução da causa, e, de forma geral, na busca dos fatos e do material probatório

⁶⁹ Note-se, apenas, que a LEC utiliza a expressão *cosa juzgada* também para as decisões incidentais, o que, segundo teremos oportunidade de observar adiante (item 8.3.6, *supra*), não podemos aceitar.

⁷⁰ Trata-se, segundo CORDÓN MORENO-MUERZA, ESPARZA-ARMENTA e DEU-TAPIA FERNÁNDEZ (*Comentários a la ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 1291), de um recurso não devolutivo.

⁷¹ Confira-se, a propósito, VARELA-BEZERRA-SAMPAJO (*Manual de processo civil*, p. 29-30).

⁷² *Código de Processo Civil anotado*, v. 1, p. 366.

necessário à instrução processual⁷³ (sobretudo porque incorporadas a oralidade e a concentração do processo).⁷⁴

Entretanto, concomitantemente, instituíam-se limites claros para o poder das partes em alterar o objeto litigioso do processo (ou, em outras palavras, abraçou-se o chamado *princípio da eventualidade*).

Essa característica plasmou também o diploma processual subsequente, editado em 1961.⁷⁵ Apesar de algumas vozes terem defendido que houve um enorme salto de modernidade entre os dois Códigos,⁷⁶ a verdade é que a estrutura geral do processo de conhecimento permaneceu inalterada, refinando-se técnica e cientificamente alguns de seus institutos.

Assim, no tocante à preclusão dirigida à atividade das partes, tem-se, em sua modalidade temporal, ela regrada no art. 145.2 (que estabelece a perda do direito da parte após transcurso do tempo destinado a seu exercício),⁷⁷ o qual vem complementado pelo art. 147.1 (que prevê a improrrogabilidade dos prazos ditados por lei).⁷⁸ Ademais, o processo vinha expressamente pautado pelo princípio da *estabilidade da instância*, de tal modo que as partes só poderiam alterar o objeto litigioso do processo em casos excepcionais.

Todavia, esse sistema de estabilidade do objeto litigioso sofreu profundas modificações por meio de reformas legislativas operadas em 1995 e 1996 e que entraram em vigor em 1º de janeiro de 1997 (tão profundas a ponto de alguns autores afirmarem ter sido instituído um *novo* Código).⁷⁹

Os objetivos gerais dessas reformas foram, como emerge claro dos trabalhos que precederam a edição das leis acima aludidas, a “desburocratização” e a “mo-

⁷³ De fato, os arts. 265 e 266 daquele diploma determinavam que o juiz tomaria as diligências para que se descobrisse a verdade acerca dos fatos litigiosos e para remover obstáculos ao andamento do processo. Em acréscimo a isso, estabelecia claramente em seus arts. 146 e 147 a figura da *preclusão temporal* (ainda que não com essa denominação). Entretanto, a despeito disso o art. 264 dispunha que o impulso processual cabia às partes, o que parece um contra-senso.

⁷⁴ Assim entendem VARELA-BEZERRA-SAMPAIO (*Manual de processo civil*, cit., p. 34).

⁷⁵ Cf. GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 80).

⁷⁶ E. g., VARELA-BEZERRA-SAMPAIO (*Manual de processo civil*, cit., p. 35 ss).

⁷⁷ Vale notar as disposições interessantes que os itens 4 a 6 do mesmo artigo trazem, no sentido de que a parte pode realizar a atividade processual em até três dias após o decurso do prazo, desde que pague penalidades pecuniárias por isso.

⁷⁸ A prorrogabilidade dos prazos por acordo das partes é facultada (art. 147.2), desde que apenas uma vez.

⁷⁹ MACHADO e PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 23 ss).

dernização” do procedimento.⁸⁰ E, segundo observa MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA,⁸¹ uma das linhas de ação para implementar essas diretrizes foi – além da definição e implementação da cooperação entre os sujeitos do processo e da maximização da sanabilidade dos vícios (privilegiando-se sempre a sentença de mérito à terminativa) – justamente o aumento da inquisitorialidade do magistrado para colher fatos acerca do litígio (correspondendo a esse fenômeno a redução da preclusão para alegação dos fatos pelas partes).

Com efeito, apesar de mantido o dispositivo que determinava tal estabilização após a citação (art. 268), as reformas legislativas estabeleceram variados casos em que essa regra pode ser atenuada,⁸² bem como variados casos em que o próprio magistrado pode conhecer de fatos não alegados por autor e réu na fase postulatória.⁸³ Resultou daí, portanto, sério abalo no regime preclusivo no tocante aos principais poderes das partes no processo, isto é, articular seus meios de ataque e de defesa.⁸⁴

A conclusão de GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA⁸⁵ é a de que o princípio da eventualidade, no direito português, restou bastante atenuado, com uma ampla flexibilização da fase postulatória operada pelas últimas reformas legislativas.

No mais, as reformas processuais referidas não alteraram as normas atinentes à preclusão temporal já mencionadas.

Finalmente, no tocante à preclusão dirigida às questões processuais, o sistema é simples: fazem “caso julgado formal” as decisões tomadas no curso do processo, acerca das quais não foi interposto pela parte o competente recurso de

⁸⁰ JOÃO FERNANDO FERNANDES MAGALHÃES (A reforma do processo civil, três anos depois, *Scientia Juridica*, nº 289, p. 109).

⁸¹ Aspectos do novo processo civil português, *Revista de Processo*, nº 86, p. 175.

⁸² Observem-se, aqui, os dispositivos contidos no art. 272 (permite a alteração do pedido e da causa de pedir, em qualquer instância, se houver acordo entre as partes, exceto quando o tumulto daí resultante for inconvenientemente grande); art. 273 (que, independentemente de acordo entre as partes, permite alteração ou ampliação do pedido e causa de pedir até a réplica, e a redução do pedido a qualquer momento) e art. 508.1.b (que permite o “aperfeiçoamento” das alegações na fase de saneamento).

⁸³ Pela nova redação dada ao art. 264, apenas os fatos *essenciais* (aqueles que fundamentam o cerne da causa de pedir ou a exceção) e *complementares* (resultantes da instrução em um litígio complexo) sujeitam-se à eventualidade (os primeiros, de imediato, e os demais, depois que se encerre a instrução). Diferentemente sucede quanto aos fatos denominados *instrumentais* (os quais “indiciam os factos essenciais e que podem ser utilizados para prova indiciária deles”, conforme MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, Aspectos do novo processo civil português, cit., p. 178), pois, para deles conhecer, o juiz pode agir de ofício (art. 264.2).

⁸⁴ Esse é igualmente o diagnóstico de ANTÔNIO SANTOS ABRANTES GERALDES (*Temas da reforma do processo civil*, v. 1, p. 83).

⁸⁵ *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 92.

agravo (art. 672). Tem-se, então, a mesma solução que se nos apresentava sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, como se viu acima, ou seja, *a contrario sensu*, as decisões irrecuráveis são revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo.⁸⁶

3.6 Direito da *common law*⁸⁷

O direito da *common law* traz a figura da *preclusion* apenas como fenômeno que torna imutáveis as decisões tomadas no curso do processo. Todavia, os contornos que esse instituto assume são bastante diferentes daqueles apresentados no processo de base romano-germânica, exatamente em razão da doutrina do *stare decisis*.

A terminologia tradicional da *common law* se valia de duas expressões para o fenômeno: *direct estoppel*, para o efeito da decisão sobre a questão principal do processo que se projeta sobre um segundo processo de mesma *cause of action* (ou o que chamamos de coisa julgada substancial), e *collateral estoppel*, para o instituto que explica a projeção de efeitos da decisão de uma questão incidental de um processo em outro de *cause of action* diferente.

Como leciona o autor norte-americano ROBERT CASAD, essa terminologia hoje tem sido superada pela expressão *res judicata*, como “um termo geral, relativo aos efeitos de um julgamento, seja pondo termo a uma demanda, seja resolvendo determinadas questões controvertidas”,⁸⁸ que se subdividem em *claim preclusion* e *issue preclusion*.

A *claim preclusion* seria o que nós entendemos por coisa julgada material, ou seja, o efeito que recobre a sentença final, que efetivamente decide o mérito do litígio e projeta efeitos para fora do processo, seja quando a ação recebe o julgamento de procedência (*merger*), seja quando o de improcedência (*bar*).

⁸⁶ Exemplos de decisões irrecuráveis colhem-se ao longo do texto do Código, mas destaca-se uma daquelas mencionadas no art. 679, qual seja, as medidas tomadas no uso de poder discricionário do juiz, assim definidos os casos em que a lei possibilita ao juiz agir conforme seu “prudente arbítrio”. ANIBAL DE CASTRO (*Impugnação das decisões judiciais*, p. 13) arrola variados exemplos do que seriam “faculdades” do juiz, as quais não teriam conteúdo jurisdicional e que se baseariam na escolha entre duas alternativas legalmente aceitáveis.

⁸⁷ Em que pesem as diferenças entre os sistemas judiciários e processuais da Inglaterra e dos Estados Unidos, podemos aqui tratar do tema da preclusão em ambos os sistemas de maneira conjunta, haja vista a semelhança entre eles no tocante à aplicação das regras do *stare decisis* (a propósito, CRUZ E TUCCI, *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, Tese apresentada no concurso para a cadeira de Titular de História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 161 ss).

⁸⁸ *Res judicata in a nutshell*, p. 3 (em nossa tradução livre).

Já a *issue preclusion* recai sobre questões resolvidas no curso do feito, mas apenas sobre aquelas que têm conteúdo de direito material (e não processual), como são, notadamente, as *questões prejudiciais*.⁸⁹

Outra diferença entre ambos os aspectos da *res judicata* é que a *issue preclusion* só abrange questões efetivamente debatidas e decididas, ao passo que a *claim preclusion* cobre as questões deduzidas e dedutíveis.⁹⁰

Como leciona GEOFFREY HAZARD JR.,⁹¹ o processo é feito de um ou mais *issues* (sejam eles de fato ou de direito), os quais se caracterizam justamente pela controvérsia existente entre as partes (ou seja: forma-se a *issue* se o réu nega a afirmação do autor). E a solução dessa *issue* torna-se, então, apta a gerar o efeito de *preclusion*. Se o réu admite determinada alegação do autor ou não a nega, não há *preclusion* mesmo se o autor vence com base nessa alegação. Ademais, não há *issue preclusion* com respeito ao que não foi debatido e sobre questões não resolvidas, porquanto tidas por desnecessárias.⁹²

Fica claro, à vista do exposto até aqui, que a *claim preclusion* tem efeitos mais abrangentes que a *issue preclusion*, mas para que ocorra é necessária uma pronúncia final e válida a respeito da causa litigiosa.⁹³

Em ambos os casos, cabe à parte alegar a existência de preclusão acerca de determinada questão: não o fazendo, e sobrevindo decisão contrária, prevalece a segunda *res judicata* (“*last-in-time*” rule).

Todavia, é de rigor observar que alguns tribunais flexibilizam o instituto,⁹⁴ deixando de aplicar decisões cobertas pela *issue* ou *claim preclusion* em determinados casos.

⁸⁹ Para o direito norte-americano, sobretudo, o juiz, na fase de *pre-trial*, pode, inclusive, já definir que o negócio jurídico objeto do litígio é enquadrável em determinada categoria e que, por isso, deve ser resolvido à luz de determinada lei (a questão é apta a gerar *preclusion*). Enfim aqui se incluem *issues of law*, *issues of fact*, *issues of application of the law to facts* (CASAD, *Res judicata*..., cit., p. 125). Em realidade, nem as escassas normas processuais (como as *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, ou o novo Código de Processo Civil inglês), nem a literatura processual dão atenção à estabilização das decisões que versem sobre matéria processual.

⁹⁰ Cf. CASAD (*Res judicata*..., cit., p. 124) e SHAPIRO (*Civil procedure: preclusion in civil actions*, p. 48).

⁹¹ *Forms of action under the federal rules of civil procedure*, *Notre Dame Law Review*, nº 5, p. 635, 1988.

⁹² CASAD (*Res judicata*..., cit., p. 142 e 155-156).

⁹³ Exclui-se qualquer provimento interlocutório, “be it a preliminary injunction, a denial of dispositive motion (like a motion to dismiss or for summary judgement), or a partial judgement (on one of several issues)” (DAVID L. SHAPIRO, *Civil procedure*..., cit., p. 30).

⁹⁴ “[A]bsolute preclusion of relitigation of all issues in all situations is not justified. The interest of avoiding repetitious litigation of the same issues must be weighted against considerations of basic fairness. A litigant should not be bound by a determination of an issue unless there was a full, fair

A projeção dos efeitos das decisões, sejam incidentais, sejam finais, pode assumir na *common law* uma importância diversa, em razão da doutrina do *stare decisis*,⁹⁵ ou seja, o precedente judicial se aplica a futuros casos, mesmo que não envolvam as mesmas partes. Isso só ocorre quando essa declaração de questões de direito adquire força de precedente (*stare decisis effect*), ou seja, quando “está resolvendo uma questão jurídica que é necessária para a decisão da causa pelo Tribunal”.⁹⁶ Assim, a *res judicata* tem efeito entre as partes, mas pode adquirir força de *stare decisis*, aplicando-se para qualquer pessoa em caso similar.⁹⁷

O método para reconhecer a identidade entre a causa julgada em momento anterior e a causa proposta posteriormente *entre as mesmas partes* (a fim de aplicar ou afastar a *claim preclusion*) é diverso daquele aplicado para a situação em que o efeito vinculante da decisão judicial extrapola os limites subjetivos do processo primitivo (*non party preclusion*).

Para a primeira hipótese, a regra geral é a de que deve haver uma similitude entre as *causes of action*, o que, em linhas gerais, se amolda à teoria da tríplice identidade que vige em nosso direito processual (apenas com os limites objetivos da coisa julgada lançados em bases mais amplas do que em nosso sistema processual pátrio, em que se excluem as questões prejudiciais, os motivos que levaram à decisão e a verdade dos fatos estabelecida como pressuposto da decisão, tudo de acordo com o art. 470 e incisos do art. 469 do CPC brasileiro).

Para a segunda hipótese, ao contrário, devem-se observar os requisitos que, após séculos de evolução, foram fixados à base do sistema do *stare decisis*, isto é, deve-se respeitar a hierarquia entre as autoridades judiciárias e deve haver referência aos julgados que foram considerados vinculantes (de maneira a demonstrar

opportunity and incentive to put forth a fully effective case on that point in the first action” (CASAD, *Res judicata...*, cit., p. 123-124).

⁹⁵ O sentido da expressão inspira-se na idéia de que “a court will ‘stand by its decisions’ – “Within the same jurisdiction the law can give but one answer to a given legal question” (ROBERT C. CASAD, *Res judicata...*, cit., p. 6-7).

⁹⁶ CASAD (*Res judicata...*, cit., p. 8), em nossa tradução livre.

⁹⁷ CRUZ E TUCCI (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 155 e ss) observa a evolução do sistema da *common law* a partir do século XVIII (época em que se passou a enfocar a *ratio decidendi* de um e outro processo para se avaliar a identidade entre eles), passando-se pelo século XIX (em que se consolida a idéia de que os precedentes judiciais seriam vinculantes), e chegando-se ao século XX (em que se estabeleceram mecanismos técnicos que permitiam afastar a força vinculante que emergia dos precedentes judiciais). O já citado ROBERT CASAD sintetiza o espírito que norteia o sistema de *stare decisis*: “issue preclusion serves the interests of economy of judicial effort and tends to prevent the anomalous situation, so damaging to public faith in the judicial system, of two authoritative but conflicting answers being given to the very same questions. One court having jurisdiction of the parties and subject matter should be capable as any other to resolve the issues in dispute” (*Res judicata...*, cit., p. 123).

a aplicação do preceito contido no(s) precedente(s) ao caso concreto, tomando-se por base sua *ratio decidendi*).⁹⁸

⁹⁸ Para uma referência completa a respeito, CRUZ E TUCCI (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 166-174).

Conceito Chiovendiano de Preclusão e Panorama da Doutrina Atual

4.1 Estudos de Chioventa sobre a preclusão

A generalidade da doutrina atribui a CHIOVENDA a definição do instituto da preclusão,¹ a qual até hoje influencia decisivamente todos os estudos sobre o tema.

O ilustre processualista italiano partiu do estudo do processo civil no direito comum – tendo como premissa metodológica a idéia, repisada em vários de seus estudos, de que o direito processual civil moderno advém justamente da confluência dos sistemas romano e germânico havida na Idade Média² – para elaborar profundo exame histórico do instituto da coisa julgada e, a partir dele, sistematizar o instituto da preclusão.

A idéia que inspira esse longo e profundo estudo e que defluiu também da análise a que procedemos acima é a de que a preclusão já existia como fenômeno presente nos sistemas processuais ao longo da história, de modo que coube a CHIOVENDA batizá-lo, sistematizá-lo e lançá-lo sobre bases científicas.

Mas esses resultados não foram alcançados pelo autor italiano em um único estudo, mas sim em vários, publicados ao longo de mais de trinta anos. Oportuno, pois, traçar uma evolução de seu pensamento.

¹ Apenas para exemplificar: na doutrina italiana, ANDRIOLI (Preclusione (processuale civile), *Novissimo digesto italiano*, v. 13, p. 567 ss); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 169 ss).

² A propósito, veja-se a seguinte passagem colhida de um de seus *Saggi*: “Il nostro codice de procedura civile è il prodotto d’una lunga storia, che per larghissima parte se riassume in quella del rapporti tra il romanesimo e germanesimo nel campo del processo civile” (Romanesimo e germanesimo nel processo civile, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 181-182).

No ensaio *Sulla cosa giudicata*,³ de 1905, o processualista peninsular resgata a idéia de coisa julgada no direito romano,⁴ germânico⁵ e comum medieval,⁶ para afirmar as razões pelas quais apenas o dispositivo da sentença de mérito transita materialmente em julgado.

Já no artigo *Cosa giudicata e competenza*⁷ (também publicado em 1905 e encartado no mesmo volume dos seus *Saggi*), CHIOVENDA retoma a discussão traçada no final do ensaio anterior, acerca da coisa julgada sobre a sentença que declara competência ou incompetência do juízo, à luz do que dispunha o art. 115 do Código de Processo Civil italiano de 1865. Aqui, ao que parece, CHIOVENDA debruçou-se pela primeira vez sobre o conceito de preclusão, justamente ao ensejo de explicar a coisa julgada sobre a sentença que não define o mérito da controvérsia e de diferenciar coisa julgada formal e material.

Como se infere facilmente da leitura desses dois textos, o conceito de preclusão não vinha definido rigorosamente, tanto porque ainda estava embaraçado ao conceito de coisa julgada formal quanto porque essas conclusões se deram no bojo de ensaio que se propunha, limitadamente, a analisar a preclusão sobre a questão da competência do juiz apenas. Mas já vinha clara a idéia de que a decisão acerca da questão da competência provocava a “extinção do poder do juiz que a proferiu”.⁸

Pouco tempo depois, publicaram-se os *Principii di diritto processuale civile*, obra de fôlego na qual CHIOVENDA analisa por completo o processo de cognição e, repisando e sistematizando os conceitos da coisa julgada e da preclusão em termos

³ *Saggi...*, cit., v. 2, p. 399 ss.

⁴ Vem aqui expressa a idéia recorrente na obra chiovendiana de *res iudicata* como atributo inerente e exclusivo da *sententia*, consistente não em outra coisa senão seu conteúdo (“*res iudicata non è altro che la res de quo agitur dopo che fu giudicata dovuta, o non dovuta*”; *Sulla cosa giudicata...*, cit., p. 401).

⁵ Com base nos ensinamentos de PLANCK, reafirma a idéia, da qual já cuidamos no item 2.3, *supra*, de que o processo civil dos povos germânicos não traz diferença clara entre decisões que definem a lide (chamadas no direito romano de *sententiae*) e aquelas que resolvem questões prejudiciais ou incidentais (*interlocutiones*), de tal modo que todas elas eram de imediato apeláveis e, à falta de apelação, tornavam-se imutáveis (vale dizer, produziam *res iudicata*) (p. 403-404).

⁶ Para o autor, apesar da diferença do conceito de *res iudicata* para o direito romano e para o direito medieval, foi mantida a mesma expressão, o que pode ser atribuído à escassez e à má interpretação das fontes e ao apego dos estudiosos da Idade Média à natureza silogística do juízo (que se distancia da concepção romana do processo civil), a qual resultou, de um lado, na importância dada à resolução das *quaestiones* e, de outro, na teoria, largamente difundida na doutrina medieval, de que a sentença, coberta pela coisa julgada, produz uma verdade formal ou fictícia (“*facit albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis [...]*”).

⁷ *Saggi...*, cit., v. 2, p. 410-423.

⁸ *Cosa giudicata e competenza...*, cit., p. 419, por nós traduzido.

mais precisos, aprofunda um pouco mais a diferença entre ambos os institutos.⁹ Mas ainda não estão delineadas as três modalidades de preclusão, e a análise, em alguns pontos, é um tanto superficial, confusa e casuísta.¹⁰

Finalmente, em 1933, vem a lume o escrito que finalmente deu os contornos do instituto: *Cosa giudicata e preclusione*,¹¹ que se inicia com a intenção declarada do autor de retomar as idéias dos ensaios anteriores. A essa altura, o autor já havia aprofundado de maneira considerável seus estudos sobre a história do processo civil europeu continental,¹² e seus precedentes ensaios já haviam sido longamente debatidos no ambiente doutrinário (sofrendo até algumas críticas).

De início, são identificados casos de preclusão sobre *questioni*; as que apresentam alguma utilidade para nossa experiência jurídica são aquelas decorrentes da ausência de impugnação a uma decisão interlocutória e da omissão na proposição de exceções na primeira fase do processo em relação à segunda.¹³ Adiante, o autor aprofunda seus estudos históricos para sustentar, com numerosos e robustos argumentos, que a coisa julgada não se confunde com a preclusão justamente porque apenas aquela (e não esta) recobre decisões que versam sobre a atribuição ao autor ou ao réu do bem da vida litigioso.

Pareceu-nos, assim, interessante traçar a evolução do pensamento de CHIOVENDA, haja vista que ele serve de base para todas as discussões acerca do instituto da *preclusão*, na Itália e no Brasil.

Dadas as duas vertentes do instituto (uma dirigida à atividade das partes, outra à atividade do juiz), recolhemos duas definições chiovendianas que vêm sintetizadas nas suas *Instituições de direito processual civil*.

A primeira definição está no seguinte trecho: "entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual, que se sofre pelo fato: (a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal de atividades e das exceções; (b)

⁹ "Dalla preclusione può nascere un diritto (ad. es. *actio iudicati*): ma può nascere più comunemente una semplice situazione giuridica" (*Principii*, cit., p. 859). "Quando il giudice pronuncia una sentenza di merito, mo un'altra sentenza cha suppone regolarmente costituito il rapporto processuale, si forma il giudicato tacito sulla esistenza del rapporto processuale; si tratta qui di una semplice *preclusione* delle questioni processuali (nullità, incompetenza ecc.): *preclusione* que avviene riguardo ai difetti *sanabili*, per ragioni d'opportunità" (*Principii*..., cit., p. 913).

¹⁰ *Ibidem*, p. 860-870.

¹¹ *Saggi*..., cit., v. 3, p. 233-283.

¹² Sobretudo no já exaustivamente tratado ensaio *Idea romana nel porocesso civile moderno* (*Saggi*..., cit., v. 3, p. 78-94), de 1932, em que as influências romana, germânica e canônica no processo civil comum medieval e moderno são novamente explicadas, com erudição e acuidade ímpares.

¹³ *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 236-237. Registre-se, apenas, que o autor ainda cita exemplos que se referem, apenas, ao sistema processual italiano, sem similar em nosso sistema.

ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; (c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)".¹⁴

A segunda ora se transcreve: "a perda da faculdade de propor questões",¹⁵ de modo que "preclusas todas as questões, propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada", mas que "não se apresenta só no momento final, como expediente para assegurar a intangibilidade do resultado do processo, mas apresenta-se também durante o processo, à proporção que, no curso deste, determinadas questões são decididas e eliminadas".

4.2 Panorama da doutrina italiana

É dos estudos de CHIOVENDA que a maioria da doutrina processual italiana parte quando trata do estudo da preclusão.

Entretanto, a despeito de ter o notável professor de Roma traçado os contornos básicos da preclusão em duas diferentes acepções, como vimos acima, a doutrina italiana atual associa o conceito de preclusão imediatamente à perda de uma faculdade processual, e procura outras explicações para o fenômeno da imutabilidade das decisões incidentais.

Talvez isso tenha ocorrido porque se verificou que CHIOVENDA havia chamado de preclusão duas ordens de fenômenos que se mostravam diferentes entre si.

D'ONOFRIO mostra ter atentado para essa dicotomia para inspirar as sérias críticas à teoria de CHIOVENDA.¹⁶ Afirmava o autor tratar-se a preclusão de "um instituto cuja utilidade, justamente por sua excessiva amplitude, emerge muito discutível",¹⁷ e realçava seu caráter puramente *negativo*, que consiste apenas em impedir a formação de uma *situação jurídica*, sem que com isso surja uma *nova*

¹⁴ *Instituições de direito processual civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, notas de Enrico Tullio Liebman, v. 1, p. 220-221.

¹⁵ *Instituições*..., cit., v. 3, p. 515.

¹⁶ No ensaio *Sul concetto di preclusione* (*Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, p. 427-437). Todavia, é curioso notar que em sua obra *Diritto processuale civile* (cuja 2ª edição, revista, foi publicada em 1948, ou seja, mais de duas décadas após o referido artigo escrito *in onore* de CHIOVENDA), o autor não insiste nos mesmos argumentos anteriormente espostos e define *preclusão* de modo consentâneo, em linhas gerais, com a doutrina chiovendiana, isto é, o efeito de indisponibilidade da questão incidental resolvida (por *ordinanze*), cujos efeitos operam apenas dentro do processo (daí diferente, pois, da *cosa julgada*), e como o fenômeno que impede a parte de exercer determinada atividade processual (p. 149).

¹⁷ P. 428.

situação jurídica.¹⁸ Esse raciocínio serviu para excluir uma série de hipóteses em que a doutrina costumou identificar a *preclusão*,¹⁹ de modo que aqueles casos em que ocorre seriam típicos, isolados e identificáveis no sistema.²⁰ Dentre os exemplos de *preclusão vera e propria* pelo autor apontados, estão a *preclusione per la incompatibilità dello scopo* (que nada mais é do que a *preclusão lógica* de CHIOVENDA) e a *preclusão com eficácia extraprocessual* (na situação de *litispendência*, que geraria a *preclusão* de ações idênticas).²¹

Essa concepção puramente negativa da *preclusão* também seduziu LIEBMAN, que, em nota à obra *Embargos do executado*,²² afirmava: “À tendência restritiva de D’ONOFRIO [...] nada haveria a objetar (pois que inegavelmente subsistem diferenças nas várias aplicações do conceito de *preclusão*)”, sustentando a necessidade de definir um conceito para explicar os fenômenos que ficaram *fora* do âmbito da *preclusão*. Mas, em momento ulterior de sua obra, o autor acolheu quase que inteiramente o conceito chiovendiano.²³

O aludido ensaio de D’ONOFRIO foi escrito em 1927, de tal maneira que CHIOVENDA teve oportunidade de rebater as críticas no seu último e mais importante estudo sobre o tema (*Cosa giudicata e preclusione*), reputando arbitrária a distinção entre eficácia *negativa* da *preclusão* e a eficácia positiva de “un’altra cosa”.²⁴ Ressaltou ainda CHIOVENDA que a *preclusão*, em si, se identifica, sob um de seus aspectos, com a perda da faculdade processual, sendo estranha a seu conceito a situação jurídica que dela deriva. Ou seja: para conceituação de *preclusão* não fazem diferença as conseqüências que seu advento traz ao processo. Note-se que

¹⁸ Os exemplos dados pelo autor para demonstrar esse raciocínio são de atos muito peculiares, próprios do ordenamento italiano anterior ao Codice de Procedura Civile de 1940, que falecem de maior interesse para nós. Com base no raciocínio do autor, podemos trazer como exemplo a falta de contestação oportuna, pelo réu, de um fato alegado pelo autor; nesse caso, não haveria uma *preclusão* em sentido estrito, pois isso geraria uma *situação jurídica nova*, qual seja, a presunção de veracidade; diz D’ONOFRIO que essa é uma norma que rege a *prova* no processo (residual do sistema da *prova tarifada*), cuja aplicação se dá no momento em que o juiz profere sentença (*Sul concetto di preclusione...*, cit., p. 430).

¹⁹ O mais claro deles é a exclusão da *preclusão temporal* que recai sobre o ato de recorrer. Para D’ONOFRIO, nesse caso, haveria a consolidação de uma situação jurídica cuja eficácia estava “ameaçada”, ou contida, durante o transcurso do tempo destinado ao recorrente (*Sul concetto di preclusione...*, cit., p. 432).

²⁰ “Questo principio non esiste e non può esistere; ed è soltanto combinando le varie norme positive e i vari istituti logici che si può stabilire se in un determinato caso – e fino a qual punto – *preclusione vi sia*” (*Sul concetto di preclusione...*, cit., p. 430-437).

²¹ *Ibidem*, p. 430-437.

²² Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 224, nota 569.

²³ *Manuale de diritto processuale civile*, 5ª ed., v. 1, p. 210.

²⁴ *Cosa giudicata e preclusione...*, cit., p. 232.

CHIOVENDA não tratou, nessas respostas às referidas críticas, da *preclusão* de questões incidentais.

STEFANO RICCIO, anos depois, enfrentou o cerne do problema, atentando justamente para o fato de que CHIOVENDA chamara de *preclusão* fenômenos diferentes entre si. Refutando sua teoria, RICCIO argumentava que não se poderia falar de *preclusão* dirigida ao juiz, mas somente às partes. E acaba por adotar a idéia de *preclusão pro iudicato* de REDENTI para designar o fenômeno que impediria o juiz de réver decisão de conteúdo processual prolatada incidentalmente.²⁵ Como se verá no próximo item, essa concepção influenciou sobremaneira a doutrina brasileira.

Assim, com o decorrer dos tempos, sistematicamente a doutrina italiana passou a apresentar reiteradas restrições em aceitar a segunda concepção de CHIOVENDA acerca da *preclusão* (relativa à estabilização das decisões incidentais).²⁶

De fato, não há como negar que as lições de CHIOVENDA, apesar de importantíssimas, não se mostravam suficientes para explicação do fenômeno da imutabilidade das decisões incidentais. A definição da primeira acepção de *preclusão* (aquela que recai sobre as faculdades processuais das partes) mostra-se muito mais completa e desenvolvida que a da segunda acepção (estabilização de questões resolvidas no curso do processo).

Poder-se-ia cogitar que os estudos de CHIOVENDA, por terem vindo a lume ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1865, não se mostravam adequados para o novo diploma processual, promulgado em 1940.²⁷

Assim, vários autores tomam o fenômeno *apenas* sob a primeira acepção (*preclusão* como efeito que implica perda de um direito processual pela parte). E, *nesse mister*, apesar de haver diversas críticas doutrinárias à doutrina chiovendiana, no geral pode-se dizer que a doutrina (tanto contemporânea ao professor romano quanto a ele posterior) acolheu-a com poucas restrições.

VIRGILIO ANDRIOLI, em recorrente verbete do *Nuovissimo digesto*,²⁸ realça a importância da *preclusão* na dinâmica processual, diferenciando-a em modalidades diversas daquelas que CHIOVENDA idealizou: falava de *preclusão lógica*, *preclusão*

²⁵ *La preclusione processuale penale*, p. 99 ss.

²⁶ Exceção se faça, v. g., a BERTI (*Diritto processuale civile italiano*, p. 585 ss), que é um dos autores que abraçaram a teoria chiovendiana acerca da segunda acepção da *preclusão* com poucas restrições (embora tenha dado pouca atenção ao tema). Ele faz a distinção entre coisa julgada como uma *preclusione finale*, que recai sobre a sentença de mérito, cujos efeitos transcendem o processo no qual foi proferida atingindo questões propostas ou não, resolvidas ou não, e a *preclusione di questioni singoli*, que se dá no curso do processo e tem efeitos meramente endoprocessuais.

²⁷ Lembre-se que CHIOVENDA faleceu em 1937, três anos antes do advento do novo Código de Processo Civil italiano.

²⁸ *Preclusione (processuale civile)*, v. 13, p. 567-570, que repete em parte verbete *Preclusione* que o mesmo autor escrevera no *Nuovo digesto*, v. 17, p. 130-132.

temporal (decorrente do decurso de prazos peremptórios), preclusão pela superação de determinada fase no processo, preclusão pela realização do ato processual de modo diverso do determinado, preclusão pela superação de um grau de jurisdição.

As correções que ANDRIOLI sugeriu ao conceito de CHIOVENDA pouco acrescentaram a ele, pois este último alargava o conceito de *preclusão temporal* como a perda de uma faculdade processual em razão de “não ter se observado a ordem determinada na lei para seu exercício, como os prazos peremptórios e a sucessão legal de atividades e exceções”.²⁹ Já a preclusão por ter se realizado um ato de modo diferente do determinado pela lei importava, como se costuma dizer, em uma *preclusão consumativa*.³⁰ Por fim, e como adiante também falaremos, a preclusão pela superação de um grau de jurisdição pode ser igualmente enquadrada como uma preclusão temporal.

Mas não é demais registrar que granjeou grande aceitação doutrinária a idéia de que uma das modalidades de preclusão seria aquela relativa à superação de uma fase do processo,³¹ distinta da preclusão por decurso de um prazo.

GIOVANNI TESORIERE³² dedicou monografia ao estudo da preclusão, e já na sua introdução afirma a validade e importância dos estudos de CHIOVENDA, atentando justamente para o fato de que esses conceitos devem ser revisitados para que se dê à preclusão – que é um fenômeno que está na realidade da prática forense – contornos mais atuais do que aqueles que, no passado, lhe foram dados. Assim, parte da doutrina chiovendiana para questionar alguns pontos sobre os quais esta se apóia (como a idéia de relação jurídica processual, ou a distinção entre coisa julgada formal e material), mas sem alterar em substância os resultados a que chegara o mestre romano. Enfim, TESORIERE propõe-se a alargar os horizontes do instituto justamente realçando seu aspecto *dinâmico* no processo.

Recentemente, FABIO MARELLI³³ também enfrentou o tema, com particular ênfase em um dos aspectos a ele relacionados, qual seja, a preclusão dos poderes das partes na postulação e instrução do processo, cuja importância sobressai claramente à vista da reforma do processo italiano em 1990. E, para essa empreita-

²⁹ Cosa giudicata e preclusionone..., cit., p. 233, já por nós traduzido.

³⁰ Para ampla abordagem desse aspecto, confira-se item 7.4.4.2, *infra* e seguintes.

³¹ Sobretudo na Itália (v. g., LIEBMAN, *Manuale...*, cit., v. 1, p. 210, e RICCIO, *Preclusionone processuale penale*, p. 110), em que a doutrina chegou a ponto de refinamento de distinguir os *termini estrinseci* dos *intrinseci* (os primeiros seriam marcados em dias, e os segundos em *fases processuais* (assim, ROBERTO POLI, *Sulla sanabilità...*, cit., p. 449). Também entre nós a tese ganhou adeptos, como, ainda que de modo pouco claro, PONTES DE MIRANDA falava em “preclusão por períodos” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 111).

³² *Contributo allo studio della preclusionone nel processo civile*.

³³ *La trattazione della causa nel regime delle preclusiononi*.

da, o autor também parte dos estudos de CHIOVENDA e sob tais premissas analisa o impacto da *Novella* de 1990 no regime da *trattazione* da causa.

Isso não significa, contudo, que em torno dessa primeira acepção chiovendiana de preclusão haja unanimidade. De fato, além das críticas referidas acima, destaca-se conhecido artigo da lavra de ALDO ATTARDI, que se propõe justamente a questionar essa acepção acolhida na doutrina tradicional.³⁴ O autor primeiramente questiona a autonomia da preclusão como *instituto processual*, pois os fenômenos que são identificados com esse conceito não ocorrem apenas no direito processual; apregoa que também na esfera substancial pode a parte perder um direito por não o ter exercitado no prazo assinalado (ou seja, a *decadência* propriamente dita), ou por ter desempenhado ato incompatível em momento antecedente (o exemplo é o art. 1.322 do Código Civil italiano, a respeito de demanda contra um dos devedores solidários e não contra os demais), e, finalmente, por já ter sido exercido em momento anterior (a parte de um contrato não pode exigir novamente da contraparte a sua prestação se ela já foi adimplida).³⁵ Ademais, nega a existência de uma preclusão consumativa, pois, em seu entender, essa proibição de reiteração do mesmo ato decorre no princípio *ne bis in idem*. Conclui, então, por afirmar que “o conceito de preclusão deve ser rejeitado e que os casos especiais de extinção de um poder processual devem ser considerados singular e separadamente, eventualmente utilizando, com o fim de enquadrar tais fenômenos, dos conceitos e dos princípios que a ciência jurídica tiver formulado em caráter geral”.³⁶

Cumpra ainda anotar que muitos autores italianos tendem a fazer uso da palavra *decadenza* com sentido similar ao de *preclusão* incidente sobre os direitos das partes. A confusão de conceitos tem como antecedente mais remoto o direito francês, em que o termo *forclusion* é utilizado tanto no direito material quanto no direito processual,³⁷ e como antecedente bastante próximo o próprio Código de

³⁴ Per una critica al concetto di preclusionone, *Jus*, I, p. 1-17, 1959.

³⁵ Nesse mister, podemos já refutar a posição do referido autor, por entender que, ainda que o instituto possa ser aplicado no direito material, isso não exclui a sua importância e não apaga seus contornos (próprios) como instituto processual. De fato, basta pensar que os conceitos de invalidade e ineficácia foram desenvolvidos pelos civilistas, mas têm aplicação particular no processo (cf. nosso *Contribuição ao estudo das invalidades*: comparação entre o sistema de nulidades no novo Código Civil e no direito processual civil, inédito p. 10 ss), do mesmo modo que o conceito de *onus* foi desenvolvido por processualistas sobretudo, e pode ser aplicado no direito substancial, igualmente, ainda que com necessárias adaptações (cf. item 6.2.1 *infra*). Em suma, ainda que determinado instituto pertença não a um “ramo” específico do direito, mas sim à sua teoria geral, ainda assim assume características e temperamentos específicos quando aplicado em um particular sistema.

³⁶ Per una critica..., cit., p. 12, em nossa tradução livre.

³⁷ Cf. ensinam JOSÉ DE MOURA ROCHA, *Preclusão – prazo preclusivo*, cit., p. 15, e CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Da preclusão no processo civil*, *Revista Forense*, nº 158, p. 59.

Processo Civil vigente, que prefere o vocábulo *decadenza* quando claramente trata de hipótese de *preclusão*.³⁸

Vários autores simplesmente adotam *decadenza* em vez de *preclusão* temporal.³⁹ Alguns autores procuraram desfazer essa dicotomia, como GIUSEPPE GUARNIERI,⁴⁰ que, com pobre rigor científico, diferenciava as hipóteses, dizendo que o ato praticado depois do advento da *decadenza* seria nulo, e que se praticado após a *preclusione* seria meramente ineficaz. Outros, como BONA CAVALLARI⁴¹ e TESORIERE,⁴² lecionam que a *preclusão* é derivada de uma *decadência* (seria o efeito que decorre da perda do direito da parte pela omissão quanto ao exercício no momento oportuno).⁴³

No entanto, a moderna doutrina processual peninsular reconhece tratar-se de uma atecnia, pois “*decadenza*”, a exemplo do que ocorre em nosso ordenamento legal, é instituto do direito material, que não se confunde com a “*preclusione*”, que tem índole estritamente processual⁴⁴ (até porque as normas que regem o instituto, no direito privado italiano, vêm previstas nos arts. 2.964 a 2.969 do Codice Civile e são inaplicáveis ao direito processual).⁴⁵

Outro argumento invocado na Itália a afastar o uso da palavra *decadenza* como sinônimo de *preclusione* é o de que o espectro de incidência do primeiro é menos amplo que o de *preclusão*, pois se referiria apenas à sua modalidade temporal (decorrente da inatividade da parte e conseqüente decurso *in albis* de um prazo peremptório),⁴⁶ ao passo que o fenômeno *preclusão*, em suas esferas temporal e

³⁸ V. g., o art. 152 (que estabelece o que se usualmente denomina *preclusão* temporal) e o art. 167 (perda do direito de reconvir) falam de *decadenza*, mas com o mesmo sentido de *preclusione*.

³⁹ Como BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 22 ss), que afirma a necessidade de manter o termo *decadenza* para esse fenômeno apenas porque a *preclusão* indicaria uma série vastíssima de situações (tal como D'ONOFRIO havia criticado a tese de CHIOVENDA, meio século antes). GIOVANNI VERDE (*Profili...*, cit., p. 273) leciona que a *preclusão* derivada do decurso do tempo leva o nome de *decadenza*. A mesma tese repercute dentre os estudiosos do processo penal (LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, v. 1, p. 783).

⁴⁰ *Preclusione* (processuale penale), *Novissimo digesto italiano*, v. 13, p. 570-576.

⁴¹ *Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 898.

⁴² *Contributo...*, cit., p. 75.

⁴³ No mesmo sentido, COMOGLIO (*Preclusioni istruttorie*, cit., p. 975).

⁴⁴ Cf. e. g., Idem (ibidem, p. 973-974); EDOARDO GRASSO (*Interpretazione della preclusione...*, cit., p. 644) e MARELLI (*La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, p. 11). A mesma idéia encontra guarida entre os processualistas espanhóis, que restringem o uso de *preclusión* para o campo do processo, deixando o termo *caducidad* para as situações previstas no direito material. Vide, a propósito, VALLINES GARCÍA, *La preclusión...*, cit., p. 13 ss).

⁴⁵ Cf. observa MARELLI (*La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, cit., p. 11).

⁴⁶ Cf., especialmente, o art. 152 do CPC italiano.

lógica, apresenta traços característicos praticamente iguais,^{47,48} autorizando sejam tratados, como propôs CHIOVENDA, como duas manifestações de um mesmo instituto processual.⁴⁹ Não haveria sentido chamar a *preclusão* temporal de *decadenza*, deixando a modalidade lógica sem uma particular denominação.^{50,51}

Mas, superada essa questão (que, a rigor, é muito mais terminológica do que técnica), cabe ainda observar que a maioria dos estudos já mencionados foi elaborada na vigência do Código de Processo Civil italiano de 1865, ou na vigência do Código de 1940, com a redação que lhe deu a reforma de 1950.

Como vimos acima,⁵² nesses largos períodos, o processo italiano era estruturado de forma francamente elástica, permitindo-se ampla liberdade aos litigantes na dedução de suas pretensões e requerimentos e na produção da prova. A *preclusão*, como fenômeno destinado ao regramento da marcha processual, tinha, então, uma importância nitidamente secundária no processo italiano, e sua aplicação ficava restrita, realmente, a casos esparsos.

Isso explicaria a reticência de alguns doutrinadores em aceitar a autonomia científica do instituto e a utilidade em estudá-lo, bem como justificaria por que os conceitos em torno do tema permaneciam, de ordinário, um pouco nebulosos.

⁴⁷ Cf. anota MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 11).

⁴⁸ Aliás, a própria Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, de 2000, traz em seu art. 136 a definição de *preclusão* apenas sob o seu aspecto temporal (item 3.4, *supra*) e, nessa esteira, boa parte da doutrina espanhola não atenta para as outras modalidades de *preclusão*: confirmam-se, a título de exemplo, LUIS RIBÓ DURAN, *Diccionario de derecho*, p. 327; DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 62), ARANGÜENA FANELO (*Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, p. 859 ss).

⁴⁹ Trataremos desses traços nos itens 7.4.4.2 e 7.5, *infra*, nos quais também explicaremos nossa posição de não incluir, aqui, a *preclusão* consumativa.

⁵⁰ CELSO BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 22) observa que a *decadenza* na órbita do processo não se confunde com aquela no direito material civil, pois aquela visa precipuamente a aceleração do processo, ao passo que esta objetiva a segurança jurídica. Assim, conclui que tal discrepância de escopos desaconselha a aproximação entre os institutos. No entanto, ainda assim não abandona a denominação *decadenza* para o processo civil, recusando claramente os ensinamentos de CHIOVENDA quanto ao tema e afirmando a necessidade de estudar a perda de direitos processuais pelo transcurso de prazos separadamente de outros fenômenos que, pela doutrina chiovendiana, vinham-lhe equiparados.

⁵¹ Aliás, essa associação também houve, em muito menor grau, entre nós. Confirma-se, a propósito, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 6, § 668), em que afirma ser possível usar *preclusão* em vez de *decadência* no direito civil (no mesmo sentido, EPAMINONDAS PONTES, *Preclusão, Repertório enciclopédico do direito*, v. 38, p. 335). Mas o que prevaleceu também em nosso direito é a utilização do termo *decadência* apenas para a esfera do direito material e *preclusão* apenas para o direito processual, seja por uma questão de tradição, seja porque o prazo *decadencial* do direito material não se prorroga (art. 205 do CC), ao passo que o prazo *processual preclusivo* se prorroga até o dia útil seguinte (art. 184 do CPC).

⁵² Item 3.2, *supra*.

Assim, a *Novella* de 1990 – aumentando sensivelmente o rigor do regime de preclusões vigente no processo civil italiano (de modo a alargar o espectro de incidência do instituto) e estabelecendo regras que separam o processo em fases razoavelmente estanques – suscitou uma revisitação do tema, com a profusão de artigos doutrinários⁵³ e obras dedicadas ao assunto.⁵⁴

E é justamente à vista desses recentes estudos que ficamos convencidos de que a primeira acepção de preclusão, segundo teoria de CHIOVENDA (aquela dirigida aos direitos processuais das partes), é largamente disseminada na doutrina italiana e serve de ponto de partida para todas as investigações em torno do tema.⁵⁵

Quando se trata, porém, de enfrentar o fenômeno que torna imutáveis as decisões incidentais, a doutrina italiana se afasta muito dos ensinamentos de CHIOVENDA.

PUGLIESE,⁵⁶ na esteira de outros autores, chega a negar a existência da preclusão enquanto instituto autônomo e diverso da coisa julgada. O autor parte da interpretação do art. 2.909 do Codice Civile – lançando mão de completa pesquisa histórica e de sistemas jurídicos estrangeiros – para concluir que, no sistema italiano, não se pode diferenciar a autoridade que recobre as decisões incidentais e as sentenças finais, após irrecorridas, havendo, sempre, *giudicato*,⁵⁷ e quando a lei assim determina, com efeito extraprocessual.⁵⁸

Outros, sem levar a extremos a interpretação do art. 2.909 do Código Civil italiano, preferem a dicotomia *giudicato esterno* e *giudicato interno*,⁵⁹ servindo o primeiro para designar, de uma certa forma, o que o art. 467 do CPC brasileiro chama de “coisa julgada material”, e, o segundo, o fenômeno que torna imutáveis

⁵³ Apenas para exemplificar, confirmam-se os textos já aqui citados: EDOARDO GRASSO (*Interpretazione della preclusione...*, cit.); BONA CAVALLARI (*Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit.); LUIGI PAOLO COMOGLIO (*Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, cit.); e MARIO ZOPPELARI (*Le nuove preclusioni e l'intervento in causa*, cit.).

⁵⁴ Destaca-se aqui MARELLI (*La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*).

⁵⁵ TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 37 ss) chega às mesmas conclusões e cita uma vasta lista de autores que acolheram a doutrina chiovendiana sobre a primeira modalidade de preclusão, a maioria já por nós referida.

⁵⁶ *Giudicato civile (diritto vigente)*, p. 833 ss.

⁵⁷ *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 833-834, tradução inédita de José Marcelo Menezes Vigliar.

⁵⁸ No mesmo sentido, TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 71 e 87), que afirma que se deve afastar o conceito de preclusão “in tema di giudicato”.

⁵⁹ V. g., PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 85 ss).

determinadas questões incidentais.⁶⁰ Essa terminologia tem, conforme pudemos observar, grande aceitação entre os estudiosos italianos modernos. Apesar de o fenômeno denominado *giudicato interno* coincidir com a segunda concepção chiovendiana de preclusão, inegável ser essa uma prova de que sua teoria encontra ressalvas.

Outra prova da insuficiência da obra de CHIOVENDA está no fato de o autor não ter enfrentado adequadamente a imutabilidade de determinadas questões incidentais para fora do processo. Trata-se aqui do que se começou a denominar decisões com eficácia *panprocessual*, em contraposição à eficácia meramente endoprocessual que gera a solução de questões processuais, e do valor vinculativo da coisa julgada material sobre a situação litigiosa existente no plano material.⁶¹

De fato, encontram-se no processo de conhecimento italiano atual decisões interlocutórias cuja imutabilidade extrapola os limites do processo (sejam elas de mérito, sejam elas de rito).⁶²

Além disso, mesmo desconsiderando-se o processo de conhecimento colhem-se exemplos de decisões que não se enquadram como sentença de mérito, mas cuja imutabilidade estende efeitos para fora do processo em que foram proferidas. A partir da análise desses casos, REDENTI⁶³ cunhou a expressão *preclusione “pro iudicato”* justamente para determinados provimentos – como o decreto de injunção (ou seja, o equivalente à decisão judicial que converte o título monitório em título executivo judicial) – que, apesar de não serem formalmente sentenças de mérito, podem, em virtude do seu conteúdo, gerar efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litígio, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores, mas com efeitos menos intensos que os da coisa julgada material (embora a eles de certa forma equiparados).

PUGLIESE⁶⁴ anota que essa concepção é amplamente aceita na jurisprudência e na doutrina.⁶⁵ São invocadas como exemplos várias outras decisões passíveis de serem cobertas pela *preclusione “pro iudicato”* – algumas sem similares em nossa legislação, mas que convém colacionar a título ilustrativo –, como os mandados de convalidação de licença ou de despejo e o decreto do juiz delegado que apro-

⁶⁰ LUCA BIANCHI (*I limiti oggettivi dell'appello civile*, p. 123-124) define esse conceito como a “efficacia derivante del *dictum* nel successivo corso del processo in cui esso è stato reso, per il giudice che ha emanato il provvedimento e per i giudici dei successivi gradi”.

⁶¹ Cf. PUGLIESE (*Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 840-841).

⁶² Confirma-se o item 3.2, *supra*.

⁶³ Confirma-se, a propósito, *Profili pratici di diritto processuale civile*, p. 135; *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 71-72; v. 3, p. 25-26 e 41-45 etc.

⁶⁴ *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 838-839.

⁶⁵ Colhe-se, por exemplo, a discordância de GARBAGNATI (*Preclusione “pro iudicato” e titolo ingiuntivo*, *Studio in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 467-483).

va o estado passivo da falência, admitindo ou excluindo os créditos, dos quais os respectivos titulares tenham pedido a admissão ao passivo. No entanto, coerentemente com suas concepções sobre a coisa julgada – referidas acima –, PUGLIESE descarta essa solução, afirmando tratar-se, em todos esses casos, de *giudicato*, a teor do art. 2.909 do Codice Civile.

Como se vê, a diversidade de opiniões a respeito denota o interesse sobre o tema aqui proposto.

Perece-nos, contudo, que aprofundar ainda mais a análise crítica de todas essas lições doutrinárias mostra-se, primeiramente, inoportuno, já que somente poderemos ter condições de fazê-lo após termos avançado em nossa incursão sobre o tema. Ademais, já podemos ao menos observar que as opiniões da doutrina italiana atual acerca da segunda acepção de preclusão devem ser recebidas com várias ressalvas, dadas as diferenças entre o sistema processual peninsular e o nosso (mormente quanto à definição de *coisa julgada*, pois, como adiante veremos, a diferença entre os arts. 2.909 do Codice Civile italiano e os arts. 467 e seguintes do CPC brasileiro também traz conseqüências para o instituto da preclusão).

4.3 Panorama da doutrina brasileira

No Brasil, ao contrário da Itália, a doutrina de CHIOVENDA goza de ampla aceitação, praticamente não havendo quem negue a autonomia do instituto da preclusão ou não admita a utilidade e importância de seu estudo, em ambas as suas acepções.⁶⁶ Ademais, adota-se, por aqui, a primeira concepção de preclusão sem nenhuma ressalva e, quanto à segunda, as restrições são muito menores do que aquelas postas pelos processualistas italianos à tese chiovendiana.

ANTÔNIO ALVES BARBOSA escreveu conhecida monografia,⁶⁷ nos idos de 1955, a qual até hoje é citada pelos estudiosos do tema (e inclusive foi reeditada trinta anos depois, com atualização e notas remissivas ao direito vigente, pelo Ministro César Peluso). Após profunda análise da doutrina italiana existente à época, o autor delineia as mais importantes características do instituto, sobretudo a sua vocação para regular a marcha processual, impulsionar o procedimento adiante e impedir que retroceda. Afirma expressamente que a preclusão dirige-se tanto às partes

⁶⁶ Aliás, de um modo geral, a influência que o notável processualista italiano exerceu sobre a nossa doutrina é maior até do que aquela exercida em seu próprio país, e isso não se resume apenas ao instituto da preclusão. Na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, é prestada essa homenagem a CHIOVENDA, seja quando se sustenta, com base nas lições do autor, que o processo é encarado como meio público de solução de controvérsias, ou quando se afirmam as vantagens de o processo ser oral e concentrado.

⁶⁷ *Da preclusão processual civil*.

como ao juiz, e faz um estudo completo de todos os aspectos do instituto (como sua comparação com prescrição, decadência, perempção e coisa julgada).

Outro famoso estudo sobre o tema é o de CELSO AGRÍCOLA BARBI,⁶⁸ também elaborado na década de 50. O autor partiu igualmente das lições de CHIOVENDA, das quais faz uma resenha completa, e chega à conclusão de que a definição que o autor italiano deu ao instituto da preclusão em seus últimos estudos dedicados ao tema⁶⁹ não condiz com o exercício lógico-argumentativo que construiu em ensaios anteriores.⁷⁰ Diz o autor que, ao lado da preclusão, como fenômeno que extingue faculdades processuais de titularidade dos litigantes – cuja definição, corrente na doutrina, soa bastante satisfatória e apta a resolver problemas práticos –, estaria a preclusão que recai sobre “questões”, que, ao contrário, suscita maiores dúvidas, sobretudo em razão da confusão entre o seu conceito e o de coisa julgada (principalmente o de coisa julgada *formal*). Assim, acaba o autor optando por designar *preclusão* sob essa dupla perspectiva e âmbito de incidência (para as partes e para o juiz), preferindo o conceito de coisa julgada formal (como se a coisa julgada formal fosse espécie, de que é gênero a preclusão).⁷¹

FREDERICO MARQUES – outro autor que deu trato ao problema na década de 50⁷² – afasta-se um pouco da concepção de CHIOVENDA, aproximando-se da de RICCIO, de modo a afirmar a preclusão como instituto designado apenas para incidir sobre as faculdades das partes, e não sobre os poderes do juiz.

Também MACHADO GUIMARÃES dedicou ao tema ensaio intitulado *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, em seus *Estudos de direito processual civil*,⁷³ partindo da doutrina chiovendiana e da doutrina alemã, para reafirmar a idéia de que a preclusão, de início, está ligada à noção de *perda* de uma faculdade processual, com vistas ao prosseguimento da marcha processual. Mas depois, na esteira de D'ONOFRIO e outros autores italianos, procura distinguir *preclusão* do *efeito preclusivo*, consistente em uma situação jurídica decorrente da preclusão, da coisa julgada formal ou da coisa julgada material. Assegura então que só existiria efeito

⁶⁸ Da preclusão no processo civil, *Revista Forense*, nº 158, p. 59-66.

⁶⁹ Em *Cosa giudicata e preclusione*, cit., e aquela constante das suas *Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-221, e v. 3, p. 515.

⁷⁰ *Sulla cosa giudicata...*, cit., e *Cosa giudicata e competenza...*, cit.

⁷¹ “Substituir o conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão de questões será apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou impréstatível e apto somente para gerar confusões. O conceito de preclusão, mais abrangente – pois além de se referir a *questões* pode se referir também a *faculdade* –, substituí, portanto, no estado atual do Direito, o de coisa julgada formal, o qual só permanece pela tenaz resistência das coisas velhas e difundidas no Foro” (*Da preclusão no processo civil*, cit., p. 63).

⁷² *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 385-386.

⁷³ P 7-32.

preclusivo endoprocessual com respeito a decisões incidentais que resolvessem questão de fato, e que sobre questões de direito não haveria; ao passo que o efeito preclusivo originado da coisa julgada formal abrangeria ambas as categorias de decisões no mesmo processo, e da coisa julgada material em qualquer outro processo futuro de *eadem re* ou logicamente subordinado.

Cumprido lembrar que, ao tempo em que esses estudos foram redigidos, vigia o Código de Processo Civil de 1939, que, como já tivemos oportunidade de mencionar acima, foi muito menos preciso no trato da espécie que o diploma que o sucedeu. A preclusão sobre questões processuais era confundida com coisa julgada pelo art. 288 daquele *codex*, e, ademais, o regime de recorribilidade restrita às interlocutórias gerava interpretações discrepantes sobre o instituto (item 2.8, *supra*).

Assim, os estudos realizados sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 têm um valor relativo, haja vista a quebra de alguns paradigmas operada pelo diploma que o sucedeu (em especial com a introdução dos arts. 471 e 473 e do regime de ampla recorribilidade de interlocutórias, como veremos adiante). Assim, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, as posições alteraram-se substancialmente.

FREDERICO MARQUES, ao escrever seu *Manual de direito processual civil*, na vigência do novo Código de Processo Civil, adotou posição diversa daquela esposada nas suas *Instituições*. O autor aprofunda-se mais sobre o tema – a ele dedicando um item próprio – e parte da idéia de que “a preclusão consumativa é fato que resulta de ato decisório irrevogável. Quando a decisão é sentença sobre o mérito, essa preclusão, dentro do processo, tem o nome de coisa julgada formal”. E daí abraça a concepção de “preclusão ‘pro iudicato’” para designar a preclusão que recai sobre as sentenças de “conteúdo apenas processual”, a qual “alcança toda e qualquer sentença que extingue o processo sem julgar o litígio”.⁷⁴

Mas o autor peca por não deixar clara a distinção entre preclusão *pro iudicato* e coisa julgada formal: limita-se a dizer que a primeira recai tanto sobre as sentenças quanto sobre as decisões interlocutórias, e que, tal como a coisa julgada formal, “só ocorrerá quando proferida decisão de que já não caiba recurso”.⁷⁵ A distinção entre preclusão *pro iudicato* e coisa julgada material, ao revés, é, sim, entabulada, com clara inspiração chiovendiana.⁷⁶

⁷⁴ v. 2, p. 170.

⁷⁵ v. 2, p. 170.

⁷⁶ “a preclusão *pro iudicato* não se confunde com a coisa julgada, porque os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da *res iudicata* material se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal” (*Manual...*, cit., v. 2, p. 171).

MIONIZ DE ARAGÃO também se debruçou sobre o tema em profundo e recorrente artigo doutrinário, colhido nos *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*.⁷⁷ Conceitua o instituto logo nas primeiras linhas, sob um duplo aspecto: “a) extinção de um poder, para o juiz ou o tribunal (sob tal aspecto, o Código não o menciona); e b) perda de uma faculdade, para a parte (nesta acepção é empregado pelo Código nos arts. 245, 473 e 601)”.⁷⁸ Com sua lucidez habitual, o processualista paranaense realça a idéia de que o instituto só tem razão de ser se concebermos o processo como *relação jurídica*,⁷⁹ e reafirma que o instituto é *processual*, sem aplicações no direito material, contrariamente ao que preconizam alguns autores (em especial ALDO ATTARDI e CELSO EDOARDO BALBI).⁸⁰ Aqui já se manifesta contrariamente à idéia de que preclusão “*pro iudicato*”, no sentido que REDENTI, ao criá-la, lhe emprestou, nada tem a ver com preclusão de questões no curso do processo de conhecimento: naquela, atingir-se-ia o plano do direito material (*res in iudicium deducta*), sobretudo no processo de execução, e nesta apenas questões processuais.

JOÃO BAPTISTA LOPES dedicou dois artigos ao tema.⁸¹

No primeiro deles, a idéia que apresenta maior destaque é a de preclusão como *sanção*, e como tal dirigida apenas às partes,⁸² de modo que para o juiz o fenômeno chamado (por influência de STEFANO RICCIO) de preclusão *pro iudicato* não seria tecnicamente preclusão.⁸³

No segundo – que, aliás, não se debruça apenas sobre o instituto, mas é normalmente apontado como um estudo importante nesse terreno – refere-se apenas à preclusão sobre as questões incidentais, negando seja ela positivada no sistema, mas a acolhe como decorrência do princípio da proibição do *bis in idem*.⁸⁴

⁷⁷ p. 141-183.

⁷⁸ O detalhe é que a palavra *preclusão* não mais figura, atualmente, no texto do art. 601 do CPC, eis que alterado pela Lei nº 8.953/1994.

⁷⁹ Preclusão (processo civil), cit., p. 143.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁸¹ Breves considerações sobre o instituto da preclusão, *Revista de Processo*, nº 23, p. 45-60, e Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, *Revista de Processo*, nº 35, p. 24-67.

⁸² “Tecnicamente, a preclusão é fenômeno processual que diz respeito tão-somente às partes” (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 48).

⁸³ “A esse fenômeno que se constitui num obstáculo ou barreira que impedem a decisão de questões já decididas é que a doutrina denomina preclusão *pro iudicato*. Não se trata, evidentemente, de preclusão em sentido técnico. Como vimos, é inseparável do conceito de preclusão a idéia de penalidade” (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 49).

⁸⁴ Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33.

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, em trabalho que lhe valeu o grau de mestre em direito processual,⁸⁵ faz completa análise da doutrina italiana e brasileira e de todos os aspectos do instituto, de modo que o resultado de seu estudo é obra de fôlego, insuperável por aquelas que a precederam em termos de clareza e sistematização, mas que não deixa de estar adstrita aos limites a que a ciência processual já chegara anteriormente. No que toca aos longos debates travados pela doutrina que o antecedeu sobre a extensão dos efeitos da preclusão aos poderes do magistrado, o autor assume posição clara ao pregar o abandono ao "preconceito" contra a idéia de que a preclusão se dirige também ao juiz.⁸⁶

Recentemente, HUMBERTO THEODORO JR. deu importante contribuição ao estudo do instituto, em artigo doutrinário que – pode-se dizer – sintetiza todo o pensamento da doutrina pátria sobre o tema.⁸⁷ Também esse autor partiu de CHIOVENDA, RICCIO, D'ONOFRIO e ANDRIOLI para perfilhar o entendimento, hoje, prevalente entre nós, ou seja, de que a preclusão seria classificada em três categorias (*temporal, lógica e consumativa*) e conviveria no sistema com a preclusão *pro iudicato*, dirigida ao juiz e destinada a impedi-lo de rever questões incidentais já solucionadas.

ALEXANDRE DE ALENCAR BARROSO também dedicou sua dissertação de mestrado ao assunto, procurando demonstrar que a preclusão deve ser interpretada à luz do princípio do *acesso à justiça* e da instrumentalidade do processo.⁸⁸

DANIEL ASSUMPÇÃO AMORIN NEVES⁸⁹ também lançou-se ao estudo de uma das faces do tema, qual seja, a da imutabilidade de determinadas decisões tomadas nos processos de execução e monitório, de um lado, e das decisões tomadas no curso do processo de conhecimento e cautelar, de outro. Realça justamente que, no primeiro grupo, estão decisões que geram eficácia *extraprocessual*, e que no segundo há decisões com eficácia *endoprocessual*. Assim, chama ao efeito que torna imutá-

veis as primeiras de *preclusão judicial*, e às demais de *preclusão "pro iudicato"*, por uma questão de fidelidade a quem cunhou a segunda expressão (REDENTI).

Também merece registro a obra de MAURÍCIO GIANNIACO,⁹⁰ em que revisita toda a doutrina estrangeira e pátria sobre o tema, sob todas as suas óticas "clássicas", ou seja, investigando sua natureza jurídica (que o autor reputa ser de fato jurídico impeditivo⁹¹) e suas distinções com outros institutos (como prescrição, decadência, perempção, coisa julgada e nulidade⁹²). O autor também distingue a preclusão *pro iudicato* (no seu sentido original) da preclusão de *questões* resolvidas no curso do processo,⁹³ fornecendo fundamental contribuição para a delimitação do conteúdo das questões que o juiz resolve no curso do processo e da imutabilidade que adquirem.⁹⁴

Essas são, em linhas gerais, as obras que foram dedicadas com maior profundidade ao tema em nossa doutrina processual.

Em suma, esse longo panorama doutrinário demonstra que, sobretudo na doutrina brasileira, há um certo consenso sobre o instituto em exame.

Todos partem das mesmas premissas lançadas por CHIOVENDA, chegando a resultados muito semelhantes, máxime quanto às três modalidades descritas pelo processualista italiano para a primeira concepção do instituto e batizadas por FREDERICO MARQUES⁹⁵ (*temporal, lógica e consumativa*).⁹⁶

Também há absoluto consenso de que as decisões interlocutórias, quando não atacadas por agravo, geram preclusão, impedindo as partes de rediscutirem a questão e obstando o juiz de proferir outra em seu lugar, a não ser que pela via do juízo de retratação ensejado pelo agravo (art. 529 do CPC), ou outros casos taxativamente previstos na lei processual.

⁸⁵ *A preclusão processual civil*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24. Ao contrário, entende o autor que esse é o único modo de pôr a questão adequadamente, deixando de lado a concepção equivocada de *preclusão pro iudicato*.

⁸⁷ A preclusão no processo civil, *Revista Jurídica*, nº 273, p. 5-23.

⁸⁸ "Assim é que, sem embargo dos dispositivos legais aplicáveis à espécie (não se está a pretender, com a presente dissertação, incentivar a desobediência ao direito positivo), sempre que o aplicador se deparar com uma situação em que a incidência da preclusão possa causar prejuízo ao que se entende por efetividade do processo (entenda-se, fornecer resultado compatível com o cumprimento espontâneo da norma substancial), deve buscar o sistema todos os meios razoáveis para evitar que tal ocorra (e são muitos, como visto no presente trabalho, principalmente os ligados ao intitulado direito processual constitucional), de modo a que possa ser produzida a tão idealizada justiça" (*Acesso à justiça e preclusão civil*, cit., p. 164).

⁸⁹ *Preclusão judicial e preclusão "pro iudicato" no processo civil brasileiro*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, 2002, sob orientação do Prof. Antonio Carlos Marcato. Hoje, o trabalho se acha publicado sob o título *Preclusões para o juiz: preclusão judicial e preclusão "pro iudicato" no processo civil brasileiro*.

⁹⁰ *A preclusão no direito processual civil brasileiro*.

⁹¹ *A preclusão...*, cit., p.71-79.

⁹² *A preclusão...*, cit., p.89-111.

⁹³ *A preclusão...*, cit., p.130-140.

⁹⁴ *A preclusão...*, cit., p.140-157.

⁹⁵ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 380-381.

⁹⁶ Acresçam-se aos autores já mencionados MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 100); MOACYR AMARAL SANTOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 464-465); ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Preclusão, Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60, p. 9); OVIDIO A. BATISTA DA SILVA (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 209); ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 507-508); ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 547); VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 22-23); MARINONI e ARENHART (*Manual do processo de conhecimento*, p. 654-655); SÉRGIO GILBERTO PORTO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 219); WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (*Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 191-193) etc.

Tem-se, afinal, que as divergências cingem-se praticamente a uma questão terminológica, isto é, aqueles autores que preferem distinguir a preclusão *pro iudicato* (que recairia sobre as questões incidentais resolvidas) da preclusão dirigida às faculdades e poderes das *partes* (ou preclusão *stricto sensu*, por assim dizer).⁹⁷

Pareceu-nos, dessarte, que somente após tratar esse panorama completo é que podíamos, realmente, ter certeza de que a concepção trazida pela voz corrente na doutrina não satisfaz, e por vários motivos.

Não satisfaz, primeiramente, pela falta de rigor terminológico, pois dois institutos substancialmente diversos recebem a mesma denominação.⁹⁸ Não é preciso dizer que, cientificamente, essa postura é bastante inadequada, e a doutrina brasileira não atentou para esse problema como fez a italiana.

De outro lado, pouca (ou quase nenhuma) atenção deu a doutrina à idéia de que a conformação da preclusão no processo civil é o traço mais relevante para definição de como se dará a dinâmica do procedimento.⁹⁹

Por fim, são escassos os estudos mais acurados acerca da interpretação do instituto dentro do processo.¹⁰⁰ Vale dizer: pouco dedicou-se à definição de critérios científicos para que o instituto da preclusão – aplicado com tanto rigor na prática – seja atenuado em referência à moderna doutrina inspirada na idéia de instrumentalidade do processo.¹⁰¹

⁹⁷ Uma das exceções pode-se dizer ser CALMON DE PASSOS, para quem “há preclusões que atingem o magistrado elas são fundamentais para os objetivos apontados. Apenas sua fundamentação é diversa daquela que inspira a construção das preclusões no tocante às partes” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 528-529).

⁹⁸ Exceção feita, como vimos acima, a DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*) que identifica essa confusão e sugere como contorná-la.

⁹⁹ Por isso mesmo que o Capítulo 10, é inteiramente dedicado a esse ponto.

¹⁰⁰ Novamente cumpre fazer ressalva ao supra-aludido trabalho de ALEXANDRE DE ALENCAR BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão processual civil*), cuja tônica é, justamente, a análise da preclusão em face da garantia constitucional do acesso à justiça.

¹⁰¹ Para esse ponto, de importância destacada, destinamos o Capítulo 11.

Acepções do Termo Preclusão

Resulta de tudo o que já foi exposto até agora que o termo *preclusão* é absolutamente amplo, designando dois institutos diversos, isto é, o fenômeno que impede que a parte pratique o ato depois do transcurso do tempo, depois de já tê-lo praticado, ou depois de ter praticado ato incompatível (respectivamente, *preclusão temporal, consumativa e lógica*); e o fenômeno que torna uma questão imutável depois de decidida.¹

Assim, o termo *preclusão* emerge inegavelmente equívoco. A origem da expressão *poena preclusis*, como vimos, remonta à Idade Média, e com essa inspiração CHIOVENDA batizou o instituto da *preclusão*.

E, consoante já analisado, esse instituto não encontrou eco apenas nos sistemas processuais de base romano-germânica; no processo civil da *common law* o termo é usado, ainda que com contornos um tanto diversos.

Isso sem falar na aplicação promíscua do vocábulo no direito material, seja no direito francês (ao referir-se a *forclusion*), seja no ordenamento processual italiano (ao aludir-se textualmente à *decadenza*), seja no nosso ordenamento.

Ademais, e principalmente, é de se ver que as semelhanças entre as duas acepções de preclusão referem-se, principalmente, à finalidade e ao fundamento, o que também ajuda a entender por que os institutos vêm tratados, via de regra, conjuntamente.

É evidente que ambos os institutos têm uma semelhança fulcral quanto à *finalidade*, consistente em permitir a marcha processual, ordená-la e impedir retrocessos.

¹ V. g.: CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Da preclusão processual civil*, cit., p. 69 ss), MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão (processo civil)*, cit., p. 158) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455 ss).

Do ponto de vista procedimental, a preclusão (genericamente considerada) serve tanto para impedir um retorno à fase que já se exauriu para que a parte exerça um direito processual como para que o juiz reveja decisão incidental que já tenha sido proferida e que não tenha sido recorrida por nenhuma das partes.

Quanto ao fundamento, ambos os institutos atendem a um imperativo temporal, porque, do mesmo modo em que se estabelecem termos peremptórios para as partes, dentro dos quais devem elas cumprir seus atos processuais sob pena de não poder fazê-lo depois, impõe-se ao juiz que se abstenha de decidir o que já foi superado na cadeia de atos que compõem o procedimento.

Finalmente, em qualquer dos dois sentidos que o termo preclusão é empregado, há a idéia de “terminar, acabar, encerrar, fechar”, que sua origem latina sugere (*pre e cludere*).²

No entanto, não há dúvidas de que as diferenças entre os institutos são muitas, tanto que não passaram despercebidas pela doutrina.

Há quase meio século CELSO AGRÍCOLA BARBI³ atentou para o problema: “Aí temos chegado ao ponto em que a conceituação se mostra deficiente pois, segundo as palavras de CHIOVENDA, a preclusão é de *faculdades*, mas ele acaba admitindo a de questões decididas expressa ou implicitamente no curso do processo. Exemplificando com a questão da competência: o que o jurista examina no estudo *Cosa giudicata* e competência não é a perda da *faculdade da parte* de, em processo novo, suscitar a questão já decidida em processo anterior, mas sim o poder do juiz de resolver novamente a questão”⁴ (grifos nossos).

Apesar da perspicácia de tal constatação, o autor – no que é seguido por vários outros processualistas, como vimos no item anterior – limita-se a alargar a definição de preclusão tradicional de CHIOVENDA, para que ela abranja também o fenômeno que importa na imutabilidade das questões incidentais já resolvidas. Ou seja, o problema foi identificado, mas não foi cientificamente resolvido, pois a dicotomia de fenômenos sob a mesma denominação persiste, apesar de ser inaceitável.

Quando assim não procedem – e atualmente trata-se de uma corrente doutrinária que reputamos dominante no Brasil –, adotam os autores o conceito de preclusão “*pro iudicato*” para designar o fenômeno que importa na impossibilidade

² EPAMINONDAS PONTES (Preclusão, cit., p. 335).

³ Da preclusão no processo civil, cit., p. 60.

⁴ Mesmo ALDO ATTARDI (Per una critica..., cit., p. 3), que se propôs a questionar de forma tão dura a doutrina de CHIOVENDA, não atentou para a dicotomia dos conceitos de preclusão e, por conseguinte, não levantou a dúvida suscitada por CELSO BARBI. De fato, olvidando-se do fato de que as três modalidades de preclusão delineadas por CHIOVENDA referiam-se às partes (tanto que seu efeito era identificado, sempre, com a perda de uma *faculdade*), ATTARDI dá como exemplo da última modalidade de preclusão o caso em que “il giudice di primo grado abbia risolto con sentenza non definitiva una questione preliminare di merito”.

de o juiz voltar atrás em decisões que tomou no curso do feito, sem que tenha sido provocado pelo juízo de retratação, no âmbito do recurso de agravo.⁵

A concepção é decorrente de uma conjugação entre as doutrinas de REDENTI (que criou a expressão *preclusione “pro iudicato”* para designar um efeito extraprocessual, equiparável ao da coisa julgada material, para provimentos que não são sentenças de mérito, tais como decisões do processo de execução e monitorio) e RICCIO (que rechaçou a aplicação chiovendiana da preclusão sobre os poderes do juiz); dessa fusão resultou a idéia de que as decisões interlocutórias seriam cobertas pela preclusão “*pro iudicato*” sempre que delas não fosse tirado o recurso de agravo.

Como se vê, essa concepção – que parece ecoar apenas no Brasil, e não na Itália, à vista da extensa análise da doutrina peninsular (item 4.2, *supra*) – acaba, ao final, afastando-se totalmente de ambas as teorias que lhe deram origem.

A de RICCIO resta totalmente inobservada, à medida que o fenômeno representado pelo impedimento ao juiz de redecidir o que já tiver decidido é exatamente o mesmo; apenas adicionou-se expressão latina ao termo *preclusão*.

Do mesmo modo, a expressão desenvolvida por REDENTI acabou sendo desvirtuada, como bem apontaram MONIZ DE ARAGÃO⁶ e, mais recentemente, ALEXANDRE BARROSO,⁷ porquanto aplicada a terrenos não imaginados por este último autor italiano e, o que é pior, designando situações em que a imutabilidade das questões resolvidas não opera extraprocessualmente.⁸

Após fazer análise semelhante àquela por nós ora empreendida, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES,⁹ por sua vez, sugere que o fenômeno que opera a imutabilidade das decisões incidentais tomadas no processo de conhecimento seja chamado de *preclusão judicial*, reservando-se a expressão *preclusão “pro iudicato”* apenas para o sentido original desenvolvido por REDENTI.¹⁰ Parece-nos ser a melhor tentativa já executada de dirimir essa dicotomia de fenômenos.

⁵ Assim, JOSÉ FREDERICO MARQUES (Manual..., cit., v. 2, p. 170); HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 5-23); TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (O novo regime do agravo, p. 296 ss); JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33); dentre outros.

⁶ Preclusão, cit., p. 160.

⁷ Acesso à justiça e preclusão civil, cit., p. 115-116.

⁸ Observe-se que a expressão latina “*pro iudicato*” pode ser traduzida como “em lugar de julgado”, dando a dimensão de que seria instituto a atuar quando não se puder verificar *giudicato*, propriamente dito.

⁹ Preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil brasileiro, p. 16-19.

¹⁰ Preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil brasileiro, p. 32.

Não há dúvida acerca da importância de analisar essa questão terminológica, para que os institutos em exame – que estão presentes em cada momento do *iter* processual – sejam devidamente compreendidos e corretamente aplicados. Pois, como bem ensinou PONTES DE MIRANDA, com seu tom sempre cáustico: “Em ciências, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática. Depois dos extraordinários resultados da lógica contemporânea, liberta da mediocridade de alguns filósofos gregos e medievais, abriram-se horizontes que exigem caminhada atenta e segura. A linguagem vulgar pode chamar ‘manga’ à fruta, ao vidro do candelabro ou do candeeiro, ao braço do paletó; e dizer que B, no seu passo lento, manga, ou que dele manga A, que é zombeteiro. Em ciência, não.”¹¹

Ou seja, não se pode prescindir do rigor terminológico. Discorrendo justamente sobre a necessidade de apurar justamente a terminologia do instituto da preclusão, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER assinala que “dar a cada coisa o seu nome não é preocupação formalística, mas é exigência para que se crie segurança no manejo dos conceitos jurídicos. Aos conceitos é que acabam por se reduzir os fenômenos jurídicos. De erros, que podem ser de natureza meramente terminológica, podem decorrer sérios prejuízos à já tão imperfeita realização da Justiça entre os homens”.¹²

Enfim, lançadas essas premissas, passamos, nos dois capítulos seguintes, a abordar separadamente cada um dos fenômenos para, depois, realçar todas as diferenças entre os institutos e identificar outras razões para essa confusão de conceitos, além dessas aqui delineadas.

¹¹ Dez anos de pareceres, v. 8, parecer nº 211, p. 171.

¹² O novo regime do agravo, p. 318.

Posições Jurídicas na Relação Processual

6.1 Processo como relação jurídica complexa e as posições jurídicas dos sujeitos processuais

Para que possamos traçar seguramente a diferença entre essas duas faces da preclusão, impõe-se, necessária e previamente, distinguir entre as posições jurídicas do juiz e das partes no processo. Raciocínio semelhante foi por nós trilhado quando tratamos da teoria das invalidades processuais,¹ a fim de demonstrar que os vícios dos atos das partes e os vícios dos atos do juiz têm natureza, consequências e fundamentos diversos. E parece que esse mesmo método de análise permanece perfeitamente válido aqui, como se passará a expor.

Pois bem. Após séculos de discussão, superaram-se as concepções do processo como um *contrato* ou como um *quase-contrato*,² e hoje tem-se pacificado o entendimento de que o processo é uma relação jurídica complexa, de caráter público e *autônoma* em relação de direito material,³ ou, como diz DINAMARCO,⁴ “um sistema de vínculos”, que se desenvolve de modo “evolutivo e unitário”.⁵

¹ No nosso estudo *Contribuição ao estudo das invalidades*, cit., p. 16 ss.

² Sobre a histórica polêmica entre WINDSCHEID e MÜLLER, e o posterior advento da obra de VON BÜLOW, confira-se DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit. v. 1, p. 279 ss).

³ Essa concepção é assente na doutrina estrangeira (e. g., CHIOVENDA, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 95 ss; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 33; SERGIO COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 19) e nacional (e. g., FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 131 e ss; CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 282).

⁴ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 199.

⁵ A corroborar essas duas idéias (de evolução e unitariedade), confira-se a lição de GRASSO (*La collaborazione nel processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 585, 1966): “non v'è, di regola,

É de notar, nesse mister, que, muito embora a afirmação da idéia de processo como relação jurídica autônoma e distinta daquela de direito material que lhe constitua o mérito tenha sido importantíssima na evolução da ciência jurídica processual, atualmente essa função histórica se exauriu.⁶ Mas o legado desse esforço de afirmação do processo como ciência (isto é, a visão de processo como relação jurídica) é premissa inafastável de nosso trabalho e, em nosso sentir, o único modo de entender o fenômeno que constitui objeto de nosso interesse, a preclusão.⁷

De fato, somente pensando no processo como sucessão de posições jurídicas encadeadas e coordenadas é que se pode realmente passar a analisar a preclusão tanto sob o ponto de vista *estático* (como fenômeno que incide sobre um particular ônus processual ou sobre uma singular questão resolvida incidentalmente) quanto *dinâmico* (sob o prisma da repercussão da preclusão no desenrolar do processo, tomando-se em conta as atividades processuais ulteriores).

Enfrentar o tema sem ter essa idéia em mente é empreitada que leva a resultados frustrantes. Aqueles que partiram para analisar o fenômeno da perspectiva do processo como *situação jurídica complexa* – como MACHADO GUTMARÃES⁸ – acabaram, com poucas diferenças, desembocando em distinções de menor utilidade, como a entre a preclusão em si e a *situação jurídica* que da sua incidência deriva, ao passo que, em realidade, o fenômeno é um só e a preclusão é um efeito impeditivo em si mesmo.

É bem verdade que não se pode negar a utilidade do conceito de situação jurídica, mas não sem harmonizá-lo com a idéia de que o processo é uma *relação jurídica*, na qual seus sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas: a cada posição assumida, cria-se uma *situação jurídica* que, superada, gera uma nova (com as partes novamente em diferentes posições jurídicas), e assim sucessivamente até que o processo chegue ao final.⁹ Essa força motriz é, justamente, a preclusão.

Assim, apesar de o processo ser uma relação jurídica unitária, vários são seus sujeitos e cada um nele atua com sua própria qualidade.¹⁰ Assim, devemos tam-

attività svolta dal giudice che non abbia il suo antecedente necessario, immediato o remoto, ne può il convenuto agire altrimenti che ricollegando le sua iniziative all'istanza del attore o ad un provvedimento del giudice", de modo que esses atos vêm coordenados por vínculos do que o autor chama de elos de "presupposizione".

⁶ Ressaltando esse interessantíssimo aspecto, GRASSO (L'interpretazione della preclusione..., cit., p. 640).

⁷ Aqui prossegue, ainda, GRASSO (ibidem, p. 640), realçando, de modo muito fundamentado, a ligação entre o tema do nosso estudo e essa premissa conceitual.

⁸ *Estudos de direito processual civil*, cit.

⁹ Nesse exato sentido é a lição de GIOVANNI VERDE (*Profili del processo civile*, v. 1, p. 270).

¹⁰ Cf. GRASSO (La collaborazione nel processo civile, cit., p. 580).

bém ter em conta as diferenças das *posições jurídicas ativas e passivas* assumidas por juiz, autor e réu¹¹ para enfrentar o tema da *preclusão*. É sob esse prisma que parte nossa análise.

6.2 Posições jurídicas processuais assumidas pelas partes

As posições jurídicas que as partes assumem no processo podem ser *ativas* ou *passivas*. As primeiras põem o agente em uma posição de atuar na esfera jurídica alheia, com a prática de determinado ato;¹² as segundas colocam o agente em uma situação de *sujeição*. Usando outras palavras, DINAMARCO¹³ define as primeiras como aquelas que deixam o sujeito processual em uma posição de *vantagem*, ao passo que as segundas em uma situação de *desvantagem*.

Cumprir observar que, para nossos propósitos, importa analisar as posições jurídicas ativas e passivas das partes, sem ter em conta o correlato vínculo que se forma com os demais sujeitos do processo. Muito embora tal questão seja relevantíssima para entender a completude da relação jurídica processual, para nossos propósitos ela se revela prescindível.

Com efeito, por ora, temos em mira o estudo do fenômeno da preclusão sob seu perfil estático, de modo que se mostra suficiente o enfoque apenas de cada uma das posições jurídicas ocupadas pelas partes, sem ter em consideração aquelas que correlatamente são ocupadas pelos demais sujeitos do processo.

6.2.1 Posições jurídicas ativas assumidas pelas partes

Tomando-se por base, por proêmio, as posições ativas das partes no processo, são de ressaltar três premissas básicas.

A primeira premissa, que nos parece inafastável, é a de que qualquer posição jurídica ativa assumida pelas partes visa ao atendimento de um interesse próprio: as partes praticam determinado ato processual porque isso lhes assegura algum tipo de vantagem, por menor que seja, na busca pela tutela jurisdicional reclamada

¹¹ Desconsideramos as posições de outros sujeitos que eventualmente possam intervir no processo, por entendê-las irrelevantes para o objeto de nosso estudo e interesse.

¹² Cumpre ressaltar que refoge à idéia de processo a existência de *direitos potestativos*, ou, como preferem alguns, de *poderes formativos*. Com efeito, não há no processo como a parte agir diretamente na esfera jurídica da parte adversa, criando um vínculo de sujeição. Somente o juiz dispõe de poderes para sujeitar as partes do processo (impondo-lhes decisões); as partes, exercendo suas posições jurídicas ativas, acarretam a produção dos efeitos já previamente programados na lei, e mesmo assim por intermédio da atividade do magistrado.

¹³ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 201.

do Estado.¹⁴ Afinal, seria difícil imaginar que algum ato não repercutisse em nada na esfera jurídica própria, ou no desenrolar da atividade processual. Se houvesse algum ato assim, não teria razão alguma de ser praticado.

A segunda premissa, igualmente necessária para abordagem do problema, está em constatar que esse *poder* de exigir um comportamento, de que se acham investidas as partes, não é ilimitado, ao contrário, acha-se adstrito aos termos da lei, que impõe seja o processo uma atividade *típica*, ou, como ensina LIEBMAN,¹⁵ um meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista.¹⁶ Esta idéia fica expressa no art. 2º do CPC brasileiro, em sua parte final, condicionando a prestação da tutela jurisdicional ao requerimento da parte e ao atendimento “das formas legais”.

A terceira e última premissa é a de que o sistema processual garante às partes a liberdade de optar por não exercitar suas posições jurídicas ativas na forma prevista em lei, mas, em contrapartida, impõe que a inobservância do modelo legal *sempre* acarrete *conseqüências* (notadamente *negativas*, em maior ou menor grau) para a parte.

Com essas proposições em mente, podemos então passar à definição de quais são essas posições jurídicas processuais ativas, acerca das quais a doutrina está muito longe de um consenso.¹⁷ É aqui que surge a importância da idéia de *ônus*, e é dela que deve partir a análise dessas classificações.

O germe desse conceito surge justamente na clássica obra de OSKAR VON BÜLOW, intitulada *Das exceções e dos pressupostos processuais*, na qual refutava as teorias que concebiam o processo como espécie de contrato e afirmava que o litigante

¹⁴ Isso vale tanto para o autor como para o réu, pois, ao se defender, logicamente este pleiteia do Estado um provimento que declare a *inexistência* do direito reclamado pelo autor (ou uma sentença declaratória negativa). Assim já há tempos assentou GIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 330) e reforçam FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 3, p. 31) e FLÁVIO YARSHILL (*Tutela jurisdicional*, p. 124).

¹⁵ *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19.

¹⁶ Acrescente-se a esse pensamento a lição de TITO CARNACINI (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 2, p. 697): “non v'è invero strumento, per semplice che sia, il quale a sua volta non richieda qualche cosa di chi vuole adoperarlo per il conseguimento dei propri scopi”. Outra passagem relevante para compreensão do tema é colhida na obra de REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 69): “La libera iniziativa della parte deve sottomettersi alle regole tecniche che persistono all'uso dello strumento processo e che contemperano la realizzazione del proprio interesse, con la salvaguardia degli interessi altrui implicati nella vicenda processuale.”

¹⁷ LIEBMAN (*Problemi...*, cit., p. 142-143) só alude a *poderes*, *direitos* e *ônus*. FAZZALARI (*Processo civile (diritto vigente)*, *Enciclopédia del diritto*, v. 36, p. 176) fala de *poderes*, *faculdades* e *ônus*. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455) fala de *faculdades*, *ônus (absolutos e relativos)* e *poderes*. E por aí vai: cada autor estabelece as categorias de posições jurídicas ativas das partes que lhe parecem mais adequadas.

não pratica atos processuais para atender a dever imposto pelo juiz ou pela parte adversa, mas sim a um próprio interesse.

Depois dele, foi CARNELUTTI¹⁸ quem delineou de forma mais completa o instituto. O autor diferencia os atos *devidos* dos atos *necessários*, sendo os primeiros aqueles que o direito objetivo impõe com a finalidade de tutelar interesse público ou de terceiro, ao passo que os segundos são colocados pelo ordenamento para que a parte a quem compete praticá-los atinja determinado fim correspondente ao seu próprio interesse.

Esse é o núcleo básico da definição de *ônus*: o imperativo de próprio interesse,^{19,20} que é hoje assente na doutrina,²¹ não só processual.²² Sem se ter presente a distinção entre os interesses que inspiram as posições jurídicas ativas das partes e do juiz, não há como entender esse núcleo do conceito de *ônus*.

Sob a ótica exclusiva dessa concepção – que, repita-se, é assente – não se poderia estabelecer a dicotomia entre *faculdades* e *ônus*.²³ Aceitá-la significaria dizer que a parte poderia praticar determinados atos processuais sem esperar nenhuma vantagem na relação jurídica processual. Se no núcleo do conceito de *ônus* está o agir para atendimento de interesse próprio (daí diferenciando-se da obrigação), não há sentido contrapô-lo ao conceito de *faculdade*, pois aqui também a parte age para atender a um interesse seu, exatamente como no *ônus*.²⁴

¹⁸ *Sistema...*, cit., v. 2, p. 73-84.

¹⁹ Valendo-nos das palavras de EDUARDO J. COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174).

²⁰ Está implícita, aqui, a concepção de que o processo se baliza por um “regime de responsabilidades”, conforme as felizes palavras de ANTONIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil*, p. 39) ou, melhor ainda, de *autoresponsabilità*, como leciona REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 50).

²¹ Confirmam-se, além dos autores já citados, LENT (*Obblighi e oneri nel processo civile, Rivista di Diritto Processuale*, p. 151, 1954); SERGIO COSTA (*Manuale...*, cit., p. 203); DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 329 ss, muito embora, na doutrina de língua espanhola, o termo “carga” seja preferido a qualquer outro).

²² De fato, o conceito de *ônus* não é restrito ao processo, malgrado o fato de que, como vimos acima, seu conceito tenha recebido maior atenção nessa seara e tenha se desenvolvido pela obra de estudiosos do processo. A rigor, trata-se de uma categoria da teoria geral do direito e, por isso, estudada também em outros de seus “ramos”. Confira-se, a propósito, e à guisa de mero exemplo, ORLANDO GOMES (*Obrigações*, p. 21).

²³ Cf. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 202).

²⁴ Por isso mesmo é que CÂNDIDO DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 203) teve dificuldades em trazer exemplo de “faculdades processuais puras” (ou seja, aquele determinado ato processual cujo exercício não importa em vantagem para a parte), e mesmo os exemplos colacionados (invocação, pela parte, de precedentes judiciais ou elementos doutrinários que roborem a tese defendida em seus arrazoados, a constituição de mais de um advogado, a redação de peça mais concisa, a redação de peça em computador etc.) não se mostram, em nosso sentir, adequados, pois mesmo todos esses

Independentemente disso, alguns autores passaram a conceber o *ônus* não só sob o ponto de vista ativo (de que o sujeito age para obter uma vantagem), mas também sob o prisma de que o seu adimplemento assegura posição de vantagem e evita uma posição de desvantagem.²⁵

Mesmo sendo louvável essa construção, parece-nos que essa segunda parte vinha implícita na primeira. Com efeito, o simples fato de a parte, que inadimpliu um *ônus*, não gozar de determinada vantagem já poderia de certo modo ser considerada uma desvantagem, por não ter ela aproveitado os benefícios que adviriam do adimplemento do *ônus*.

Todavia, na órbita processual, pode haver conseqüência jurídica mais grave pelo inadimplemento de *ônus* do que a simples ausência de obtenção de uma vantagem, que é justamente a *preclusão*, consistente na perda da possibilidade de realizar a atividade processual. Trata-se de elemento que se situa *fora* da órbita do conceito original de *ônus* (e que se aplica apenas na esfera do direito processual, e não de direito substancial).

Assim, e sempre seguindo a primitiva definição do instituto acima delineada, haveria *ônus* cujo desatendimento implicaria uma desvantagem *relativa* (não-obtenção de uma vantagem) e outros cujo inadimplemento geraria uma desvantagem *absoluta* (*preclusão*, ou o efeito que faz com que a parte jamais possa gozar daquela vantagem porquanto excluído do mundo jurídico seu direito a tanto); em outras palavras, sob essa ótica, haveria duas categorias – bem distintas, aliás – de *ônus* processuais: aqueles aos quais se associa a *preclusão* e aqueles em que esse efeito não vem agregado.

Ora, inegável que essa concepção revela a fragilidade da idéia original do instituto: realmente, se a parte puder exercer determinado direito processual a qualquer momento, não há desvantagem alguma pela sua omissão (ou, se há, é ela meramente transitória, e não definitiva, e é eliminada no exato momento em que a parte pratica aquele ato processual acerca do qual havia antes se omitido). Somente a *preclusão* pode tornar *definitiva* essa desvantagem decorrente do inadimplemento do *ônus*.²⁶

atos (de menor importância para desenvolvimento do processo) podem garantir à parte alguma vantagem, por menos relevante que seja. Repetindo: se determinado ato não assegura vantagem alguma, não há razão de ser praticado.

²⁵ “Terceira figura é, definitivamente, o *ônus*, que consiste na necessidade de realizar certa atividade, se se quiser evitar certo efeito danoso ou obter determinado resultado útil” (LIEBMAN, *Manual...*, cit., p. 37).

²⁶ Se pensarmos no modo como se desenvolve um processo, ainda que não haja *preclusões* no seu curso, limitando o exercício dos poderes das partes, ainda assim, ao final, haverá um efeito impeditivo para esse exercício, consistente na coisa julgada, que seria uma *preclusão* máxima, como se costuma dizer em doutrina (cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 310, e ANTONIO CARLOS MARCATO, *Preclusões: limitações ao contraditório?*, *Revista de Processo*, nº 17, p. 105), dentre outros.

Chegamos então a ponto de questionar a aceção tradicional de *ônus processual*. O adimplemento do *ônus* se dá não só porque a parte almeja a obtenção de vantagem, em atendimento a interesse próprio, *mas também* porque quer ela evitar a desvantagem decorrente da *preclusão*, isto é, a perda da possibilidade de praticar determinado ato processual. Assim só existe *ônus* se houver *preclusão*.²⁷

Contrapõe-se, então, ao *ônus* processual a faculdade, cujo exercício fica a inteiro arbítrio da parte,²⁸ e sua omissão não a lança a uma situação desvantajosa. A diferença entre os dois institutos não se dá porque, ao adimplir o *ônus*, a parte age para atender a um interesse próprio, e a faculdade não. A diferença se dá, sim, porque ao *ônus* vem associada uma *preclusão*, e às faculdades, não.²⁹

Assim, é de afastar a idéia de CHIOVENDA de que a *preclusão* atinge *faculdades processuais*³⁰ e de se acolher a de que a *preclusão* se identifica propriamente com a idéia de *ônus*.³¹

Na mesma esteira, também podemos não considerar a idéia de que a *preclusão* seria uma sanção,³² eis que esta é aplicável apenas ao descumprimento dos *deveres processuais*, que, como se verá adiante, atende a interesse estranho ao do agente.³³

²⁷ Em linhas gerais, essa concepção vem colhida na obra de CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 34), para quem o *ônus* seria uma “situazione sogettiva necessariamente correlata alla previsione di una sanzione per il caso dela sua inotemperanza”.

²⁸ “Quando se tratar de faculdade, o homem obra como quiser” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 117).

²⁹ Adiante (item 7.9, *infra*) veremos quais atos das partes não estão sujeitos a *preclusões* (e que, portanto, podem ser considerados, realmente, *faculdades processuais*).

³⁰ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 220.

³¹ Conforme já atentou a doutrina italiana (e. g., GRASSO, *L'interpretazione della preclusione...*, cit., p. 640), e como afirma a generalidade da doutrina pátria, como ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 296), NELSON NEBY JR. (*Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 258) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 298), dentre outros.

³² Essa idéia de *preclusão* como sanção goza de alguma aceitação na doutrina processual. A propósito, confira-se, na Itália, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 19), com referências bibliográficas. Em nossa doutrina, ao contrário, o eco dessa concepção é sensivelmente menor. Assim se posicionaram JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações sobre o instituto da *preclusão*, cit., p. 47), o qual invoca em seu auxílio MARTINS DE OLIVEIRA e CRISTINA FERRAZ (*Prazos no processo de conhecimento*, p. 53, que acrescenta lição similar colhida em passagem da obra de JOSÉ LISBOA GAMA MALCHER, bem como acórdão do STF, relatado pelo Min. Alfredo Buzaid e publicado na RTJ 101/901). JOSÉ DE MOURA ROCHA (*Preclusão – prazo preclusivo*, cit., p. 15) assinala que só encontrara acolhida a tal tese na obra de DE PLÁCIDO E SILVA (*Comentários ao CPC*, v. 1, p. 330).

³³ REMO CAPONI (*La rimessione in termini...*, cit., p. 18) refuta a concepção de *preclusão* como sanção, justamente defendendo a idéia de que sanção se aplica apenas ao descumprimento de um dever jurídico. Entre nós, vale lembrar ainda a lição de BARBOSA MOREIRA: “Um segundo grupo compõe-se dos prazos fixados em contemplação de ato que se pode realizar. Aqui não há dever de ninguém,

Contudo, é de rigor, para finalizar, fazer um pequeno retoque terminológico. O inadimplemento do ônus não implica *perda* do ônus, mas sim a imposição de conseqüência negativa ao sujeito inadimplente (ou seja, a perda do direito a ele associado, isto é, a preclusão). Tampouco *ônus* é a conseqüência da omissão do agente.

Então, para que os conceitos se mostrem mais adequados, parece-nos correto contrapor às *faculdades* – na acepção há pouco alcançada – os *direitos processuais*, sendo as primeiras poderes cujo exercício não está sujeito a ônus, ao passo que os demais são poderes cujo exercício está sujeito a ônus. Em face do inadimplemento das faculdades, não se prevêem conseqüências; dos direitos,³⁴ sim.

Em outras palavras: o ônus é uma figura jurídica que emerge da norma que regula as conseqüências da inatividade da parte,³⁵ mas com elas não se confunde:³⁶ na idéia de ônus está implícita a possibilidade de imposição ao sujeito da perda de uma vantagem (que, em si e conforme conclusões a que chegamos, gira em torno da preclusão).

Acabamos, então, por expressar alguma simpatia pela teoria defendida por muitos processualistas italianos³⁷ (não porque seja tecnicamente correta, a nosso ver, mas porque ilustra muito bem a questão), de que o ônus seria, ao mesmo tempo, uma posição jurídica ativa e passiva: ativa, por nele estar implícito o exercício de um *direito*, e passiva, porque a omissão quanto ao exercício desse direito implica desvantagem para o sujeito.

senão direito ou mera faculdade. Como se quer que o processo marche sem delongas desnecessárias, põe-se um limite temporal ao exercício do dever ou da faculdade. O titular não está obrigado a agir; se o desejar, contudo, precisará fazê-lo antes do termo final. O advento deste, sem que se tenha praticado o ato, não sujeita o omissor a sanção propriamente dita, porque dever algum foi descumprido; apenas o priva, normalmente, da possibilidade de realizar o ato” (Sobre prazos peremptórios e dilatórios, *Temas de direito processual – 2ª série*, p. 51).

³⁴ Usaremos, neste trabalho, o termo *direito* como sinônimo de *poder*, não pretendendo entrar nas acirradas discussões doutrinárias que se travam em torno dessa questão terminológica.

³⁵ De uma forma geral, atentou para essa idéia FAZZALARI (Processo civile (diritto vigente), cit., p. 177), ao afirmar que tanto a faculdade quanto o poder processual podem se revelar como *ônus* dependendo da conseqüência que o sistema prevê em face da omissão do sujeito processual.

³⁶ Como bem observam DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 329-330).

³⁷ Confira-se, nesse mister, com farta referência bibliográfica, GRASSO (*Interpretazione della preclusione...*, cit., p. 641).

6.2.2 Posições jurídicas passivas assumidas pelas partes

As posições jurídicas passadas ocupadas pelas partes na relação processual podem ser sintetizadas sob a rubrica de *deveres processuais*,³⁸ pois representam para o sujeito processual um vínculo de *sujeição*. Aqui, o agente *deve* agir de determinada forma, seja para atender a um interesse público, ou para atender a um interesse de outrem e, ao contrário do ônus, não lhe cabe escolher adimpli-lo ou não. Se eventualmente omitir-se em fazê-lo, sujeitar-se-á a sanções.

Entretanto, essa posição de desvantagem decorrente do dever não a aproxima da desvantagem advinda do inadimplemento do ônus, por quatro razões principais.

A primeira delas é que no inadimplemento do ônus não há *sujeição a uma obrigação*, mas apenas a *ausência de obtenção de uma vantagem* (em caráter definitivo, por força da preclusão).³⁹

A segunda diferença reside no fato de que a posição desvantajosa decorrente do ônus só se verifica *se e quando* o direito não é exercido. Da sua parte, a posição de desvantagem originada do dever se dá tendo havido o adimplemento ou não. Se tiver havido, a parte não desfruta de nenhuma vantagem: apenas descumbiu-se do dever, atendendo ao interesse de outrem ou ao interesse público que o inspira; se houver o inadimplemento, a parte será submetida a conseqüências jurídicas sancionatórias, orientadas para coagir o sujeito ao adimplemento, ou puni-lo pelo inadimplemento.

A terceira diferença entre as posições desvantajosas que decorrem dos deveres e do inadimplemento do ônus já ficou suficientemente clara no item precedente, e consiste no fato de que o dever jurídico se diferencia do ônus porque no primeiro atende-se ao interesse público ou de terceiro, e no ônus a um interesse próprio. Por isso mesmo é que, quanto ao ônus, deixa-se a parte livre para optar por exercer o seu direito ou não (sujeitando-se, nesse segundo caso, à desvantagem que dessa omissão decorre), sendo indiferente para a autoridade jurisdicional se a parte optou por uma ou outra alternativa; quanto ao dever, ao contrário, o inadimplemento implica imediatamente uma reação do sistema, que não aceita aquele comportamento omissivo.⁴⁰

A quarta e última diferença centra-se no fato de que o inadimplemento do direito sujeito a um ônus gera a sua perda, ao passo que a do dever, não; mesmo em face da omissão do agente, o sistema continua querendo dele o adimplemento do dever, e o sujeito continua obrigado a observá-lo. Mesmo quando o agente

³⁸ Cf. DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., p. 121).

³⁹ Cf. LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 150).

⁴⁰ Cf., mais uma vez, LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 150).

recebe penalidades, muitas vezes o adimplemento do dever *normalmente* ainda interessa ao sistema.⁴¹

Traçadas essas distinções, é preciso observar, ainda, que os *deveres* (ou *obrigações*) processuais são residuais no sistema. No geral, é ele estruturado sobre a imposição de *ônus* às partes, e por razões eminentemente práticas: se o sistema estabelecesse para as partes, sempre, obrigações, a sua omissão geraria, sempre, uma decisão impondo sanções, com a conseqüente possibilidade de discussão pela parte punida e eventual aplicação das medidas punitivas. O processo, assim estruturado, simplesmente não caminharia.⁴² Daí por que se coloca à parte o *ônus* de realizar todas as atividades de seu interesse.⁴³

Esse rol residual de deveres processuais acaba sendo exíguo (isto é, especialmente se comparado com o rol de *ônus*) e começa pela síntese do art. 14 do nosso CPC, o qual vem completado pelos arts. 17 e 600 do mesmo diploma, que estabelecem condutas tidas pelo ordenamento como transgressoras de deveres processuais, e que, portanto, sujeitam o agente a penalidades previstas nos arts. 18 e 601, respectivamente. Acresçam-se a essa lista outros exemplos, esparsos pelo Código.⁴⁴

Com essas considerações, temos mecanismos seguros para distinguir *ônus* e *deveres processuais* e, para pô-lo à prova, pensemos em dois peculiares exemplos: um colhido na legislação estrangeira, outro na nossa legislação processual já revogada.

O primeiro se encontra na curiosa norma contida no art. 288.1 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, que dispõe que, se o litigante não providenciar

⁴¹ Negando a aplicação da preclusão para os deveres processuais, confira-se também VALLINES GARCÍA (*La preclusión en el proceso civil*, p. 67 ss).

⁴² LENT (*Obblighi e oneri nel processo civile*, cit., p. 155) ainda faz a interessante observação de que, em determinados casos, se colocaria uma dificuldade a mais no curso do processo: verificar se a parte desatendeu ao comando judicial culposamente ou não (o autor exemplifica que, se o juiz determinasse a produção de uma prova, como a apresentação de um documento, e a parte não o fizesse, seria difícil dizer se a omissão foi ou não culposa).

⁴³ Não se pode levar em conta, no mister de identificar o que seja *ônus* e o que seja *dever*, a terminologia da lei. De fato, em vários artigos usa-se o verbo "dever", quando se trata de estabelecer um *ônus*. É o caso do art. 245 ("A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão"). Aqui, a parte que se omite em alegar determinada nulidade perde o direito de fazê-lo, e não sofre sanções; daí por que se trata de um *ônus* seu, e não de um *dever*. Do mesmo modo, o art. 286, que dispõe em seu *caput* que "o pedido deve ser certo ou determinado". A rigor, se a parte apresenta pedido incerto e nem sequer determinável, o juiz assinala prazo para emenda (art. 284), e se a parte não cumprir a determinação, perde o direito de emendar a peça inicial (por força da preclusão) e vê a petição inicial ser indeferida (art. 295, I).

⁴⁴ Como, e. g., o contido no art. 195 do CPC (que não se dirige exatamente à parte, mas ao seu advogado, impondo-lhe *dever* de restituir os autos do processo no prazo legal).

tempestivamente a produção da prova que tenha requerido e tenha sido admitida, não perderá o direito de fazê-lo, mas sujeitar-se-á à multa de 60 a 600 euros. E, segundo, o art. 288.2, o modo de evitar tal penalidade é desistir expressamente da produção da referida prova, ou provar que se omitiu em providenciar o necessário sem culpa.

De modo similar, tinha-se o art. 277 do CPC brasileiro de 1939, que dispunha que, se a parte não argüísse uma nulidade processual na primeira oportunidade em que falasse nos autos, não perderia o direito de fazê-lo, mas responderia "pelas custas, acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta".

Em ambos os exemplos, a rigor, não há um *ônus* processual, pois a parte não sofre o risco de perder o direito processual se não o pratica no prazo legal; há, sim, *penalidade* imposta ao sujeito processual que, de maneira culposa, atrasou o andamento do processo e deixou de realizar determinada atividade (vale dizer, impõe-se ao litigante uma *sanção* por ter violado o *dever* de contribuir para a celeridade processual).

O interesse que ambas as normas tutelam é, certa e unicamente, esse interesse público na celeridade processual, de modo que, se as partes não observarem os referidos preceitos, sofrem conseqüências negativas por isso. Em suma, e para finalizar, em ambos os exemplos as normas não giram em torno, em absoluto, do regime de auto-responsabilidade que inspira o regime de *ônus*, já por nós examinado.

6.3 Posições jurídicas processuais assumidas pelo juiz

Diferentemente das partes, o juiz assume na relação jurídica processual um único tipo de posição jurídica, qual seja, o *poder-dever*.⁴⁵ o juiz *sujeita* as partes a seus poderes, e *deve* utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em

⁴⁵ A expressão é freqüentemente usada por DINAMARCO, para quem os poderes dados ao juiz para realização de atos processuais (*atos-meios*, como os despachos de mero impulso processual e as decisões de questões incidentes e prejudiciais, e *atos-fins*, com a efetiva outorga do bem da vida tutelado à uma das partes) *devem* ser exercidos por aplicação inerente do princípio do controle jurisdicional (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 228). A noção de *poder-dever* não é privativa do âmbito do Poder Judiciário; os demais agentes estatais, ainda que não investidos de jurisdição, exercem *poderes-deveres* no desempenho de suas funções públicas. A propósito, tem-se a lição de HELY LOPES MEIRELLES: "O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo" (*Direito administrativo brasileiro*, p. 89). Outra expressão sinônima encontrada na doutrina é *dever funcional* (e. g., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *Aspectos do novo processo civil português*, cit., p. 179).

observância dos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso *sub iudice* e pacificando as partes em *litígio*.⁴⁶

Tais *poderes-deveres* são correlatos, de um lado, à sujeição das partes às decisões por ele tomadas, incidentalmente ou ao final do processo, e, de outro, ao direito subjetivo das partes à prestação da tutela jurisdicional.

É totalmente estranha à atividade do magistrado a figura do ônus, pois nenhum ato judicial visa a vantagem própria, tampouco a omissão acarreta alguma desvantagem. Isso porque o juiz não age em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito. Assim se explica, justamente, por que os juízes não estão sujeitos a prazos *próprios*, mas apenas *impróprios*⁴⁷ (como os dos arts. 51, III, 189 ou 281 do CPC), ou seja, o seu descumprimento não acarreta conseqüências para o exercício de seus poderes-deveres no processo⁴⁸ (quando muito, gerariam conseqüências extraprocessuais, como a responsabilização de caráter administrativo ou disciplinar do magistrado).⁴⁹

⁴⁶ Há diversos autores que atribuem ao juiz *deveres*, na estrita acepção da palavra (e. g. VALLINES GARCÍA, *La preclusión en el proceso civil*, p. 70-74), com o que não podemos concordar, sob pena de se equiparar a situação das partes à do juiz. As razões acima invocadas e adiante reiteradas excluem essa possibilidade.

⁴⁷ “Nem todos os prazos são preclusivos, existem também os prazos destituídos de preclusividade. São impróprios todos os prazos fixados para o juiz, muitos dos concedidos do Ministério Público no processo civil e quase todos os que dispõem os auxiliares da Justiça, justamente porque tais pessoas desempenham funções públicas no processo, onde têm deveres e não faculdades” (DINAMARCO, *Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 197). Na doutrina italiana, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 83) observa que não se poderia imaginar que os prazos para o juiz e seus auxiliares tivessem característica diversa. A inércia do juiz diante de um termo assinado pela lei não pode influir sobre o objeto do processo, diz BALBI, porque a conseqüência jurídica de um ato omissivo de um sujeito do processo (o juiz) não pode ir a dano de outro (a parte).

⁴⁸ CARLOS ALBERTO CARMONA atinou para uma única e excepcionalíssima hipótese de prazo *próprio* para o magistrado. Trata-se do art. 324, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, com redação dada pela Emenda Regimental nº 21, de 30.5.2007, que regulamentou os procedimentos para análise da *repercussão geral* do recurso extraordinário, conforme art. 102, § 3º, da CF e arts. 543-A e 543-B, ambos do CPC, introduzidos pela Lei nº 11.418/2006. Segundo tal dispositivo, o Ministro Relator transmitirá aos seus pares, por via eletrônica, sua manifestação a respeito desse requisito recursal. Se, no prazo de 20 (vinte) dias, não houver manifestação dos demais Ministros, considerar-se-á reconhecido o requisito da *repercussão geral*. Contudo, tal exceção extrema não infirma a regra geral acima enunciada.

⁴⁹ Como bem aponta MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 90), a sanção se embasaria, ainda, na virtude do descumprimento do dever imposto pelo art. 35, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 1979): “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar”. Poder-se-ia alvitrar, ainda, uma responsabilização civil, ex art. 133, II, do CPC. Na Itália, recente lei estabeleceu penalidades de ordem criminal ao juiz que excedesse injustificada e exageradamente os prazos para prática de seus atos impostos pela lei (conforme narra CIPRIANI, em *Materiali per lo studio dell'ordenamento giudiziario*, p. 117). Em realidade, os prazos estabelecidos para o juiz são considerados *impróprios* porque não se assentam sobre ônus e não acarretam

As partes, ao contrário, não têm em mãos nenhum *poder-dever*: guiam-se, no mais das vezes, por interesses próprios, sempre que exercem *faculdades* e *direitos* (*ônus*) processuais. Quando não agem por interesses próprios, o fazem no cumprimento de *deveres processuais*, cujo atendimento importa em atender a um interesse público ou a um direito da parte adversa.

A par dessas constatações, há bastante controvérsia se o juiz teria *faculdades*: aqui se está no campo da tão debatida *discrecionarietà judicial*. Prevalece, ao que parece, a opinião de que o juiz não tem *faculdades* dentro do processo, haja vista que não lhe é dada a possibilidade de fazer juízos de conveniência e oportunidade.⁵⁰

6.4 Brevíssimas considerações conclusivas

À vista do acima exposto, emerge perfeitamente claro que as posições jurídicas assumidas pelas partes são totalmente diferentes das posições jurídicas assumidas pelo juiz, de tal sorte que aqui está a gênese de todo o problema concernente à preclusão.

Como vimos, as posições jurídicas ativas das partes se inspiram em *interesses próprios*, ao passo que as do juiz no *interesse público*, de tal maneira que se mostra mais do que oportuno, aqui, invocar a lição de CALAMANDREI em célebre artigo,⁵¹ no sentido de que o processo é um jogo, em que, concretamente, “excluído o juiz no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconfessadamente) com aquele escopo superior”.

Ora, diante dessa discrepância de interesses atendidos pelos sujeitos do processo ao nele atuarem, parece no mínimo lógico e natural que o tratamento legal dado às posições jurídicas por eles ocupadas seja diverso. É sobre essa idéia central que se baseia não só toda a análise acerca das posições jurídicas ocupadas pelos

preclusão, mas sim se baseiam em *deveres* e comportam *sanções*. Para concluir, é necessário observar que, na prática, a aferição se o atraso se deu por dolo, ou ao menos culpa grave, do magistrado, ou se houve *justa causa*, é bastante subjetiva. Entretanto, apesar de as referidas normas que implicam penalidades aos magistrados acabarem tendo um campo de aplicação bastante restrito, isso não desvirtua a natureza de *dever* de proferir decisões dentro dos prazos assinalados pela lei.

⁵⁰ Assim, na doutrina estrangeira, para exemplificar, GIUSEPPE LUMIA (*Giurisdizione e politica, Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, p. 127). Entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 204 ss).

⁵¹ Il processo come giuoco, *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2, p. 489, em nossa tradução livre.

sujeitos processuais empreendida nesse capítulo, como também o próprio exame do instituto da preclusão em suas duas acepções já realçadas.

Dizer simplesmente que “a preclusão atinge não só as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz”, como se tudo fosse apenas um fenômeno, implica ignorar completamente as diferenças existentes entre as posições jurídicas assumidas por este, em comparação às posições ocupadas por aquelas. Com essa corrente afirmação, passa-se à falsa impressão de que o juiz atuaria no processo também em busca de interesses próprios, sob a carga de ônus, o que evidentemente é uma falácia inescusável.

Daí por que imprescindíveis os conceitos trazidos neste item, a fim de que se possa espancar qualquer dúvida acerca da necessidade de enfrentar separadamente os dois aspectos da *preclusão*: o primeiro aplicável às partes, o segundo, ao juiz. Se os sujeitos do processo ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, o fenômeno que os impede de exercitar seus poderes dentro da relação jurídica processual se dá de forma diversa, e informado por princípios próprios.

Essa é mais uma razão que reforça nossa posição de enfrentar separadamente a preclusão dirigida às partes (no Capítulo 7) e a preclusão dirigida ao juiz (no Capítulo 8).

Preclusão Dirigida à Atividade Processual das Partes

7.1 Contornos iniciais

Este capítulo é dedicado à primeira acepção de preclusão acima definida, ou seja, o fenômeno que se consubstancia na extinção de *direitos* das partes em *praticar atos processuais* (aí incluído, em particular, o direito de *suscitar questões no momento oportuno*).¹

Para iniciar, parece-nos oportuno lembrar que, sintetizando a precisa lição de RICCIO,² a preclusão dirigida às partes tem quatro pressupostos: (a) a existência de uma faculdade processual; (b) a limitação a seu exercício imposta pela lei; (c) a ineficácia da atividade praticada após o advento da preclusão; e (d) o poder-dever de o juiz declará-la.³

Quanto ao primeiro desses pressupostos, no capítulo anterior propusemos uma correção terminológica, de modo que se identifique a preclusão sempre com *ônus processuais*, e não com *faculdades*.

¹ Ou, nos dizeres de DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455), “exigir do juiz os atos que antes poderia exigir”, o que, com efeito, parece mais amplo e, tecnicamente, mais acertado, haja vista que os atos do juiz não se limitam àqueles decisórios, como teremos oportunidade de ver adiante. Assim também OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 208): “do latim *praecludere*, fechar, cerrar, impedir, é a perda de uma faculdade processual ou extinção do direito que a parte tivera de realizar o ato, ou de exigir determinada providência judicial”.

² *La preclusione processuale penale*.

³ BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 221) também ressalta a idéia de que o juiz deve pronunciar a ocorrência da preclusão de ofício.

Quanto ao segundo aspecto, impõe-se a partir de agora analisar quais seriam essas limitações estabelecidas às partes pela lei, a fim de reger como será o exercício de seus direitos na relação jurídica processual, sem perder de vista a idéia de que o processo é meio de satisfazer as próprias razões, pela forma legalmente prevista (item 6.2.1, *supra*). Assim, adiante, após demonstrarmos quais são essas limitações (divididas em duas ordens, quais sejam as *formais* e aquelas representadas pelos *pressupostos processuais*) e quais são os seus *fundamentos*, tentaremos explicar como a preclusão se enquadraria aí, como *limitação* à atividade das partes no processo.

Para reforçar essa idéia da ligação da preclusão com a de *limitação relativamente ao aspecto formal do processo*, aqui lembramos as lições de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (de que a preclusão seria "elemento do formalismo processual")⁴ e de REMO PANNAIN (de que "as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte de seus sujeitos").⁵

Já o terceiro aspecto ressaltado por Riccio toca a um fenômeno de maior amplitude, qual seja o da *inadmissibilidade dos atos processuais*. Por isso, depois de delinearmos os contornos das limitações ao exercício dos poderes das partes, poderemos então situar a preclusão em face da *inadmissibilidade dos atos das partes* e, finalmente – já entrando no quarto e último pressuposto descrito acima –, qual deve ser a postura do juiz em face da verificação da ocorrência da preclusão.

7.2 Forma como limitação ao exercício de direitos processuais

7.2.1 Aspectos gerais

Definir o conceito de *forma processual* não é tarefa das mais fáceis. O primeiro conceito de forma é o modo pelo qual a substância se exprime.⁶ Para conceituá-la do ponto de vista físico, é necessária não só a expressão do ato em si, mas que se compreendam, além de seus requisitos internos, também o tempo e lugar em que o ato é praticado.⁷

⁴ *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 169.

⁵ *Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 469-470, por nós traduzido.

⁶ Cf. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 323).

⁷ Cf., dentre outros, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 212), ROQUE KOMATSU (*Da invalidade no processo civil*, p. 130) e JOSÉ MARIA TESHNER (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, p. 83).

Por isso mesmo é que é bastante comum a idéia de que a *forma em sentido amplo* compreende a *forma em sentido estrito*, tempo e lugar.^{8,9} O primeiro (*forma em sentido estrito*) é requisito *intrínseco* do ato; os dois demais (*lugar e tempo*) são requisitos *extrínsecos*.¹⁰

Ao determinar a *forma* (em sentido amplo) dos atos processuais realizados pelas partes, o legislador lhes impõe, de certa forma, *limitações*, pois estabelece *requisitos* a serem seguidos privando o ato de efeito se esse *modelo* não for seguido. Afinal, o processo deve guardar uma certa ordem, pois sem ela jamais chegaria a seu fim. A finalidade da forma é garantir *igualdade* entre as partes, permitir a *celeridade processual* e assegurar o desenvolvimento do contraditório com *segurança jurídica*.^{11,12}

Passemos, pois, à análise de cada um dos aspectos da *forma em sentido amplo* (*forma em sentido estrito, tempo e lugar*).

⁸ Essa é a terminologia preconizada na Espanha por GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 302) e, no Brasil, por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 5).

⁹ Com algumas diferenças, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 118) fala em três modalidades de vícios de forma: do ato em si mesmo (conforme disposições contidas nos arts. 243 e 250 do CPC); aquele relativo a "um conjunto de atos processuais (isto é, o ato e seu contexto)"; e aquele atinente "à colocação do ato dentro do processo". Deixadas de lado as diferenças terminológicas entre uma e outra proposição, tem-se no primeiro aspecto justamente a forma em sentido estrito, e na última o tempo.

¹⁰ Vale notar que também nos atos jurídicos (em sentido amplo) praticados no âmbito do direito privado prevêm-se requisitos de *modo, tempo e lugar* (especialmente quando o Código Civil trata do pagamento, e da mora, nos seus arts. 327 a 333 e 394), sob pena de ineficácia. Entre os processualistas, essa terminologia (*modo, tempo e lugar*) vem frequentemente acatada (por exemplo, LIEBMAN, *Manual...*, cit., p. 225). Contudo, a locução *modo* pode conduzir a enganos, de tal sorte que preferimos deixá-la de lado em favor de *forma em sentido estrito*, mais clara e compreensível.

¹¹ "Como se sabe, a forma dos atos em geral é não só uma necessidade inerente à comunicação jurídica, mas fundamentalmente uma garantia de segurança e da própria liberdade jurídica. A abolição das formas por meio das quais cada ato jurídico deva ser praticado provocaria a instauração imediata do arbítrio absoluto, tornando simplesmente impossível a convivência social. Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por inválidos todos os atos processuais que não obedecessem rigorosamente a determinação de forma estabelecida para a sua realização" (OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, cit., v. 1, p. 203).

¹² CELSO BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 259) leciona, a respeito especificamente do requisito *temporal* de admissibilidade dos atos processuais, que "la valutazione fatta dal legislatore secondo cui la perdita del potree di compiere l'atto è preferibile al ritardo della trattazione che deriverebbe dal suo compimento tardivo compimento tardivo o al danno sociale prodotto dalla circostanza che un processo rimanga in stato di pendenza senza che venga compiuto alcun atto processuale".

7.2.2 Forma em sentido estrito

Entende-se por forma em sentido estrito o *modo* de expressão do ato,¹³ sob o ponto de vista *intrínseco*, sem levar em conta o seu *conteúdo*, mas apenas o *contínente*.

Sem entrar em considerações filosóficas que o tema suscita, é de se ver que os mais importantes atos que as partes praticam no processo estão sujeitos a um regramento de formas mais detalhado:¹⁴ pense-se na petição inicial, regrada pelo art. 282, na contestação, disciplinada pelos arts. 300 a 303, ou ainda na apelação, sujeita ao que dispõe os arts. 511 e 514, ou por fim, no agravo de instrumento, pautado pelo comando dos arts. 524 e 525.

Ademais, devem ser respeitadas normas gerais, aplicáveis a todos os atos do processo, sem exceção, tais como a que impõe o uso do vernáculo (art. 156 do CPC), e a que determina que os atos praticados pela parte devam ser escritos, exceto aqueles expressamente ressalvados na lei, como as manifestações colhidas em audiência preliminar ou de instrução e julgamento, que são reduzidas a termo (em certos casos mediante taquigrafia, como no processo sumário, art. 279 do CPC, ou em fita magnética ou equivalente, como nos Juizados Especiais Cíveis, ex art. 13, § 3º da Lei nº 9.099/1995).

Respeitados esses requisitos, todos os demais atos têm certa liberdade (art. 154 do CPC). Essa regra, a rigor, funciona como *norma de encerramento do sistema*, pois estabelece que, se não houver previsão legal específica, o ato processual pode ser realizado da forma que aprouver ao sujeito processual.

7.2.3 Tempo

Há décadas os estudiosos ressaltam a importância e influência do *tempo* no processo. CARNELUTTI já afirmava que “a importância que no campo do processo têm as figuras do ato complexo (especialmente do ato concursal) e do procedimento explica por que a regulação temporal dos atos mostra nele seu desenvolvimento em maior medida do que em qualquer outra zona do direito”.¹⁵

A regulação do *tempo* dos atos no processo compreende, novamente segundo lição de CARNELUTTI, o momento de inserção do ato, individualmente considerado,

¹³ Não é por outra razão que vários autores (nota de rodapé 10) preferem a expressão modo, em vez de forma em sentido estrito.

¹⁴ Cf. reconhece FAZZALARI (*Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 173).

¹⁵ *Sistema...*, cit., v. 3, p. 596.

no procedimento, bem como o tempo em que cada ato surge em coordenação com os demais atos nele encadeados.¹⁶

É esse segundo aspecto que toca diretamente à preclusão, pois a coordenação de atos dentro do procedimento é feita mediante *termos*.

Quando se fala em *termos* processuais, é comum a associação com a decorrência de *prazos* contados em dias ou, em casos isolados, em horas. No entanto, a superação de atos ou fases processuais também é elemento identificador do *tempo* dos atos processuais das partes no processo.

Para entender essa idéia, é indispensável trazer, da doutrina civilista, o conceito de *termo*, o qual se diferencia da *condição*, porquanto nesta “tem-se em vista um evento futuro e incerto”, ao passo que naquele “considera-se um momento futuro e certo”.¹⁷ Aqui, está a se falar do *termo final*, ou seja, aquele marco temporal futuro em que determinados efeitos legais se operarão, que se contrapõe evidentemente ao *termo inicial*, como marco temporal que dá início à contagem de um *prazo*.¹⁸ Prazo é, portanto, o tempo que decorre entre o *termo inicial* (*dies a quo*) e o *termo final* (*dies ad quem*).¹⁹

O *termo final*, como evento futuro e certo, pode ser *determinado* (“quando há fixação de um dia preciso”), ou *indeterminado* (“quando o dia da execução [da

¹⁶ “Na primeira dessas hipóteses trata-se da inserção do ato jurídico na vida comum e, portanto, quando intervierem atos processuais, para regular o processo com respeito à vida comum. Se estas palavras parecem obscuras ao leitor, pense, por exemplo, que pode ser conveniente que determinados atos processuais não sejam levados a termo de noite e ou em dia de feriado, a fim de não perturbar o repouso; é evidente que este propósito tem de ser traduzido em um preceito de forma temporal. Na segunda hipótese, trata-se de obter a combinação de vários atos jurídicos e, especialmente, de vários atos processuais, quer seja um ato complexo, quer seja um procedimento; entendidos como combinação de vários atos para obter um efeito jurídico, tanto o ato complexo quanto o procedimento podem requerer que se regule a constância ou a *distantia temporis* entre os atos singulares” (*Sistema...*, cit., v. 3, p. 596). Acrescentem-se aqui as disposições acerca não só do expediente forense, como também relativas às férias e feriados forenses (arts. 173 e 174 do CPC), a fixação de limites temporais para sustentação oral, debates, ou até mesmo a fixação de datas para realização de atos (como audiências ou inspeções judiciais). A maioria desses exemplos é do próprio processualista italiano citado. Em linhas gerais, compartilhando da mesma idéia, GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 304) e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 332).

¹⁷ SILVIO RODRIGUES (*Direito civil*, v. 1, p. 255).

¹⁸ Mais uma vez, é utilíssima a lição de CARNELUTTI: “Geralmente, determina-se a distância mínima ou o a distância máxima entre dois atos, e desse modo estabelece-se um período antes de cujo vencimento não deve ou, pelo contrário, tem de ser realizado o segundo” (*Sistema...*, cit., v. 3, p. 600).

¹⁹ Na doutrina italiana, ao contrário, defende-se o uso do vocábulo *termini* tanto para o prazo em si quanto para o seu marco temporal final (designando-se aí o *termine finale* o *termine momento*). Assim, confira-se EUGENO SARACINI (*Il termine e le sue funzioni*, p. 1-3 e 22).

obrigação] é incerto, v. g., no caso de morte, porquanto aqui o termo é certo em relação ao se, e incerto em relação ao quando”²⁰.

Assim, quando pensamos em prazos, é preciso reconhecer essas duas modalidades de *termos*, pois aí se abarcam tanto os prazos contados em dias (como os prazos para recursos, para contestação, para arrolar testemunhas etc.) como aqueles marcados por fases ou eventos processuais²¹ (por exemplo, o autor só pode emendar a inicial até a citação, *ex vi* do art. 294 do CPC; ou a parte só pode alegar uma nulidade processual a que não tenha dado causa “na primeira oportunidade em que couber [...] falar nos autos”, conforme o art. 245 do CPC).²²

Dáí por que se nos mostra equivocada a terminologia empregada no processo de alguns países de língua espanhola (em que, geralmente, se usam indistintamente *plazos* e *terminos*).²³ Nessa esteira, o Código de Processo Civil italiano refere-se sempre a *termini processuali*²⁴ (aí abarcando aqueles contados em dias, meses ou anos, que seriam *termini estrinseci*, e os demais seriam os *termini intrinseci*).²⁵

Seja como for, o objetivo de se fixarem *termos* para a realização de prazos não é outro senão regular a marcha do processo, permiti-lo caminhar adiante. Mas a

²⁰ SERPA LOPES (*Curso de direito civil*, v. 1, p. 368).

²¹ Equiparando ambas as situações, REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 14) e ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO (*Curso base di diritto processuale civile*, p. 251-252). Entre nós, entendimento semelhante é professado por BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62).

²² Apesar da vagueza da expressão “primeira oportunidade”, a garantia constitucional do contraditório impõe que todos os atos processuais de uma parte sejam comunicados ao seu adversário, de tal sorte que essa intimação abre o prazo para a arguição da nulidade; à falta de prazo específico para manifestação ou impugnação da parte interessada com respeito ao ato que reputa nulo, conta-se o prazo de cinco dias (art. 185 do CPC). Talvez, nesse ponto especificamente, o Código de Processo Civil de 1939 tenha sido mais claro. Em seu art. 277 impunha à parte o *dever* de apontar as nulidades processuais “sempre que tenha de falar no feito”. Esse dispositivo foi assim interpretado por PEDRO BATISTA MARTINS: “Para formular alegação a lei não assina prazos determinados ou fixos: a intervenção da parte no processo é que opera efeito preclusivo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 263). Vale lembrar (na esteira do item 6.2.1, *supra*) que o mencionado dispositivo do Código de Processo Civil revogado realmente impunha um *dever* à parte, e não um *onus*, pois, em caso de descumprimento pela parte, não se cominava a preclusão acerca da questão, mas sim *penalidade* (“Parágrafo único. A parte que não argüir, desde logo, a nulidade, responderá pelas custas, acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta”).

²³ Conforme afirma COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174). No entanto, ressalva se faça ao processo espanhol, em que já em 1984 esclareceu-se tal confusão (quando foram reformados os respectivos dispositivos da LEC de 1881, conforme ALMAGRO NOSETTE, *Derecho procesal*, t. 1, v. 1, p. 340). E na atual LEC, promulgada em 2000, também faz-se a distinção entre *plazos* (intervalo de tempo), dos *terminos* (*iniciales* e *finales*). A propósito, confira-se ainda CORDÓN MORENO-MUERZA ESPARZA-ARMENTA DEU-TAPIA FERNÁNDEZ (*Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 605) e DE LA OLIVA SANTOS-DIEZ-PICAZO GIMENEZ-VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 332).

²⁴ Arts. 152-155 do CPC italiano.

²⁵ Cf. ROBERTO POLI (*Sulla sanabilità...*, cit., p. 449).

fixação de prazos, por si só, não cumpre esse desiderato: é preciso que aos termos venham associadas conseqüências jurídicas. A que se destaca, para o objeto de nosso interesse, é a preclusão temporal, que será adiante analisada.

7.2.4 Lugar

Independentemente da teoria que se adote para definir o que seja ato processual, aquele praticado pela parte só poderia gerar efeitos dentro do processo quando realizado diante da autoridade jurisdicional ou de seus auxiliares, a fim de transmutar a natureza do ato, de privado, a público, e encadeado no procedimento.

A regra geral que informa esse aspecto formal é dada pelo art. 176 do CPC: “Os atos processuais realizam-se, de ordinário, na sede do juízo.” Exceções a esse postulado são trazidas pelo mesmo dispositivo (“deferência”, “interesse da justiça” e “obstáculo alegado pela parte e acolhido pelo juiz”).

Quando os atos da parte são instrumentalizados por petições, a sua existência como ato processual só se dá quando entregue o documento ao escrivão. Antes disso, é ato privado da parte, que não tem existência jurídica na órbita do processo. O mesmo ocorre inclusive relativamente aos atos do juiz (especialmente os de cunho decisório): sua existência jurídica como ato processual (e, concomitantemente, a aquisição da qualidade de ato público) se dá com a entrega do documento pelo juiz ao escrivão, e conseqüente registro e juntada aos autos.²⁶

Algumas disposições especiais ressalvam, contudo, essa regra geral. Uma delas é a Lei nº 9.800/99, que permite o envio de peças processuais a distância, por fax ou meio similar. Todavia, esse diploma não dispensa que, no prazo de cinco dias contados do encerramento do prazo, o original seja entregue ao órgão judicial, exatamente da forma como disciplina o art. 176 do CPC.

Ademais, as leis de organização judiciária estaduais, assim como as normas que regem os processos no âmbito federal, podem alargar a definição de sede do juízo quando se trata de ato da parte praticado por petições, estabelecendo o que se convencionou chamar de “protocolo integrado” (no Estado de São Paulo, esse sistema é disciplinado pela Lei nº 11.336/2003).

Em todos os demais atos, orais ou não, prevalece a mesma idéia: se praticados fora do juízo, sem autorização do magistrado e fora das exceções previstas no *supra-aludido* dispositivo processual, são reputados inexistentes.

Registre-se, por derradeiro, que a Lei nº 11.419 de 2006 (que rege a “informatização do processo judicial”) acrescentou alguns ingredientes novos a essa

²⁶ Cf. LIEBMAN (*Manual...*, cit., p. 245) e, bem recentemente, DINAMARCO (Tempestividade dos recursos, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 16, 2004, p. 955).

discussão, pois considera válidos, no processo eletrônico, os atos processuais praticados a distância, por meio digital “no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico” (art. 3º). Ou seja, derogou-se aqui a regra do art. 176 do CPC, que continuaria válida para o processo “de papel”.

7.3 Inadequação quanto à forma (em sentido amplo) dos atos das partes exercidos no desempenho de ônus processuais

7.3.1 Inadequação quanto à forma em sentido estrito

7.3.1.1 Aspectos gerais

O desatendimento da *forma em sentido estrito* quanto ao ato processual praticado no desempenho de um *direito* importa em sua *ineficácia*, ou seja, a parte não consegue atingir os fins pretendidos com a prática do ato e, para o ordenamento, é como se tivesse havido uma *omissão*.²⁷

É exatamente nesse sentido a lição de PONTES DE MIRANDA: “Omissões de atos processuais – podem resultar de não se haver praticado o ato positivo, ou de se haver praticado o ato que se não havia de praticar, ou ali, de não se haver praticado eficazmente, ou aqui, de se ter procedido de forma tal que, sem se ter praticado o que se não havia de praticar, os efeitos foram os mesmos.”²⁸

A fim de permitir melhor visualização do quanto foi dito, convém socorrermos de figuras do direito civil, *com as necessárias ressalvas da incontornável diferença entre a natureza das posições jurídicas no direito processual e no direito privado*, e sem perder de vista que essa aproximação tem finalidade meramente didática.

No direito privado, o adimplemento defeituoso de uma prestação, por culpa do devedor, equivale ao inadimplemento,²⁹ de modo que o credor *pode* recusar-

²⁷ Eventualmente, o ato jurídico processual ineficaz pode gerar outros efeitos, que não os pretendidos pela parte (podem valer, por exemplo, como confissão, para um ou outro processo).

²⁸ Comentários ao Código de Processo Civil, t. 3, p. 121. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 132) aponta justamente a identidade de efeitos entre o exercício irregular do direito processual e seu não-exercício.

²⁹ Essa regra vinha expressa no art. 1.056 do CC de 1916 e, apesar de ter sido suprimida no texto do diploma que o sucedeu (art. 389), parece-nos estar implícita na definição de mora (art. 394) e decorre da própria lógica natural das coisas (estando presente em qualquer ordenamento: confira-se, na doutrina estrangeira, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito português*, p. 93).

se a recebê-la.³⁰ No processo, o fenômeno se dá de maneira um pouco diferente, pois o juiz tem o *poder-dever* de inadmitir o ato processual defeituoso, e não pode (tal como o credor de uma obrigação de direito privado) *escolher* se aceita ou não o ato tal como praticado ainda que defeituosamente.³¹ Entretanto, a mesma idéia inspira ambos os exemplos: o ato praticado de maneira inadequada é inapto a produzir os efeitos pretendidos pela parte, equivalendo à omissão, e, no processo, como regra, há de ser *inadmitido*.³²

No entanto, é necessário que se ressalve que o vício que torna o ato inadmissível (equiparando a situação à completa omissão do sujeito processual) deve ser *relevante*, e não uma *mera irregularidade*.

Para diferenciar essas duas gradações de vícios, começamos por lembrar da lição de CARNELUTTI, segundo a qual há normas formais *meramente úteis*, e outras *necessárias*,³³ e a violação à primeira categoria não seria apta a ensejar a invalidade do ato³⁴ (ou *ineficácia*, observamos nós, tratando-se de atos da parte, haja vista nossa posição, já esposada, de que não cabe falar de nulidade dos atos da parte no processo).³⁵

³⁰ Se a prestação ainda for útil ao credor, existirá apenas *mora*, a qual pode ser purgada (respondendo o devedor por perdas e danos); se, ao contrário, verificar-se que a prestação não é mais útil ao credor, a consequência é a rescisão do contrato por inadimplemento (cabendo, também aqui, a cobrança de indenização por perdas e danos).

³¹ No campo processual, não se pode cogitar, para o juiz, que o ato da parte seja útil ou inútil. Após escoado o prazo assinado à parte, sem que o ato processual tenha sido praticado de forma regular, o ordenamento processual proíbe o juiz de admitir o ato.

³² Vale notar, entretanto, que, assim como no direito privado, em que o inadimplemento não imputável ao devedor não acarreta as mesmas consequências que o inadimplemento culposo, também no processo essa regra se apresenta contida no art. 183, *caput*, *in fine*, e parágrafos, que aceita a prática do ato que desatende a um dos requisitos formais (tempo) se houver “justa causa” para o atraso (ou seja, causa não imputável à parte). No processo civil italiano, esse fenômeno recebe o nome de *rimessione in termini*, e vem previsto em vários dispositivos do Código de Processo Civil para casos isolados (arts. 49, 2ª comma, 294, 327, 2ª comma etc.), e, por força da *Novella* de 1990, para inúmeros casos no curso do juízo de primeiro grau (art. 184-bis) como uma “válvula de segurança” do sistema de preclusões mais rígido então estabelecido (cf., a esse respeito, PROTO PISANI-CAPONI, *Lineamenti*, cit., p. 182). No entanto, anota CAPONI (*La rimessione in termini...*, cit., p. 71) que há casos em que ainda não há a previsão do instituto, de modo que, aí, a responsabilidade do litigante pela omissão à prática de um ato processual seria *objetiva*. No nosso sistema, ao contrário, a regra do art. 183, par. 2º, abrange todo e qualquer caso em que se cogita a preclusão temporal.

³³ *Sistema...*, cit., v. 3, p. 237 ss.

³⁴ DALL'AGNOL JR. (Para um conceito de irregularidade processual, cit., p. 84) cita exemplos específicos, como a falta de rubrica do escrivão na numeração das páginas dos autos, denotando que são irrelevantes para o bom cumprimento das normas processuais.

³⁵ Confira-se o nosso *Contribuição ao estudo das invalidades*, cit., p. 20 ss, bem como o item 7.7, *infra*.

Distinguir a formalidade útil da necessária é bastante difícil, e com repercussões gravíssimas. Se a norma formal desrespeitada pelo ato processual for *meramente útil*, o ato é apenas irregular e, portanto, perfeitamente eficaz, sequer carecendo ser emendado pela parte para que produzisse os efeitos por ela alvitrados; de outro lado, se o vício for *essencial* – vale dizer, atentar a norma formal necessária –, o ato praticado pela parte é inadmissível.

Está aqui em jogo achar a tênue linha divisória entre o que seja a *forma* do processo, como fator de segurança jurídica, certeza, ordem e igualdade dos litigantes perante a lei, e o que seja *formalismo*, no sentido de um exacerbamento do culto à forma, desvirtuando os fins a que o processo se destina.³⁶

O ponto de partida dessa constatação – e que pode nos servir de base para enabulação de uma regra geral – está, sem dúvida, no art. 244 do CPC.³⁷ Em linhas gerais, esse dispositivo estabelece o princípio de que, se o ato processual atingir objetivos para os quais foi realizado, deverá ser aceito, inobstante viciado.³⁸

³⁶ Valendo-nos da lição de LIEBMAN, é preciso que se contenham os excessos do *formalismo* (o qual o autor qualificou como uma “deformação”), mas que ao mesmo tempo se evite “a indulgência exagerada para com a violação das formas”, pois isso “deixaria sem eficácia as disposições da lei e ameaçaria a segurança da ordem processual e, conseqüentemente, a regularidade e eficiência no desempenho da função jurisdicional”. *Manual...*, cit., p. 257-258.

³⁷ O campo de incidência desse dispositivo, numa primeira impressão, parece restrito às *nulidades processuais*, as quais, conforme premissas acima assentadas, estariam reservadas aos atos do juiz e seus auxiliares. Todavia, mais amplamente é de se alargar o princípio insculpido no dispositivo para o campo da *inadmissibilidade* dos atos das partes. É assim que tem entendido, aliás, o STJ. À guisa de exemplo, confira-se recente julgado da 1ª Turma, proferido no Recurso Especial nº 614766-MA, em que foi relator o Ministro Luiz Fux, decidindo que a ausência de uma formalidade relativa ao agravo de instrumento (juntada de traslado de procuração) foi relevada à luz do art. 244 do Código de Processo Civil.

³⁸ Sem entrar em maiores comentários sobre o dispositivo, vale rememorar algumas conclusões do nosso trabalho *Contribuição ao estudo da teoria das invalidades*, cit., p. 22 e ss, já amplamente referido. O art. 244 do CPC é indubitosa consagração legal do princípio da *instrumentalidade das formas* e se baseia na famosa máxima do direito francês: “pas de nullité sans grief”. Em princípio, entretanto, a norma (como fica expresso em seu texto) se aplica apenas às nulidades não-cominadas, as quais, não por outra razão, são chamadas por DINAMARCO de *nulidades sistemáticas* (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 593-594). Quanto às nulidades cominadas (isto é, aquelas expressas na lei, como nos arts. 246 e 247 do CPC), não cabe essa aplicação sistemática do princípio instituído no art. 244 do CPC, pois não comportam juízos acerca do atendimento de fins e dos prejuízos causados (haveria “presunção absoluta de prejuízo, em relação às quais seria, por assim dizer, ‘perigoso’ deixar, em parte, na dependência da iniciativa das partes privá-las de efeito”, cf. TERESA WAMBIER, *Nulidades da sentença*, p. 159). Mas, ainda assim, essa presunção pode ser posta em dúvida. BEDAQUE observa que nem sempre se pode considerar viciada uma sentença proferida em um processo em que figura incapaz como parte sem interveniência do Ministério Público (e, portanto, em desacordo com o art. 246 do CPC), se o incapaz sagra-se vencedor da demanda, de maneira que, na prática, a nulidade estaria convalidada por essa vitória daquele que deveria ter sido assistido pelo *Parquet* (Nulidade processual e a instrumentalidade do processo, *Revista de Processo*, n. 60, p. 36-38). Parece-nos, assim, que a tendência é a de *sempre* analisar se a finalidade do ato foi atingida.

Parece-nos irrepreensível, por sua concisão e acuidade, a definição dada pelo processualista italiano ROBERTO POLI acerca dos três corolários em que se assenta a aplicação dessa norma interpretativa, quais sejam: (a) que as normas que impõem formalidades às partes devem ser interpretadas privilegiando-se o aspecto *funcional*; (b) que o respeito às prescrições de ordem formal deve ser observado na medida do necessário para que o ato atinja seu fim; e (c) a eventual inobservância da prescrição formal se torna irrelevante se o ato viciado atingiu normalmente seu objetivo.³⁹

Assim, tentemos aplicar esses conceitos a um exemplo prático que é muitíssimo comum na jurisprudência: a apresentação de peça processual (petição inicial, contestação, recurso etc.) sem assinatura do advogado. Há incontáveis pronunciamentos no sentido de que o recurso seria *inexistente*⁴⁰ (ou seja, o vício do ato seria até mais grave do que aquele que conduz à *ineficácia*, ou *inadmissibilidade* do ato), ao passo que, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, consagrou-se a idéia de se tratar de simples *irregularidade*.⁴¹

³⁹ Sulla sanabilità..., cit., p. 450-451.

⁴⁰ Vejam-se ementas de acórdãos que comungam dessa opinião: “É requisito para a existência do recurso a assinatura do advogado que o interpôs” (TRF – 3ª Região, 1ª T., Ap. Cível 92.03.45052-1-SP rel. Juiz Silveira Bueno; j. 08.09.1992, v.u.; DOE, Poder Judiciário, Caderno I, 13.10.1992, p. 106, ementa, BAASP, 1777/22-e, de 13.01.1993); “Peça dos embargos que não se encontra assinada – Assinatura que é a prova de autenticidade daquele documento, sendo de sua essência a assinatura da peça, sob pena de ser considerado inexistente” (TJSP, Embargos de Declaração 74.126-5-São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Relator: Antônio Rulli, 13.12.2000, v.u.). Aliás, quando a falta de assinatura se dá em embargos de declaração, e se reconhece terem sido eles inexistentes, não se opera o efeito interruptivo do prazo para apelar, conforme o art. 538 do CPC: “*Intempestividade do recurso de apelação – Embargos declaratórios que foram reputados inexistentes (por falta de assinatura) e que, em conseqüência, não acarretam a interrupção em favor do embargante do prazo para interposição do recurso cabível – Recurso não conhecido*” (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 24.866-4-São Bernardo do Campo, rel. César Lacerda, 28.04.1999, v.u.). Aliás, a jurisprudência chega ao extremo de não conhecer de apelação interposta sem assinatura, e depois corrigida (sempre em homenagem à idéia da *inexistência* do ato jurídico): “*Embargos à execução – Razões de apelação sem assinatura – Ato inexistente*. 1. Ausente a assinatura do advogado nas razões da apelação – malgrado ter sido intimado para sanar a irregularidade – é de se ter o recurso como inexistente. 2. Apelação não conhecida” (TRF – 3ª Região, 4ª T., AC 668123-SP rel. Des. Federal Newton De Lucca, j. 27.02.2002, v.u., BAASP 2323/730-e, 14.07.2003).

⁴¹ Destaca-se aqui eloqüente precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “Processo civil – Embargos de divergência – Petição sem assinatura – Regularização – Possibilidade – Agravo provido. I – Salvo a hipótese de má-fé, deve-se ensejar à parte recorrente oportunidade de seu procurador subscrever a petição recursal sem assinatura. II – A evolução do processo civil contemporâneo recomenda ensejar o suprimento das nulidades relativas, como no caso de ausência de assinatura na petição recursal” (STJ, Corte Especial, AERESP 293336-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.04.2002). Mas a tese ecoa, também, em outros tribunais: “Contestação – Peça em que faltou a assinatura do advogado regularmente constituído pelo réu – Nulidade inexistente – Mero lapso material susceptível de retificação” (1ª TACivil, 2ª Câmara, AI 1.036.504-7-São José do Rio Preto-SP, rel. Juiz Morato de Andrade, j. 29.08.2001, v.u. BAASP 2277/590-e, 19.08.2002).

A divergência é realmente tormentosa, pois se trata de situação comum no dia-a-dia forense, e os argumentos de cada uma das correntes são inegavelmente fortes.

A primeira solução é exclusivamente técnica e leva em conta que um dos elementos do ato jurídico processual é o sujeito, e, nas peças apresentadas pelas partes, o preenchimento desse elemento se dá, justamente, com a aposição da assinatura do advogado. Sem ele, tratar-se-ia de um ato sem sujeito, anônimo e, portanto, *inexistente juridicamente*.

A segunda solução tem cunho eminentemente prático e se assenta em razões de ordem lógica, pois, a despeito de não ter assinado a petição, o advogado articulou a peça em termos condizentes com o estágio da causa, cumprindo as formalidades legais adequadas, dirigiu-a ao processo correspondente de modo correto, entregou-a tempestivamente ao juiz ou serventuário da Justiça, o qual a fez juntar aos autos do processo. Se o erro passar despercebido, como muitas vezes sucede, a parte adversa pode chegar a responder aos seus termos e o processo pode ter seguimento. Dizer simplesmente que ao ato falta o elemento sujeito significa ignorar que a peça só chegou aos autos por obra de um sujeito interessado, com concurso da autoridade judiciária e/ou seus auxiliares.⁴²

Os argumentos da segunda corrente jurisprudencial já são suficientemente sedutores, mas, se tomarmos os três corolários delineados acima, qualquer dúvida em torno do assunto é espancada. Se pensarmos no exemplo de um recurso de apelação, a sua interposição, mediante petição não assinada (mas acompanhada de razões e preparo, isto é, regular quanto ao mais), pode perfeitamente cumprir sua função se o erro não for imediatamente apontado, pois consignará nos autos a manifestação da parte sucumbente do desejo de impugnar a decisão; o juiz a receberá, declarando os efeitos, e à parte apelada se assegurará o contraditório, com a abertura de prazo para contra-razões (art. 518). O suprimento da irregularidade, *a posteriori*, não impediu que os objetivos da parte se cumprissem e a função do ato se realizasse. Finalmente, não se causou à parte adversa qualquer prejuízo.

Com essas constatações, entendemos que foram expostos os contornos necessários do que são *vícios essenciais* e, conseqüentemente, qual o campo de atuação do crivo de admissibilidade dos atos processuais.

7.3.1.2 Emenda dos atos processuais formalmente defeituosos

Lançadas as premissas acima, chegamos ao ponto que queríamos: o ato, defeituosamente praticado, pode ser *corrigido*? A idéia, aqui, é a mesma que já per-

⁴² Isso sem pensar em aspectos ainda mais práticos de uma situação como essa: é bastante comum que os advogados se utilizem de papel timbrado, com seu nome e endereço, e se valham de uma particular formatação de letra e parágrafos no computador, de modo a tornar a autoria da peça inconfundível, a despeito da ausência de assinatura.

meia o estudo das nulidades processuais em geral, isto é, a *inadmissibilidade* do ato defeituoso praticado pela parte pode ser *sanada*?

De início, é necessário que se excluam os casos em que o ato da parte acha-se eivado de mera *irregularidade*, consoante o acima definido. Aqui, o ônus processual foi corretamente cumprido, de modo que eventuais correções, quando muito, poderiam ser feitas após o escoamento do prazo para sua prática.⁴³ Referimo-nos, então, apenas aos casos em que o vício afeta a forma processual *necessária*.

De outra banda, convém ressaltar que nossa investigação foca apenas os casos em que a correção do ato defeituoso *não está autorizada expressamente na lei processual*. Com efeito, casos há em que o juiz tem o *dever* de assinar prazo para que a parte corrija vício sanável.

É assim com a petição inicial. Quando este ato se apresenta inadequado quanto à *forma* (em sentido estrito) e houver possibilidade de corrigi-lo, o juiz não o indefere (não o reconhece ineficaz) de plano. Ao contrário, o juiz assinala prazo para a emenda (art. 284 do CPC) e, se a parte não atender à determinação judicial na *forma* (em sentido estrito), *lugar e tempo* corretos, o juiz “indeferirá a petição inicial” (art. 295, VI) e extinguirá o processo sem exame de mérito (art. 267, I). O mesmo ocorre no processo de execução (art. 616). Aqui não se cogita, em absoluto, da ocorrência de *preclusão*, pois há norma expressa, autorizadora da emenda.

Outra hipótese, análoga à anterior, é a do art. 511, § 2º, do CPC (acrescido pela Lei nº 9.756/1998), que permite a *complementação* do preparo insuficiente (em que pese o fato de que a maciça jurisprudência anterior à lei de 1998 já vinha atenuando o rigor da interpretação do art. 511 para deixar de equiparar a *insuficiência* do preparo à sua completa *ausência*).⁴⁴

Assim, *não* é nesses casos (que nos parecem ser *taxativamente expressos*) que está presente o objeto de nosso interesse neste item. O que importa aqui é perquirir se mesmo à falta de norma permissiva da correção do ato processual viciado poderia a parte emendá-lo e, se sim, em que condições.

Para que possamos visualizar melhor a questão, ousamos aproveitar mais uma vez o exemplo acima utilizado, traçando um paralelo entre o adimplemento de direitos processuais e o adimplemento no direito obrigacional material, reiterando as ressalvas de que essa comparação alvitrada não tem finalidade outra senão a didática.

O adimplemento defeituoso realizado *antes do vencimento do prazo da obrigação* e *recusado pelo credor* não gera efeito algum. Mas o credor nada pode fazer até

⁴³ Basta lembrar de acórdãos acima citados que autorizam o suprimento desse vício a qualquer tempo.

⁴⁴ Para completa referência jurisprudencial, LUIZ MANOEL GOMES JR. (A complementação do preparo – uma proposta de exegese do § 2º do art. 511 do CPC inserido pela Lei nº 9.756/98, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 3, p. 455 ss).

que se opere o vencimento, pois *ainda não existe mora*. Depois de vencido o prazo, o devedor só poderá adimplir a obrigação se o autor assim aceitar (já que o art. 475 do CC lhe faculta a resolução do contrato ou a aceitação do adimplemento tardio, com a cobrança de perdas e danos). Se o credor não aceitar a prestação, o devedor estará sujeito aos encargos decorrentes da resolução por inadimplemento.

Entretanto, em relação aos atos processuais, a maciça doutrina e a iterativa jurisprudência não entendem assim: a emenda do ato defeituoso é vedada, porque a sua prática gera o efeito de *consumir o direito da parte ao exercício do referido ato*. O fenômeno a que se recorre para embasar esse entendimento é o da *preclusão consumativa*, de tal modo que *pouco importa se o prazo para a prática do ato se escoou ou não*.⁴⁵ Costuma-se dizer que haveria uma *renúncia* tácita da parte ao restante do prazo.⁴⁶

ANTÔNIO ALVES BARBOSA,⁴⁷ na esteira da lição de RICCIO, entende que o fenômeno que explica isso seria uma *quarta* categoria de preclusão (ao lado da *temporal, lógica e consumativa*), por ele denominada *preclusão ordinatória*, consistente na perda do direito processual à prática de um ato, se este foi praticado *irregularmente*. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴⁸ prefere dizer que essa modalidade de preclusão estaria incluída num sentido mais amplo da preclusão consumativa, cujo advento se daria com o exercício da faculdade processual *válida ou invalidamente*.

Seja qual for a denominação dada ao fenômeno, para analisá-lo convém partir de dois exemplos, bem comuns na prática, em que se cogita da emenda de ato processual para suprir defeito (de forma em sentido estrito) que importe em *inadmissibilidade*: o recurso de apelação apresentado desacompanhado das razões e desprovido do comprovante de recolhimento do preparo.

Curiosamente, a posição doutrinária e jurisprudencial dominante é diferente para cada uma destas situações: admite-se com mais facilidade que o recurso seja acrescido das respectivas razões depois de interposto (desde que ainda no

⁴⁵ V.g., DALL'AGNOL JUNIOR (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 95): "Questão interessante, no entanto, é saber-se se ao réu seria viável, tendo respondido antes do termo final, ainda não vencido o prazo legal para resposta, o retificar ou o aditar a sua peça. O problema não tem recebido unânime solução na doutrina, mas com a razão parece encontrarem-se aqueles que entendem que, na espécie, ocorreria preclusão consumativa. Validamente praticado o ato, não há porque — o que seria totalmente contrário ao princípio do impulso processual, e mesmo da celeridade — permitir o retorno." Adiante, afirma o autor, mais expressamente, que "com a realização do ato opera-se a preclusão consumativa, fecha-se ao agente a possibilidade de um agir complementar" (p. 110).

⁴⁶ Ainda DALL'AGNOL JUNIOR (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 110) afirma que "A presunção é de que também ele está interessado na celeridade."

⁴⁷ *Da preclusão processual civil*, p. 55.

⁴⁸ *O novo regime do agravo*, p. 304.

prazo recursal),^{49,50} mas são raros os autores e julgados que aceitam que o comprovante de recolhimento do preparo seja juntado *a posteriori* (mesmo dentro do prazo).^{51,52}

Tanto a falta de razões recursais quanto a ausência do preparo são defeitos de forma (em sentido estrito), à vista do disposto, respectivamente, nos arts. 514 e 511 do CPC, que impõem a concomitância de todos esses três atos (interposição do recurso, apresentação das razões e exibição do comprovante de recolhimento do preparo).

Em princípio, a interposição do recurso eivado de vício formal (em sentido amplo) importa, como dissemos, na *ineficácia* do ato, ou seja, na inaptidão de produzirem-se os efeitos desejados pela parte (provocar o reexame da matéria impugnada); e esta ineficácia é equiparada, como vimos acima, à *omissão* do agente (no exemplo dado, a interposição da apelação irregular não impediria que a sentença transitasse em julgado, tal como se apelação alguma tivesse sido interposta).

Com essa constatação, já se afasta a idéia (corrente na doutrina e na jurisprudência, como se viu) de que a consecução do ato irregular seria apta para extinguir o direito da parte quanto a sua prática, pelo fenômeno da *preclusão consumativa*. Essa modalidade de preclusão inspira-se na regra *non bis in idem*, isto é, extingue a possibilidade de a parte realizar um ato se ele já foi praticado "validamente". CHIO-

⁴⁹ A propósito, na doutrina, vide BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 423, nota 44), com apoio na lição de PONTES DE MIRANDA, SÉRGIO BERMUDEZ e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, e menção a inúmeros julgados, do TARS, TJRS, TJSE, TJRJ e TJGO. No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JR. (*A preclusão no processo civil*, cit., p. 10) e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 7, p. 439 ss). Contra, NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 314) e FLÁVIO CHEIM JORGE (*Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 182 ss), dentre outros.

⁵⁰ Na jurisprudência, pela admissibilidade da emenda e apresentação das razões posteriormente à interposição do recurso, RT 593/173, 516/106, 508/223; RTJ 85/722; RF 255/300.

⁵¹ A maciça doutrina nega veementemente essa possibilidade, reputando haver preclusão consumativa. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 387), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Preparo e preclusão consumativa, Reforma do Código de Processo Civil*, p. 637-641); CARREIRA ALVIM (*Código de Processo Civil reformado*, p. 200); NERY JR. (*Atualidades sobre o processo civil*, p. 128), CLITO FORNACIARI JR. (*A reforma processual civil*, p. 93); JOÃO BATISTA LOPES (*Preparo do recurso e preclusão consumativa, Repertório IOB de Jurisprudência*, v. 11/96, p. 194-195); NELSON LUIZ PINTO (*Manual dos recursos cíveis*, p. 68), FLÁVIO CHEIM JORGE (*Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 197 ss). Contrária e minoritariamente, pela admissibilidade do recurso, CÂNDIDO DINAMARCO (*A reforma do Código de Processo Civil*, p. 164-165), JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*, cit., p. 442 ss) e THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil...*, cit., p. 554, nota 12 ao art. 511, entendendo que, se a insuficiência de preparo deve ser relevada ex art. 511, § 2º, do CPC, a ausência completa, suprida dentro do prazo recursal, também o deve ser).

⁵² Na jurisprudência, também impera o primeiro entendimento: RSTJ 107/117; RT 726/317, 735/298, 735/402, 740/314, 1744/247; RF 337/298, JTA (LEX - 2º TAC/SP) 157/477, 173/326. Minoritariamente, em sentido oposto, RSTJ 97/209; RT 732/271; JTJ 197/225.

VENDA, o primeiro e maior estudioso científico do instituto, já inserira esse advérbio de modo na definição da preclusão,⁵³ e o estudo de sua obra permite afirmar, sem qualquer hesitação, que não se pode sequer cogitar de preclusão consumativa se o ato não foi validamente praticado.

Afinal, quando o ato é praticado irregularmente, a própria lei o considera *ineficaz* para atingir os objetivos almejados pela parte. Ora, se assim é, não se pode admitir que a própria lei confira-lhe eficácia para consumir o direito da parte em praticá-lo. Se o ato é *ineficaz*, não produz nenhum efeito, nem o de consumir o direito da parte. Exatamente por isso é que não podemos aceitar a opinião da doutrina já referida segundo a qual a preclusão consumativa se daria tanto quando o ato processual é praticado *validamente* quanto *invalidamente*.

Nesse sentido, o art. 158 do Código de Processo Civil *poderia ser entendido de modo que apenas os "atos válidos e eficazes das partes (...) produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais"* (palavras em itálico foram acrescentadas por nós ao texto legal).

Parece-nos que a interpretação ora proposta se mostra em absoluta consonância com a *mens legis* da preclusão consumativa, conforme identificado por GUARNIERI: "nestes casos, a lei considera que o interesse já tenha sido satisfeito, e assim perde a razão de ser a faculdade de se cumprir o ato processual".⁵⁴ Ora, a lei só poderia levar em conta que o interesse foi satisfeito se o ato pudesse produzir efeitos. Como não pode, não há que falar em consumação do direito da parte.

Com isso, procuramos demonstrar que o ato inadequado quanto à forma (em sentido estrito) pode, sim, ser emendado,⁵⁵ desde que dentro do prazo, já que não se pode cogitar *in casu* a preclusão consumativa.

Pelas exatas mesmas razões, não há como aceitar a idéia da tal *preclusão ordinatória*, valendo acrescentar, para reforçar nossa posição, que não é minimamente razoável que se diferenciem os efeitos da prática do ato de forma irregular e da completa omissão do agente.

⁵³ "Entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual, que se sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal de atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)" (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-221, destacamos).

⁵⁴ *Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 573, em tradução livre

⁵⁵ No mesmo sentido, vem HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 11): "Uma coisa, portanto, é a impossibilidade de realização do ato em razão da preclusão consumativa [...]. Outra, bem diversa, é a regularização dos vícios do ato praticado." No exato mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, cit., p. 443 ss).

A emenda do ato tem o condão de completá-lo, tornando-o perfeitamente eficaz. Ato irregular e emenda podem ser considerados duas partes do mesmo ato: a primeira, sozinha, seria um ato irregular, e inapta a produzir os efeitos pretendidos pela parte; a segunda (emenda) completaria a primeira, de modo que, a partir de seu advento, passaria a existir um ato só, uno e regular. No nosso exemplo, o ato de interposição do recurso (que é complexo e compreende uma série de requisitos previstos nos arts. 511 e 514 do CPC) deve ser, todo ele, praticado concomitantemente e dentro do prazo previsto. O arrazoadado recursal sem preparo é uma parte do ato, e o comprovante de recolhimento do preparo é a segunda parte, que completa a primeira, de modo que ambas, juntas, tornam-se um só ato regular (apelação que ostenta todos os requisitos da lei).

É evidente que, para que a emenda seja aceita, mesmo ela está sujeita às três limitações impostas pela forma a todos os atos processuais (à forma em sentido estrito, tempo e lugar).

Se a emenda for inadequada quanto à forma (em sentido estrito), será inábil a complementar a primeira parte do ato e, juntas, formarão um ato uno e ineficaz (no nosso exemplo, imagine-se que as custas foram recolhidas à União Federal, em um processo que tramita perante a Justiça Estadual).

De outro lado, se a emenda for inadequada quanto ao lugar, não operará efeito processual algum, de sorte que o ato emendado continuará imperfeito e, portanto, inadmissível.

Por fim – e é o que mais importa –, a emenda deve ser tempestiva (regular quanto ao tempo). Se o ato viciado foi praticado com certa antecedência do termo fixado, ainda haverá tempo para a emenda. Voltando ao exemplo acima, imaginemos apelação interposta de modo irregular no 5º dia do prazo: até o 15º dia, a emenda pode ser feita, já que a interposição de apelação de modo irregular se equipara, quanto aos efeitos, à situação de ausência completa de apelação.

Se a emenda vier um dia depois de transcorrido o prazo, o direito de fazê-lo já estará *ipso facto* extinto pela *preclusão temporal* (voltando ao exemplo *supra*, a apresentação do comprovante de recolhimento do preparo no 16º dia não corrige o recurso de apelação anteriormente interposto de maneira irregular).

Ademais – e para robustecer nossos argumentos –, a correção do ato processual imperfeito depois do escoamento do prazo destinado a sua prática representaria uma afronta ao princípio da isonomia. Como a apelação é, como dissemos, ato complexo, deixar que parte dele se realize após o *dies ad quem* representa afronta ao princípio da isonomia, pois todos os demais litigantes (exceto os arrolados no art. 188 do CPC) se sujeitam ao prazo de 15 dias para executar o mesmo ato pro-

cessual. Conceder um 16^o ou 17^o dia para que o ato seja completado seria ferir a igualdade de todos perante a lei processual.⁵⁶

Somente nesse caso – emenda após transcurso do tempo – é que o processo realmente sofreria contramarcha; se a emenda for tempestiva, não há que falar em retrocesso, pois o processo estava programado para ficar à livre disposição da parte pelo prazo previsto na lei processual.

Trilhando caminhos diversos, chegamos a interpretação similar àquela sustentada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE.⁵⁷ Para o autor, a emenda da apelação, com a apresentação do comprovante de recolhimento do preparo dentro do prazo recursal, não traz prejuízo à parte adversa. Ademais, BEDAQUE ainda acrescenta outro argumento: o de que o autor pode, até a citação, emendar a petição inicial quantas vezes quiser, ou se o juiz assim determinar (art. 284 do CPC), demonstrando que o sistema processual é, em vários casos, tolerante com a imperfeição dos atos.

Quanto a este último argumento, cabem algumas respeitadas ressalvas. Entendemos que as situações não se confundem, pois a emenda da petição inicial é expressamente autorizada por lei (art. 284 do CPC) e tem lugar em um momento de prevalência do interesse particular sobre o público, pois ainda não se deu a citação;⁵⁸ diferentemente sucede com a emenda do recurso de apelação.⁵⁹

Mas, seja como for, a concepção que procuramos delinear se aplica a outras searas do processo, estranhas à da apelação (que congrega os exemplos práticos mais recorrentes), no sentido de excluir qualquer interpretação que conduza à *presunção de renúncia tácita* a direito processual, máxime sob o argumento de ter havido *preclusão consumativa* (já que não se pode reputar consumido direito que tenha sido exercido *invalidamente*, ou, ainda, *que não tenha sido exercido por completo*).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio – e muito embora não se esteja falando aqui de emenda de atos processuais defeituosos –, afasta-se a idéia de que a interposição de recurso especial e de extraordinário (art. 541 do CPC) não pode ser feita em momentos diferentes, mesmo dentro do prazo, por incorrer a parte

⁵⁶ Ressaltando que um dos fundamentos da preclusão é, justamente, o princípio da isonomia, RICCIO (*La preclusione processuale penale*, p. 12, nota 26); ANTÔNIO ALVES BARBOSA (*Da preclusão...*, cit., p. 96) e MONIZ DE ARAGÃO, (*Preclusão (processo civil)*, cit., p. 150).

⁵⁷ Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, cit., p. 439 ss.

⁵⁸ A propósito, confira-se o item 10.2, *infra*.

⁵⁹ A essa nossa crítica, BEDAQUE rebateu afirmando que “ao prever a possibilidade de regularização do ato em determinadas situações do procedimento (arts. 284 e 511 do CPC), não pretendeu o legislador torná-la inadmissível em outras. A omissão involuntária pode ser suprida com o auxílio dos mesmos princípios em que estão fundadas as regras expressas” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 145, nota 116).

em preclusão.⁶⁰ Em sentido análogo apresenta-se a questão da concomitância de contestação e reconvenção imposta pelo art. 299 do CPC.⁶¹ Coerentemente aos nossos entendimentos ora esposados, não há razão alguma para se inadmitir a peça oferecida posteriormente, se ambas foram protocolizadas dentro do prazo legal de 15 dias.^{62,63}

Em suma, apesar de cientes de que a jurisprudência, paulatinamente, passa a acolher essa interpretação menos restritiva da preclusão em variados casos acima referidos, entendemos conveniente entabular a questão em termos científicos, de modo que em casos similares aos aqui tratados o mesmo raciocínio possa ser aplicado, e não fique sob o jugo do casuísmo. Mantemo-nos, assim, coerentes com uma de nossas principais premissas metodológicas, que é justamente a necessidade de interpretar *cientificamente* a preclusão. Sobre esse aspecto, discorreremos com maior profundidade no Capítulo 11, *infra*.

7.3.2 Inadequação quanto ao tempo

Como vimos no item 7.2.2, *supra*, a regulação do aspecto *temporal* do processo apresenta-se sobre duplo aspecto: a do tempo em que o ato individualmente considerado deve ser praticado, e do tempo em que ele deve ser encadeado no procedimento, em coordenação com os demais.

É quanto ao segundo aspecto do tempo que incide diretamente o tema *preclusão temporal*, que passamos a tratar.

⁶⁰ V. g. ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 108).

⁶¹ Muitos sustentam (como NERY JR.-ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 683, e CRISTINA FERRAZ, *Prazos no processo de conhecimento*, p. 67, dentre outros) ocorrer *preclusão consumativa*.

⁶² Assim já se pronunciou o STJ (RT 754/243 e 3ª Turma, REsp 132545-SB, rel. Min. Waldemar Sveiter, j. 19.02.1998). Mas não raro se vêem julgados em sentido oposto (JTA 118/207 e 130/338). Na doutrina, acolhendo o entendimento por nós defendido, MARCATO (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 930).

⁶³ Aliás, em ambos os casos citados *supra*, a simultaneidade jamais poderia ser completa, pois, ainda que seja por diferença de segundos, uma peça não poderia ser protocolizada no exato mesmo momento que a outra. Assim, se os defensores da tese de preclusão consumativa quisessem ser coerentes, forçosamente haveriam de exigir que as peças fossem protocolizadas no mesmo dia, hora, minuto e segundo, sob pena de haver arbítrio. Com efeito, o que pode ser considerado *simultaneidade*? As duas peças apresentadas com intervalo inferior a uma hora, ou mesmo com intervalo maior, mas no mesmo dia? Mostra-se essa tese desprovida não só de base científica, como também de lógica.

7.3.2.1 Preclusão temporal

O decurso do tempo é geralmente apontado como *fato jurídico processual*: trata-se de acontecimento natural, cuja existência importa em diversas consequências jurídicas dentro do processo, todas elas orientadas no (nobre) propósito de fazê-lo avançar.

Consoante ensinamento de REMO CAPONI,⁶⁴ a progressão do procedimento exige três requisitos: que sejam fixados limites temporais para que os sujeitos do processo cumpram os atos que lhes cabem, que o sistema incentive os sujeitos a realizarem tais atos, seja estipulando uma vantagem decorrente da sua prática, seja uma desvantagem decorrente da omissão, e, finalmente, que o processo possa prosseguir, tenha o ato sido cumprido ou não.

Quando a parte se desincumbe de um ônus e pratica dado ato processual depois do termo para ele fixado, o ato é considerado *ineficaz* (porquanto inábil para gerar os efeitos queridos pela parte). E, tal como vimos acima, o ato irregular, por ineficaz e privado de efeitos, produz situação similar àquela em que houvesse omissão da parte.

Ao fenômeno que explica a equiparação da prática do ato a destempo e a completa omissão a doutrina processual consolidada chama de *preclusão temporal*. Trata-se da consequência jurídica que a lei estabelece em face do acontecimento natural consistente no decurso do tempo.

O art. 183 do CPC atribui o advento da preclusão apenas e tão-somente à decorrência do prazo, sem necessidade de concurso do juiz ("Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato [...]").⁶⁵ Assim, quando a Serventia Judicial "certifica" o decurso de um prazo, a

⁶⁴ *La rimessione in termini nel processo civile*, p. 15.

⁶⁵ Por isso mesmo é que, *tecnicamente*, o recurso intempestivo não tem o condão de interromper ou suspender o prazo para ação rescisória: o trânsito em julgado da decisão atacada pelo recurso intempestivo (e, portanto, o início do prazo bienal para a propositura da rescisória) se dá no dia posterior ao *dies ad quem* do prazo recursal (assim decidiu o STJ, no REsp 84560, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 17.09.1996).

Entretanto, o mesmo STJ tem entendimentos flexibilizando essa tese, contando o prazo para a rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão que reconhece a intempestividade, em homenagem ao princípio da boa-fé do recorrente (RSTJ 28/312). Em apoio, manifestou-se em sede doutrinária NELSON NERY JR. (*Princípios fundamentais...*, cit., p. 233), afirmando que a eficácia da decisão que declara a admissibilidade de recurso é *ex nunc*, e não *ex tunc* como no direito civil. Acrescenta o autor, ainda, que isso se deve às particulares regras que regem a *litispêndência*, e que são totalmente estranhas, por óbvio, ao objeto do direito civil.

Questão interessante; e conexa à anterior, reside em saber se o recurso não conhecido por outras razões que não a intempestividade também seria inapto a impedir o trânsito em julgado. E aqui também a questão comporta duas respostas. A primeira é inteiramente *técnica*: conforme discutiremos no item 7.3.1, *supra*, a prática do ato de forma inadequada se equipara à completa omissão do agente, eis que o ato é *totalmente ineficaz para produzir os efeitos programados pela parte (inadmissibilidade)*.

eficácia de tal certificação é meramente declaratória, opera com efeitos *ex tunc*, com a finalidade exclusiva de eliminação de incerteza, pois, a qualquer tempo, o juiz pode reconhecer que o prazo escoou-se.^{66,67}

Resgatando o que dissemos acima, o tempo do processo pode ser medido em horas, dias, ou em fases processuais. Por isso, quando dizemos *preclusão temporal*, referimo-nos ao fenômeno que extingue a faculdade da parte pela fluência de prazo ou pela superação de uma fase do processo.⁶⁸ Em ambos os casos, há transcurso de *tempo*, mas é ele marcado de forma diversa.⁶⁹ Diferentemente, AN-

Ora, dentre esses efeitos dos recursos, se insere, justamente, o de evitar a preclusão sobre a questão recorrida ou, quando o caso, a coisa julgada (trata-se, aliás, de efeito comum a todas as modalidades recursais, como bem aponta DINAMARCO, *Efeitos dos recursos, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 5, p. 25-26). O segundo modo de entender a questão leva em conta, também, o princípio da boa-fé, e se apóia na idéia de que o trânsito em julgado só se opera quando se esgotarem os recursos contra a decisão que inadmitiu o recurso anterior (assim, v. g., NELSON LUIZ PINTO, *Manual dos recursos cíveis*, p. 55, e, na jurisprudência, RTJ 112/989, 121/209, 110/880, 117/1361, 104/1265). O problema ganha contornos mais complexos ainda se pensarmos no efeito dos embargos de declaração sobre o trânsito em julgado, nos casos em que tal recurso não é "admitido" por se entender que não havia omissão, obscuridade ou contradição. A celeuma foi enfrentada por ATHOS GOSMÃO CARNEIRO, em recente parecer intitulado Ação rescisória – embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial (*Revista Jurídica*, n. 315, p. 49-62), no qual chega à conclusão de que os embargos declaratórios, quando *inadmitidos* por não haver omissão, contradição ou omissão, são apreciados no mérito e que, exceto quando intempestivos, *interrompem* o prazo para recurso posterior e para a ação rescisória. Por fim, invoca o princípio da utilidade dos prazos (não se pode considerar que há prazo fluindo se a parte está impossibilitada de utilizá-lo, sobretudo em face da excessiva demora do Poder Judiciário). Parece-nos, em linha de conclusão, que a razão está com os que não cedem ao argumento puramente técnico, sobretudo porque este atenta flagrantemente quanto ao princípio da boa-fé do litigante e tolhe dele direito de usar remédio judicial, enquanto o Poder Judiciário está a lhe dever um provimento (ainda que declaratório) acerca do reconhecimento ou não da *inadmissibilidade* de seu recurso. E sabe-se que a demora da máquina judiciária não se deve ao litigante, não se podendo imputar a ele malefícios oriundos dessa situação.

⁶⁶ Isso não ocorria, de regra, antes do Código de Processo Civil de 1939, como afirma DINAMARCO: "é que no direito anterior ao próprio Código de 1939 a preclusão de certas faculdades não decorria simplesmente da chegada do último momento do prazo, mas do lançamento feito nos autos (a preclusão temporal era, assim, condicionada)" (*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 196). O legislador de 1939 resolveu o problema, em seu art. 26, dizendo que os prazos "serão contínuos e peremptórios", o que, segundo interpretou a doutrina citada por DINAMARCO, indica que o decurso do prazo, fatal e automaticamente, extingue a faculdade ou poder processual que deveria se desempenhar no referido prazo.

⁶⁷ Tratando especificamente da eficácia declaratória (e, portanto, com efeitos *ex tunc*) da decisão que inadmitte recurso, têm-se os pronunciamentos de PONTES DE MIRANDA (*Tratado da ação rescisória*, p. 374-375) e BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 550-551).

⁶⁸ É exatamente como definiu CHIOVENDA (*Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 233).

⁶⁹ Nesse sentido, confira-se MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 34).

DRIOLI,⁷⁰ assim como outros autores já referidos, preferiu diferenciar a “preclusão derivada do decurso *in albis* de um prazo sob pena de decadência” da “preclusão derivada da superação de uma fase do processo”. Para nós, trata-se de um único fenômeno.

Seja como for, conforme ressalta DINAMARCO,⁷¹ a superação de uma fase do processo só se dá quando o ato processual a ela reservado não pode mais se realizar, porque outro ato encadeado no procedimento em momento subsequente se realizou (dá como exemplo justamente a possibilidade de o autor alterar pedido e causa de pedir, mesmo que com a concordância do réu, depois do proferimento da decisão saneadora).

Por derradeiro, cumpre assinalar que o primeiro aspecto da regulação temporal do processo referido no item 7.2.2 *supra* (fixação de parâmetros de tempo para inserção de ato individualmente considerado no procedimento) apresenta várias projeções sobre o terreno da preclusão, seja com respeito ao efeito das férias sobre a fluência dos prazos (art. 179 do CPC), ou com relação a outras causas de prorrogação (art. 184, § 1º).

Há ainda, aqui, um último aspecto a considerar. Os prazos incluem o dia do vencimento (art. 184), mas a definição de “dia” não é aquela da linguagem comum (isto é, até as vinte e quatro horas), mas sim o “expediente forense” (art. 172, *caput*, do CPC).

Fora desse horário, a parte *não poderá* praticar atos processuais, pois, a rigor, após as vinte horas, o *dies ad quem* já terminou.⁷² O ato pela parte praticado fora do horário de expediente há de ser considerado *inadmissível* (em virtude de já ter se operado a *preclusão* como dispõe expressamente o § 3º do art. 172, acrescido pela Lei 8.952/1994),⁷³ excetuando-se as hipóteses trazidas nos §§ 1º e 2º do art. 172.

Ou seja, deve-se considerar o termo final do prazo processual encerrado às vinte horas (art. 172, *caput*, do CPC), e, se a parte praticá-lo depois desse limite temporal, sujeitar-se-á à preclusão.

Evidentemente que tudo isso ocorre se a parte não provar que sua omissão deu-se por *justa causa*, isto é, por um motivo alheio a sua vontade ou interferên-

⁷⁰ Preclusione (diritto processuale civile), cit., p. 569-570.

⁷¹ Nota à sua tradução do *Manual* de LIEBMAN, p. 236.

⁷² Desconsideramos a impossibilidade *material* de praticar o ato, já que vedado o acesso à sede do juízo após o fim do expediente e, dessarte, a impossibilidade de praticar o ato validamente no lugar apropriado (como impõe o art. 176 do CPC).

⁷³ Se eventual magistrado ou auxiliar aceitar petição após o horário de expediente, estará praticando ato *nulo*, em razão do desatendimento de norma processual expressa.

cia (o art. 183, § 2º, do CPC prevê, nesse caso e preenchidos seus requisitos, a *devolução* do prazo).

7.3.2.2 Classificação dos prazos processuais

Feitas todas essas considerações, façamos breve menção às classificações dos prazos processuais.

GABRIEL REZENDE FILHO,⁷⁴ em seus estudos editados sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, propunha a classificação em prazos “peremptórios, prorrogáveis e cominatórios”, sendo os dois primeiros aqueles que não podem sofrer qualquer tipo de dilação, os segundos aqueles que, a pedido da parte ou por decisão *ex officio* do magistrado, podem ser alterados, e os últimos aqueles cujo desatendimento importava em sanções ou penalidades.

BARBOSA MOREIRA classificou os prazos entre *peremptórios* e *dilatatórios*, conforme a possibilidade de alteração convencional,^{75,76} nada dizendo sobre a *preclusão*. Perfilha esse entendimento longa lista de doutrinadores pátrios.⁷⁷

À vista do teor dos arts. 181 e 182 do CPC vigente, DINAMARCO sugere que se entenda que os prazos peremptórios são os prazos preclusivos (ou próprios, isto é, cujo desatendimento importa conseqüências desvantajosas para o sujeito processual)⁷⁸ e os dilatatórios os não preclusivos (ou impróprios, cujo escoamento não implica conseqüências), em consonância com a interpretação que é dada aos arts. 153 e 154 do CPC italiano, em que claramente se inspiraram os arts. 181 e 182 do CPC pátrio.

Mas nem mesmo entre os estudiosos do processo italiano há consenso nesse particular. Destaca-se CARNELUTTI, que refuta a dicotomia *prazos dilatatórios* e *peremptórios*, defendendo que “a antítese resulta errônea, porque a palavra ‘peremptório’ não serve, como acontece com um ‘dilatatório’, para indicar um traço

⁷⁴ *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 30.

⁷⁵ Sobre prazos peremptórios e dilatatórios, *Temas de direito processual civil*, p. 49.

⁷⁶ Parece-nos que mesmo na fluência de prazos peremptórios poderiam as partes, por mútuo acordo, suspender inteiramente o processo, a teor do art. 265, II, do CPC, já que não há nenhuma ressalva nesse dispositivo, bem como nos arts. 181 e 182. No entanto, contrariamente, têm-se as abalizadas opiniões de FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 364) e DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 198).

⁷⁷ Conforme relaciona CRISTINA FERRAZ (*Prazos no processo de conhecimento*, p. 135), para o que se remete o leitor.

⁷⁸ Como aliás já havia feito MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários do Código de Processo Civil*, v. 2, p. 89: “Prazos preclusivos são precisamente os peremptórios, no curso dos quais deve ser praticado algum ato processual, pena de precluir a faculdade de praticá-lo”). No mesmo sentido, COÛTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 177).

funcional do prazo, a não ser um modo de ser de acordo com a eficácia". Prefere o processualista contrapor aos *dilatatórios* os *aceleratórios* (quanto à possibilidade de modificação), e aos *peremptórios*, os *cominatórios* (quanto às conseqüências advindas do ato).⁷⁹

Diante de tantas divergências, convém determo-nos nesse ponto.

Está fora de qualquer dúvida o fato de que, de um lado, os prazos *preclusivos* são aqueles cujo transcurso impõe a perda do direito que era cabente à parte,⁸⁰ e *não preclusivos* aqueles cujo escoamento não traz conseqüência alguma a ela (haja vista permanecer hígido o poder de exercitá-lo válida e eficazmente depois). Mas é preciso notar que a dicotomia entre prazos *preclusivos* e *não preclusivos* não se deve à natureza do prazo em si, mas sim às conseqüências previstas na lei para o caso de transcurso *in albis* do prazo.

De outro lado, há a questão da possibilidade ou não de prorrogação por convenção das partes. O art. 181 permite que os *dilatatórios* sejam alterados por convenção das partes e o art. 182 veda qualquer efeito dessa convenção aos *peremptórios*.

O melhor modo de entender a questão é recorrer à fonte das normas contidas nos arts. 181 e 182 do CPC – ou seja, o processo italiano⁸¹ – que nos conduz à idéia de que os prazos *peremptórios*, por não poderem se sujeitar a uma alteração convencional pelas partes, obrigam-nas a respeitá-los (ou, melhor dizendo, impõem-lhes o ônus de respeitá-las, sob pena de preclusão)⁸². De outro lado, os prazos *dilatatórios*, por suportarem que haja alteração, não estariam associados a nenhuma preclusão.

Nesse diapasão, podemos ainda entabular a subdivisão dos prazos *não preclusivos* entre *cominatórios* e *não cominatórios*, sendo os primeiros aqueles que,

⁷⁹ Sistema..., cit., v. 3, p. 610.

⁸⁰ Como leciona BARBOSA MOREIRA, o princípio se explica com o seguinte comando dirigido à parte sujeita ao ônus: "você não está obrigado a praticar o ato, mas, se quiser praticá-lo, precisará fazê-lo dentro do prazo, do contrário ficará impedido" (Sobre prazos *peremptórios* e *dilatatórios*, p. 52).

⁸¹ Na linguagem do Código de Processo Civil italiano, os prazos *dilatatórios* são *ordinatori* e os *peremptórios*, *perentori*. E também lá se identificam os primeiros com os *termini preclusivi* (os que produzem "decadenza dal diritto di compiere gli atti per cui il termine era fissato", CHIOVENDA, *Principii...*, cit., p. 860-861) e os segundos com os *non preclusivi*. No mesmo sentido, ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile*, p. 252).

⁸² A comprovar que os prazos *peremptórios* (*rectius*, *preclusivos*) não são prorrogáveis, nem mesmo pela convenção das partes, confira-se acórdão do STJ no REsp 852599-SP rel. Min. Aldir Passarinho, j. 28.06.2005, em que as apelações de ambas as partes de um processo foram reputadas intempestivas, a despeito do acordo de ambas em prorrogar o prazo para interposição dos recursos.

embora desassociados da preclusão, impõem sanções ou penalidades, sobretudo *pecuniárias*.⁸³

Outra classificação – comum, mas estéril do ponto de vista dogmático, e que registraremos apenas a título de curiosidade – é a que divide os prazos em *legais*, *judiciais* e *convencionais*,⁸⁴ sendo os primeiros os fixados em lei, os segundos os determinados pelo próprio juiz, e os terceiros aqueles resultantes de acordo das partes. Nosso Código de Processo Civil fixa a maioria dos prazos: os que não são fixados ficam a cargo do juiz, mas, quando este se omite, a lei determina aplique-se sempre o prazo de cinco dias (art. 185).

7.3.2.3 Emenda de atos processuais regulares dentro do prazo processual

No item reservado à análise da *forma* (*em sentido estrito*) dos atos processuais das partes, construímos a idéia de que a emenda do ato processual defeituoso, dentro do termo assinalado pela lei, é perfeitamente possível, pela ausência de preclusão consumativa na espécie (item 7.3.1.2, *supra*).

No entanto, agora, ao analisarmos a limitação temporal, também podemos extrair a idéia de que mesmo a emenda dos atos processuais *regulares* pode ocorrer dentro dos prazos processuais a eles reservados. Senão, vejamos.

Como vimos acima, a finalidade dos prazos processuais não é outra senão ordenar o processo, e aplicá-los de modo igual a todos os litigantes é medida de isonomia processual.⁸⁵ Ao conceder à parte 15 dias para contestar a ação de rito ordinário, ou para apelar, o legislador impôs ao juiz e à parte adversa que devem esperar pelo escoamento desse prazo para que o processo possa caminhar. Nem um dia a mais.

Do mesmo modo, a finalidade precípua da preclusão é impedir que o andamento do processo fique sujeito ao arbítrio da parte, a qual pode provocar impedimentos à sua marcha ou retrocessos.

Nesse diapasão, soa muito razoável que a parte possa fazer, dentro do prazo, o que bem entender. Está-se diante de uma esfera em que impera o princípio dispositivo: nela poderá o litigante optar pela omissão ou praticar o ato como e na

⁸³ Como já vimos acima, as sanções não excluem a necessidade de o sancionado cumprir o dever processual a ele dirigido. BARBOSA MOREIRA leciona que "diz-se ao destinatário da norma: 'você deve praticar o ato dentro do prazo, se não o fizer, nem por isso ficará desobrigado e ainda sofrerá uma punição'" (Sobre prazos *peremptórios* e *dilatatórios*, p. 52).

⁸⁴ Cf., dentre outros, COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 175).

⁸⁵ Justamente por isso é que PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON levanta a inconstitucionalidade do art. 188 do CPC (que concede à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer) em face do princípio da isonomia (Garantia do tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 119-120).

medida que melhor lhe convier. Assim, se o ato foi praticado, e o prazo ainda não escoou, não há razão para se proibir a emenda.

Ademais, como anota DALL'AGNOL JÚNIOR,⁸⁶ os prazos processuais são dimensionados pela lei supondo-se suficiência, de tal modo que, a parte, objetivando a celeridade processual e dando-se por satisfeita com prazo inferior ao prescrito, pode praticar o ato antes de seu escoamento.⁸⁷ Aliás, os prazos previstos no Código supõem o tempo normalmente necessário para a prática do ato, permitindo ao juiz, sempre que as circunstâncias fáticas assim impuserem, estendê-los (a teor do art. 187 do CPC).

A interpretação corrente na doutrina não encontra amparo expresso no Código de Processo Civil e mostra-se excessiva e inadequadamente formalista.

Essa negativa ao direito da parte em emendar ato que já tenha praticado parece ainda mais inaceitável quando se verifica que ela se baseia, *exclusivamente*, na *presunção* (sem base legal) de que o litigante tacitamente *renunciou*, ao prazo a que ainda tinha direito.⁸⁸

Ademais, está absolutamente assentada na mente dos estudiosos a idéia de que a preclusão é instrumento que tem por objetivo regular a celeridade do desenvolvimento processual, seja provocando sua marcha adiante, seja impedindo

⁸⁶ Comentários..., cit., v. 3, p. 110.

⁸⁷ Oportuno aqui lembrar concepção de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 154) que anota que os *termini processuali* são pausas no caminhar do processo, dimensionadas pelo legislador como suficientes para o cumprimento do ato pelo sujeito processual, ao mesmo tempo que permitem ao processo um caminhar o mais célere possível.

⁸⁸ O autor italiano EUGENIO MINOLI dedicou monografia ao estudo da *aquiescência* no processo civil (*Lacquiescenza nel processo civile*), tecendo considerações que muito bem se aplicam à idéia de renúncia que está em torno da questão ora tratada. Distinguiu aquele autor entre a *aquiescência* própria (que deriva de uma declaração expressa formal, cf. *Lacquiescenza...*, cit., p. 92), da *aquiescência* imprópria, consistente num comportamento tácito de aceitação de determinada situação jurídica no processo, mas que, contudo, para ser reconhecida, deve ostentar uma manifestação de vontade (e o exemplo clássico, para tanto, é justamente a prática de atos de cumprimento de uma decisão judicial, os quais são incompatíveis logicamente com a vontade de recorrer, cf. *Lacquiescenza...*, cit., p. 272-274). Parece-nos que análise similar pode ser feita quando se trata da *renúncia* ao direito de emendar o ato processual, ou ao restante do prazo que a parte ainda tem a seu favor: ainda assim, há de identificar-se uma manifestação de vontade, a qual não se pode encontrar tacitamente na prática do ato antes do prazo (tal como ocorre com a prática de ato de cumprimento a uma decisão judicial, de modo incompatível com a vontade de recorrer). E isso nos parece válido mesmo se acolhermos a idéia (de resto, aliás, dominante na doutrina italiana e brasileira) de que a vontade manifestada nos atos processuais tem "importância nitidamente secundária" (LIEBMAN, *Manual...*, cit., v. 1, p. 226). De fato, apesar de a intenção do agente ser irrelevante na formulação dos atos processuais, ainda resta, residualmente, "uma vontade extremamente genérica, ou seja, a simples vontade e consciência de realizar o ato" (LIEBMAN, *Manual...*, cit., v. 1, p. 226), de maneira que, para os fins de reconhecer a existência de uma renúncia a um direito processual (ou a *aquiescência* a uma situação que surja no curso do procedimento), é necessário que se identifique, ao menos, alguma manifestação de vontade, mesmo que seja genérica.

seu retrocesso. Ora, a preclusão consumativa não se encaixa perfeitamente nesse conceito, como a preclusão temporal ou lógica, sobretudo porque desconsidera que a parte, ao adiantar-se e praticar o ato, contribuiu para a celeridade processual, e por isso não pode ser punida.⁸⁹

Vedar à parte a emenda do ato quando ainda não transcorreu o prazo a ele assinalado representa uma sanção injusta àquele que militou em favor da celeridade processual, o qual, em última instância, é de interesse público e inclusive inspira o instituto da preclusão. Se uma das principais finalidades da preclusão é fazer o processo caminhar com maior rapidez, não é aceitável que esse instituto sirva justamente para punir o agente que se antecipou.

Em linhas gerais, podemos nos servir da lição de BARBOSA MOREIRA, ao comentar os efeitos da apelação parcial sobre a parte da sentença não impugnada, para amparar a tese aqui explicitada. Para o autor,⁹⁰ "a impugnação sucessiva, dentro do prazo, de partes distintas da decisão não ofende a preclusão consumativa, porque apenas quanto à(s) parte(s) originalmente impugnadas se exercera o poder de recorrer".^{91, 92}

⁸⁹ Aqui é muito oportuno trazer à colação o ensinamento de JOÃO BATISTA LOPES, para quem "o instituto da preclusão visa a assegurar a celeridade e o dinamismo processual e, por isso, sua aplicação só se justifica para atender a esses objetivos" (Breves considerações..., cit., p. 52).

⁹⁰ Comentários..., cit., v. 5, p. 352.

⁹¹ No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., v. 7, p. 122) e MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão*, cit., p. 36), que ainda acrescenta que, em seu entender, "nada impede que o recorrente venha a aditar suas razões de recurso ainda dentro do prazo para interposição, o que, aliás, poderia fazer até mesmo posteriormente, através de memorial, por exemplo". Contra, NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 869).

⁹² Na Itália, em razão do disposto no art. 329 do CPC lá vigente, a impugnação parcial da sentença implica *aquiescência* da parte contra a parte não impugnada. Não se acha norma equivalente em nosso Código, mas, como anota BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 351), isso se deve a modificações que a Comissão Revisora do Projeto de CPC fez ao anteprojeto da lavra de ALFREDO BUZARDI, que continha disposição similar. LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 2, p. 270) chamou tal ato (previsto no art. 329 do CPC italiano) de *aquiescência* imprópria, a exemplo de EUGENIO MINOLI (*Lacquiescenza...*, cit.). E esse caso é identificado pela doutrina peninsular, normalmente, como exemplo de *preclusão lógica* (cf. anota ATTARDI, *Per una critica...*, cit., p. 5). Todavia, podemos questionar tal entendimento de duas diferentes formas. A primeira é que não há entre a impugnação de parte da sentença um ato logicamente incompatível com a impugnação ao restante (novamente recorreremos à idéia de que, para que se caracterize *aquiescência* da parte a uma determinada situação jurídica constatada no curso do processo, é necessário que se verifique alguma manifestação de vontade, cf. nota de rodapé nº 88, a este capítulo). A segunda (que é desenvolvida justamente por ATTARDI, *Per una critica...*, cit., p. 5, nota 20) é a de que o efeito previsto no art. 329 do CPC italiano desconsidera totalmente qualquer elemento de vontade, ou mesmo se haveria uma incompatibilidade lógica entre a impugnação parcial e eventual ato sucessivo de impugnar o restante: trata-se de uma mera aplicação objetiva de um preceito legal e que, por isso, não poderia ser reputado como um caso de preclusão lógica. Ou seja: focando-se o elemento volitivo (residual) do ato processual, ou desconsiderando-o inteiramente, não se vê aqui, também, uma hipótese de preclusão lógica.

É preciso observar, contudo, que o alargamento da tese aqui esposada para qualquer outro caso de emenda a ato processual já praticado validamente não encontra apoio nem na doutrina⁹³ nem na jurisprudência,⁹⁴ sobretudo tratando-se de emenda à contestação.⁹⁵

Pelas razões acima apontadas, estamos convictos de que a emenda a qualquer ato processual validamente praticado, desde que dentro do prazo que a lei lhe destina, é plenamente viável. E, se assim é, a conclusão é, a rigor, a de que a *preclusão consumativa não encontra amparo ou previsão legal*, e os prazos processuais são a principal limitação da parte para emendar atos que tenha praticado anteriormente. Sobre isso voltaremos a discorrer no item 7.4.4.2, *infra*.

7.3.3 Inadequação quanto ao lugar

Diferentemente do que sucede com os outros dois requisitos de forma antes delineados, a inadequação do ato da parte quanto ao *lugar* em que deveria ter sido praticado não gera sua *inadmissibilidade*, mas sim sua *inexistência jurídica* como ato do processo.⁹⁶

Assim, se determinada petição era endereçada a um determinado processo, mas fica na gaveta do advogado que a subscreveu, ou é protocolizada, não junto à autoridade judiciária, mas junto ao padre da paróquia próxima ao Fórum, para o processo é como se jamais tivesse existido tal peça. Ou seja, não se trata de simples ineficácia.

⁹³ V. g., DALL'AGNOL JUNIOR (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 110); NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 578, nota 4 ao art. 183).

⁹⁴ A tese de que a emenda do ato nunca é possível em face da preclusão consumativa, tendo sido ele praticado válida ou invalidamente, prevalece tanto no STJ (6ª Turma, Ag. Reg. 77.182-SP rel. Min. Adhemar Maciel, j. 03.06.1996, v.u., RT 745/197) quanto no extinto 1º TAC/SP (3ª Câmara, AI 1.129.067-0, rel. Juiz Itamar Gaino, j. 11.03.2003, v.u., BAASP 2365/862-e, de 03.05.2004 – 3ª Câmara, AI 950.809-6-Taubaté-SP rel. Juiz Salles Vieira, j. 17.10.2000, v.u., BAASP 2236/463-e, de 05.11.2001) e no extinto 2º TAC/SP (AI 850.614-00/4, 1ª Câmara, rel. Juiz Prado Pereira, j. 27.04.2004 – Ap. c/ Rev. 639.499-00/4, 7ª Câmara, rel. Juiz Miguel Cucinelli, j. 17.09.2002 – Ap. s/ Rev. 478.287-00/8, 7ª Câmara, rel. Juiz Luiz Henrique, j. 09.09.1997 – Ap. c/ Rev. 591.457-00/3, 6ª Câmara, rel. Juiz Lino Machado, j. 14.03.2001). Igualmente se veda a *substituição* do ato processual praticado (extinto 2º TAC/SP Ap. c/ Rev. 639.499-00/4, 7ª Câmara, rel. Juiz Miguel Cucinelli, j. 17.09.2002).

⁹⁵ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 35) entende que a emenda à contestação, diferentemente da emenda à apelação é inviável, apoiando-se, para tanto, em acórdão publicado na RT 503/178: "A oferta de contestação 'com bom ou com mau êxito', efetivamente precluiu para o réu a possibilidade de nova contestação, ou mesmo de 'aditamento', ou 'complementação', vocábulos utilizados no acórdão citado. A preclusão, no caso, decorre do princípio da eventualidade, segundo o qual o réu deve alegar, já na contestação, toda a matéria de defesa que tiver."

⁹⁶ Cf. e. g., DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PIGAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 331).

É de se ver, aqui, que existe uma diferença entre *endereçar* a peça processual erroneamente e *protocolizá-la* em local inadequado. No primeiro caso, a prática do ato pode dar-se no *lugar* adequado, mas existiria, aí, um vício de forma em sentido estrito⁹⁷ (o qual poderia ser encarado como motivo de inadmissibilidade ou mesmo mera irregularidade).

Deparando-se com tal situação, o extinto 2º TAC/SP entendeu, em acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento 745873-0, que o endereçamento inadequado do recurso (ao juízo *a quo* e não diretamente à instância *ad quem*, como preceitua o art. 524 do CPC), e posterior desentranhamento das razões dos autos de origem e apresentação ao Tribunal, tornariam o recurso *inadmissível*. O voto condutor do julgamento observa que, a despeito de existirem normas de organização judiciária que autorizam o chamado "protocolo integrado", o endereçamento da petição foi inadequado, de maneira que, quando o recurso foi apresentado à instância *ad quem*, já teria se operado a *preclusão temporal*.⁹⁸

Seguindo a mesma lógica que utilizamos nos itens precedentes (que equipara os efeitos da prática do ato eivado de vício formal à completa omissão da parte), parece absolutamente inegável cogitar-se, com respeito ao caso versado no julgado referido acima, que, se o recurso de agravo tivesse sido desentranhado dos autos de origem e apresentado ao Tribunal *ainda dentro do prazo de 10 dias*, poderia ser ele perfeitamente admitido.

7.4 Pressupostos processuais⁹⁹

7.4.1 Aspectos gerais

Se há um assunto no estudo do direito processual civil em que reina a completa falta de consenso na doutrina, este é, com certeza, o relativo à definição do que são e, principalmente, como se classificam os pressupostos processuais.

⁹⁷ Nesse sentido, NELSON LUIZ PINTO (*Manual dos recursos cíveis*, p. 69-70).

⁹⁸ Eis a ementa desse acórdão: "Recurso – Agravo de instrumento – Preclusão – Endereçamento ao juízo de 1ª grau – Remessa ao tribunal competente – Reconhecimento. Se a petição foi erroneamente endereçada, não pode ser encaminhada ao órgão competente muito tempo depois, ante a preclusão temporal" (AI 745.873-00/5, 10ª Câmara, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 20.11.2002). Contrariamente entendeu o mesmo Tribunal em caso análogo: "Agravo de instrumento – Ação de indenização por danos morais e materiais – Acidente do trabalho – Direito comum – Embargos de declaração – Petição protocolada, no prazo legal, em cartório diverso daquele em que tramitava o feito – Mero equívoco do patrono do banco-réu, no endereçamento da petição, sem intenção de prejudicar o andamento do processo – Ausência de má-fé – Preclusão não operada – Reconhecimento da tempestividade dos embargos – Recurso provido" (AI 822.608-00/5, 12ª Câmara, rela. Juíza Zélia Maria Antunes Alves, j. 01.04.2004).

⁹⁹ Para devida e inovadora incursão sobre esse tema, confira-se BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 180-228).

Tratando-se de tema relevante para o estudo da preclusão, cumpre-nos, então, procurar alguma sistematização que se mostre adequada para as construções por nós propostas, centrando atenções, como é curial, para os pressupostos processuais relativos às partes, já que aqueles atinentes à atividade do juiz ficam de fora das investigações empreendidas no presente capítulo.

Na doutrina alienígena, é comum englobar nessa categoria (“pressupostos processuais”) tudo aquilo que for necessário para que a ação possa ser julgada pelo mérito.¹⁰⁰ Contudo, a construção do nosso Código de Processo Civil (que diferencia pressupostos processuais das condições da ação) acarreta a distinção, já clássica, de que “os pressupostos processuais, na sistemática legal vigente, constituem espécie de que os pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional são o gênero”.¹⁰¹

Aquí estamos tratando não de vícios de forma dos atos processuais (forma em sentido estrito, tempo e lugar), mas sim de vícios de fundo (para valeremo-nos da expressão de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER),¹⁰² sem esquecer que ambos os tipos de vícios geram, em princípio, as nulidades processuais.^{103,104,105}

¹⁰⁰ Cf. pontua BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211).

¹⁰¹ Cf. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 128).

¹⁰² *Nulidades da sentença*, p. 117.

¹⁰³ Podemos acrescentar nós, coerentemente às nossas premissas, que a falta de alguns pressupostos processuais atinentes às partes pode gerar a inadmissibilidade de seus atos, não propriamente nulidade (notadamente a inadmissibilidade da demanda, decorrente da falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, e que acarreta a extinção do processo sem apreciação do mérito).

¹⁰⁴ Importante ressalva fez JOSÉ MARIA TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 29) de que o capítulo do Código de Processo Civil destinado ao regramento das nulidades teve como foco os defeitos de forma (como denota o texto do art. 243), mas aplica-se também aos chamados vícios de fundo (especialmente os arts. 248 e 249).

¹⁰⁵ Releva frisar que, mormente em razão de divergências doutrinárias e à não rara falta de preocupação terminológica, é difícil em certos casos fazer a distinção entre vícios de forma e vícios de fundo. Se, no estudo da teoria geral dos recursos, a interposição da apelação desacompanhada das razões de reforma da decisão é encarada como vício de forma (e.g., CHEIM JORGE, *Apelação cível*, cit., p. 182; e RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, p. 34), a ausência de pedido na petição inicial é tida como falta de pressuposto processual (vício de fundo, portanto, conforme TESHEINER, *Pressupostos...*, cit., p. 87-89). Deixemos de lado, para não nos desviarmos dos objetivos aqui traçados, maiores indagações a respeito dessas “zonas cinzentas”.

É comum a classificação entre pressupostos *intrínsecos* ao processo¹⁰⁶ e *extrínsecos* a ele,¹⁰⁷ e também entre pressupostos *negativos* e *positivos*.¹⁰⁸ Outros¹⁰⁹ preferem dividir os pressupostos processuais entre subjetivos (concernentes às partes¹¹⁰ e ao juiz),¹¹¹ objetivos e formais. Tem-se ainda a peculiar opinião de CELSO NEVES,¹¹² que propõe classificação, de um lado, entre pressupostos processuais da ação, pressupostos processuais da pretensão e pressupostos de uma sentença favorável, e, de outro, entre pressupostos e supostos processuais. Esta última distinção não encontrou nenhum eco na doutrina, bem como também não foi acolhida a distinção que CARNELUTTI fazia entre *pressupostos* e *condições*.¹¹³ Enfim, fácil perceber que são enormes as discrepâncias de classificação encontradas na doutrina.¹¹⁴

Não nos cabe aqui – até para mantermo-nos fiéis aos escopos traçados – considerar os pormenores dessas classificações que, a rigor, têm finalidade puramente didática. Importa, isso sim, pôr em relevo determinados elementos que possam

¹⁰⁶ Dentre eles, destaca-se a existência de *petição inicial*, com os requisitos exigidos pela lei, inclusive acompanhada de *instrumento de mandato*, conferido ao advogado do autor (exceto nos casos do art. 254 do CPC) e a prestação de caução, quando exigida.

¹⁰⁷ Ou, como prefere chamar CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 277-278), fatos impeditivos, como a litispendência (art. 301, V, do CPC), convenção arbitral (art. 301, IX), e a falta de cumprimento da norma contida no art. 268 do CPC. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 130), invocando a lição de FREDERICH LENT, prefere reservar a expressão *impedimentos processuais* para os requisitos cuja falta torna inadmissível a tutela jurisdicional “unicamente quando invocados pelo réu”, como a intransmissibilidade da ação por disposição legal (art. 267, IX), a ocorrência de confusão (art. 267, X), a incompetência relativa (arts. 112 e 314) e os casos de arquivamento dos autos por inércia das partes (art. 267, II) ou por inércia apenas do autor (art. 267, III). Parece-nos, contudo, que, além de essa nomenclatura ser absolutamente estranha ao restante da doutrina, o único dos pressupostos que depende de invocação da parte (sob pena de preclusão) é a incompetência relativa (exceto se houver nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, consoante parágrafo único do art. 112 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006). Nos demais exemplos, tal como ocorre com todos os demais pressupostos processuais, o juiz pode agir de ofício, independentemente de provocação do interessado.

¹⁰⁸ Como, e.g., FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 127 ss).

¹⁰⁹ Como GALENO LACERDA (*Despacho saneador*, p. 60).

¹¹⁰ Que as partes sejam capazes civilmente, que tenham capacidade processual e que tenham capacidade de postular em juízo.

¹¹¹ Que se trate de órgão estatal investido de *jurisdição*; que o juiz tenha *competência* originária ou adquirida e que o juiz seja imparcial (não seja suspeito, nem impedido).

¹¹² *Estrutura fundamental do processo civil*, p. 189 e 199.

¹¹³ *Sistema...*, cit., v. 3, p. 666 ss.

¹¹⁴ Para um mapeamento de várias classificações doutrinárias, confira-se KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 74-76) e BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, cit., p. 185-186).

interessar ao estudo da preclusão, tomando-se o conceito mais amplo de pressupostos processuais, abarcando tudo aquilo que se afigurar *requisito de admissibilidade para apreciação de uma pretensão a determinada tutela jurídica*, tenha sido ela invocada pelo autor ou pelo réu, excluídas aí as condições da ação que, por disposição da nossa lei processual, são tratadas à parte,¹¹⁵ e os aspectos formais dos atos processuais, que têm um regime próprio.

A primeira idéia, que goza de relativa aceitação entre nós, é a de que *pressupostos processuais* seriam requisitos para que a relação jurídico-processual tenha existência e validade.¹¹⁶

Entretanto, é bem difícil visualizar pressupostos de cuja ocorrência dependa a existência do processo. Segundo lição de JOSÉ MARIA TESHEINER,¹¹⁷ que goza de orientação corrente da doutrina, a existência de um *magistrado investido de jurisdição* e de uma *demanda* seriam os dois pressupostos de existência do processo. CASSIO SCARPINELLA BUENO ainda acrescenta a *citação* como uma terceira hipótese, ressaltando que sua falta enseja a inexistência do processo apenas para o réu, reconhecendo ao menos sua existência entre o autor e o Estado-juíz.¹¹⁸

De fato, com relação ao primeiro desses pressupostos, pouca dúvida poderia haver: caso se ajuíze determinada ação perante o pároco da igreja contígua ao fórum, por exemplo, o processo é juridicamente inexistente,¹¹⁹ pois a autoridade a quem foi dirigida a demanda está absolutamente desprovida de jurisdição.

Já quanto ao segundo pressuposto processual acima enunciado, a questão não é tão simples: se determinado processo se inicia por iniciativa do próprio juiz – fora dos taxativos casos legais em que o princípio da inércia da jurisdição é afastado (v. g., art. 989 do CPC) –, poder-se-ia identificar hipótese de *inexistência jurídica*. BEDAQUE, contudo, discorda disso, reconhecendo aí um processo existente, embora seriamente viciado.¹²⁰

115 Cf. BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, cit., p. 185-186).

116 E. g., AMARAL SANTOS (Primeiras linhas..., cit., v. 1, p. 320), citando lição de BERTI em seu amparo.

117 Pressupostos processuais..., cit., p. 32 e 47-48.

118 Curso sistematizado..., cit., p. 395-397.

119 O mesmo não ocorre, em nosso sentir, com outro recorrente exemplo acadêmico: se determinado juiz despacha petição inicial em momento posterior a ter sido publicada na imprensa oficial a concessão de sua aposentadoria, parece-nos não haver *inexistência jurídica do processo* (como defende TESHEINER, Pressupostos processuais..., cit., p. 47-48), mas sim mera nulidade dos atos praticados pelo magistrado desprovido de jurisdição. Os demais atos, praticados pelos auxiliares da justiça, como recebimento da peça inicial, autuação, numeração dos autos e das folhas, são perfeitamente válidos e eficazes, dispensando-se o autor (até por razões de ordem lógica) de intentar novamente a ação. O processo, portanto, existe; mas os atos do juiz são inválidos.

120 Efetividade do processo e técnica processual, p. 211-214.

Finalmente, entendemos inviável considerar que a ausência de citação do réu possa acarretar a inexistência jurídica do processo apenas em relação a esse sujeito da relação processual. Primeiro, porque é um contra-senso afirmar que algo possa existir para uns e inexistir para outros. Segundo, porque os atos realizados pelo autor e pelo juiz antes do momento em que o réu deveria ser citado (e não foi) são perfeitamente válidos e aproveitáveis, justamente porque se materializaram em um processo que existe juridicamente. Apenas todos os demais atos que se seguiram à indevida omissão quanto à citação do réu haverão de ser invalidados, a qualquer tempo, inclusive quando da execução da referida sentença (arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC).

No mais, não conseguimos vislumbrar propriamente *pressupostos processuais* cuja falta enseje a *inexistência* do processo.¹²¹

A falta de distinção das hipóteses de *inexistência* e de *invalidade* do processo se deve, entendemos, à não-observância da diferença entre *elementos de existência* de um ato jurídico e os *requisitos de validade* desse mesmo ato. A doutrina civilista¹²² já tem assente essa diferenciação, sendo os *elementos* os fatores que devem concorrer para que determinado ato jurídico exista *juridicamente* e os *requisitos* as qualidades que esses elementos devem ostentar para que o ato, existente, não seja considerado *nulo*.¹²³

Agravam o problema as dificuldades que o regime das invalidades processuais traz à sanatória geral de nulidades provocada pela coisa julgada. A tese de “ine-

121 Como bem anota TESHEINER (Pressupostos processuais..., cit., p. 40 e ss), nem mesmo a falta de um autor pode acoimar de *inexistente* o processo. Se alguém intenta ação dizendo ser outrem, o processo (e eventual sentença que nele venha a ser prolatada) será totalmente ineficaz com relação à pessoa que figurou como autora, mas eficaz com respeito àquele que realmente promoveu o processo. Similarmente sucede com o advogado que intenta medida judicial sem instrumento de procuração, deixando escoar o prazo a que alude o art. 37 do CPC para regularizar a representação do autor. Nesse caso, e a despeito do texto da lei, os atos praticados pelo patrono desprovido de poderes não são juridicamente inexistentes, mas apenas ineficazes com relação ao representado, e o advogado ainda pode sujeitar-se a pagar perdas e danos (art. 37, parágrafo único). Mas o processo existiu juridicamente. Nem mesmo quando se trata do clássico caso de *nulidade absoluta da citação do réu, ou sua falta*, entendemos que não é caso de *inexistência jurídica do processo* (conforme assentado pelo célebre julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 96374, relatado pelo E. Min. Moreira Alves e publicado na RTJ 110/210). Há, sim, *inexistência jurídica da sentença*, prescindindo-se de ação rescisória para que o juiz a desconsidere. Mas o processo existe, tanto que se retorna ao seu momento inicial, para que se realize validamente a citação, e se lhe dê prosseguimento. Fosse inexistente o processo, o ato inaugural praticado pelo autor (formulação da petição inicial) e os atos introdutórios da serventia judicial, bem como o despacho inicial, teriam que ser renovados.

122 Vide, v. g., ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Negócio jurídico, existência validade e eficácia, p. 26).

123 Por essa razão, não se pode considerar existente juridicamente um ato jurídico praticado por um animal, pela ausência do elemento *agente* (somente os seres humanos são sujeitos de direitos e obrigações), mas é apenas inválido o ato jurídico praticado pelo menor de 16 anos (o elemento *agente* está presente, mas falta-lhe um *requisito*, consistente na *capacidade*, necessária para que seus atos sejam válidos).

xistência jurídica" da sentença é freqüentemente invocada para contornar esse obstáculo e permitir que o vício seja alegado após o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento da ação rescisória.

Por isso mesmo é que o processo instaurado diante de um bispo é inexistente (falta-lhe o elemento *autoridade dotada de jurisdição*), mas o processo instaurado perante um juiz absolutamente incompetente existe, mas contém invalidades (embora haja o elemento *autoridade dotada de jurisdição*, esta não ostenta um requisito ou qualidade exigida pela lei, que é a competência).

Ademais, afirmar que da ocorrência dos pressupostos processuais dependem a existência e a validade do processo significa ignorar que há pressupostos processuais para as partes, e que o desatendimento a eles não acarreta a *inexistência*, tampouco a *invalidade* do processo, mas apenas a *ineficácia* (ou *inadmissibilidade*) da demanda (com extinção do feito sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, IV, do CPC) ou a *revelia* (que nada mais é do que decorrência da *inadmissibilidade da defesa*). Nessas duas hipóteses, o processo existe e é válido, sendo que no primeiro caso há ensejo para proferimento de regular sentença terminativa, ao passo que, no segundo, válida sentença de mérito.

De outro lado, o disposto no art. 267, IV, do CPC passa a enganosa impressão de que a falta de pressupostos processuais gera, sempre, a extinção do processo, o que está bem longe de ser verdade.

Como vimos, o concurso de pelo menos um pressuposto processual (autoridade dotada de jurisdição) é indispensável, e sua ausência pode ensejar a *inexistência* dos atos praticados e, de resto, do processo como um todo; a ausência doutros gera *nulidade absoluta de atos do processo* (como os atos praticados pelo juiz absolutamente incompetente ou impedido) ou, se reconhecida depois da sentença, eventualmente *rescindibilidade* desta. Em suma, se determinado ato processual, que deve ser praticado pelo magistrado ou seus auxiliares, não seguir o modelo legal, o que ocorre não é a extinção do processo sem julgamento de mérito, mas sim a nulidade do ato e de todos os atos subseqüentes que não puderem ser aproveitados.

Diferentemente ocorre com os pressupostos processuais que as partes devem preencher e ostentar.

A extinção do processo sem exame de mérito ocorrerá apenas quando se tratar de pressupostos processuais que devam ser ostentados pelo autor, cuja falta implique a *inadmissibilidade da demanda*. Impende aqui exemplificar.

Se faltar ao autor *personalidade judiciária*,¹²⁴ o juiz extinguirá o feito sem exame de mérito nos termos do art. 267, IV, do CPC, por falta de *pressuposto* de

¹²⁴ Para usarmos a feliz expressão de TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 58-59), isto é, ser o autor pessoa física, jurídica, ou ente despersonalizado, mas que pode ser parte em juízo, conforme o art. 12 do CPC.

constituição do processo. É o caso, por exemplo, de determinado órgão da sociedade ingressar com demanda (por exemplo, o conselho de administração de uma sociedade anônima). O processo existiu juridicamente, mas a pessoa jurídica em nome de quem a demanda foi intentada não sofre os efeitos dessa sentença, tão-somente aquele que se arvorou no direito de estar em juízo mesmo sem ostentar personalidade judiciária. Mas sem dúvida o processo existiu. Inclusive a taxa judiciária paga para aforamento da demanda não poderia ser repetida, pois o serviço judiciário foi prestado e consistiu no reconhecimento de que a demanda não reunia condição de ser julgada pelo mérito.

De outro lado, se o autor apresentar-se em juízo sem ostentar *capacidade processual* (por exemplo, incapaz sem representação ou assistência, conforme o caso, de seus pais, tutor ou curador, como reza o art. 8º do CPC, ou a sociedade que não está representada por seu administrador, ou a massa falida que não está representada pelo síndico), o juiz deve dar oportunidade para correção do vício e, não sendo atendida sua determinação, extinguirá o feito também *ex art. 267, IV, do CPC* (ocorrerá a *inadmissibilidade da demanda*).

Emerge ainda a *capacidade postulatória* como pressuposto processual, de modo que a sua falta (importando em defeito na representação processual, como na prática do foro se costuma dizer) implica *extinção do processo sem exame de mérito*,¹²⁵ vale dizer, *inadmissibilidade da demanda*.

Saindo-se da seara dos pressupostos subjetivos, e entrando na dos impedimentos processuais (ou pressupostos objetivos extrínsecos), também a existência de *litispêndia*, *coisa julgada*, *perempção* e *convenção de arbitragem* são todos eles pressupostos que concernem à demanda, cuja ausência acarreta a sua *inadmissibilidade* (extinção sem apreciação do mérito, a teor do art. 267, V e VIII, do CPC).¹²⁶ Trata-se, então, de pressupostos negativos.¹²⁷

O mesmo se diga com relação a pressupostos objetivos, como a existência de pedido, de causa de pedir e da correlação lógica de ambos, como condições necessárias para constituição regular do processo, porquanto relativos a vícios de fundo da demanda.¹²⁸ Instado o autor a corrigir sua petição inicial, e não o fazendo, o

¹²⁵ Já nos manifestamos em estudo anterior (*Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, p. 19) que é totalmente equívoca a redação do art. 13, I, do CPC, com amparo na doutrina de NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY e vários julgados.

¹²⁶ Releva abrir parênteses para chamar a atenção para o fato de que esses impedimentos processuais são, realmente, vícios *de fundo*, e não *de forma*, pois tocam diretamente ao litígio *sub iudice* (sobre a necessidade de analisar os pressupostos processuais à luz da relação material que constitua o mérito do processo, BEDAQUE, *Direito e processo*, p. 87-88).

¹²⁷ Aqui se incluem, ainda, conforme leciona DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 135), a morte da parte em ação que verse direito personalíssimo e a confusão de direitos e obrigações entre autor e réu.

¹²⁸ Cf. TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 87-89).

processo será extinto sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, I, combinado com o art. 295, I e parágrafo único, I e II, do CPC.

Em suma, verificada a ausência de pressuposto processual concernente à demanda, o juiz não pronunciará *nullidade* alguma, seja de que ato for: simplesmente extinguirá o feito sem apreciação do mérito (eventualmente, conforme o caso, dando prévia oportunidade para a parte sanar o defeito). Essa constatação realça mais uma vez a diferença entre a *inadmissibilidade* dos atos da parte e a *invalidade* dos atos do juiz já por nós tratada.¹²⁹

Todas essas considerações demonstram que a expressão *pressupostos processuais* é absolutamente equívoca e, a rigor, amplíssima, abarcando uma série de situações que pouca congruência guardam entre si, e com conseqüências jurídicas bem diversas.¹³⁰

7.4.2 Pressupostos processuais dos atos individualmente considerados

Os exemplos de pressupostos processuais dados no item anterior – que são recorrentes na doutrina, aliás – têm como centro a *demanda*, e, dessarte, uma vez reconhecida a sua falta e não tendo sido ela suprida (quando isso for possível), ocorre a extinção do feito sem apreciação de mérito. Isso é evidente no terreno dos *impedimentos processuais* (litispêndência, coisa julgada, preempção, convenção arbitral): o reconhecimento de que o processo não encontra nenhum desses obstáculos permite que ele possa prosseguir; a ocorrência de qualquer desses impedimentos importa em imediata extinção do processo. Isso é evidente também quando se fala dos pressupostos atinentes à pessoa do autor (personalidade judiciária, capacidade processual etc.).

¹²⁹ Sem ter essas constatações em mente, FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 129) atentou apenas para *parte* do problema, isto é, afirmou que, se a parte não se desincumbe do ônus de preencher determinado pressuposto processual faltante, se opera sempre a extinção do processo sem exame do mérito: "Necessário será também distinguir os pressupostos dilatórios, que apenas impedem o imediato julgamento de mérito, quando inexistentes, daqueles que levam, desde logo, à extinção do processo, se desatendidos ou violados. Se ausentes os da primeira espécie, haverá dilatação procedimental para que se regularize a relação processual, enquanto que o desatendimento do segundo grupo leva ao encerramento do processo, por inadmissível a tutela jurisdicional. Há analogia, assim, nessa discriminação, com aquela relativa às defesas dilatórias e às defesas peremptórias, cumprindo esclarecer, no entanto, que, desatendido ambas as providências ordenadas para suprir a falta de pressuposto dilatório, o juiz declarará encerrado o processo sem julgamento de mérito". Ignorou o estudioso que o juiz pode ordenar de ofício a correção de determinados pressupostos processuais que estejam ausentes, sem concurso da parte (v.g., pode reconhecer de ofício sua incompetência absoluta ou impedimento).

¹³⁰ Como ensina FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 127), o conceito de *pressupostos processuais* abarca o de "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" constante do art. 267, IV, do CPC, mas não se restringe a ele, incluindo "todos os pressupostos de validade e eficácia da relação processual previstos no próprio artigo 267".

No entanto, para cada ato processual em si considerado devem concorrer seus respectivos pressupostos processuais, que não se confundem com os da demanda (ato inicial do processo). Ou seja, os demais atos praticados no processo, tanto pelo autor como pelo réu, devem preencher os seus pressupostos processuais específicos, independentemente daqueles cuja falta pode importar em extinção do processo sem análise de mérito.

A propósito, CASSIO SCARPINELLA BUENO pontua com precisão que "a cada novo 'direito', 'dever', 'obrigação' e demais posições de vantagem a serem assumidas, a regularidade da 'ação' e do 'processo' deve ser aferida. Não só a 'jurisdição' tem de ser gradativamente provocada, mas também o modo de atuação do Estado-juiz tem de ser, o tempo todo, válido e regular".¹³¹

Essa afirmação pode ser mais facilmente confirmada se enfocarmos a *defesa* e os pressupostos processuais subjetivos que o réu deve preencher. A falha de representação de pessoa jurídica ou ente arrolado no art. 12 do CPC que figure como ré em um processo, se não sanada após determinação do juiz, implica revelia. O réu incapaz deve ser citado pessoalmente e na pessoa de seu pai, tutor ou curador e, se não ingressar no feito assim representado ou assistido, a contestação será inadmissível e terá surgido a preclusão do direito a apresentar defesa (isso não significa, contudo, que tenha ocorrido a revelia,¹³² já que o art. 320, II, do CPC exclui os seus efeitos para os incapazes,¹³³ sem falar na obrigatoria assistência do Ministério Público, conforme art. 82, I, do CPC). Finalmente, se o réu apresenta contestação de próprio punho, ou mediante advogado sem procuração nos autos, e o defeito não for corrigido, ocorrem, do mesmo modo, a *inadmissibilidade* da defesa e, por conseguinte, o efeito a ela associado, que é a *revelia*.

A regularidade da maioria desses pressupostos subjetivos (como a *personalidade judiciária* e a *capacidade processual*) só se prova e se reconhece uma vez, logo que a parte ingressa na relação jurídica processual, e a sua regularidade é geralmente imutável ao longo do processo (a menos que, por razões de ordem física ou psíquica, a parte perca a capacidade, o que é situação claramente excepcional).

Já a regularidade da *capacidade postulatória* não é reconhecida uma única vez, como os demais pressupostos subjetivos. Em realidade, o processo – como série encadeada de atos em contraditório – só terá desenvolvimento regular se *cada ato em si considerado for praticado por parte devidamente representada por advogado*, exceto em casos excepcionais taxativamente previstos na lei.

Assim, não importa que a parte tenha sido representada por advogado regularmente constituído ao propor a demanda, pois, ao interpor recurso, também o

¹³¹ *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 349-350.

¹³² Apesar de haver *preclusão*, a revelia e seus efeitos (como fenômenos associados à preclusão) não se verificam. Sobre essa distinção entre *preclusão* e *efeitos associados*, confira-se o item 7.6, *infra*.

¹³³ Segundo interpreta CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 444).

deverá ser. Exatamente nesses casos é que surgem dúvidas sobre a sanabilidade de vícios em face do princípio da *preclusão consumativa*. É disso que trata o item seguinte.

7.4.3 Emenda de atos processuais pelo suprimento de pressupostos processuais faltantes

Dentre os pressupostos processuais que devem concorrer para que a prática de determinado ato seja eficaz, há aqueles cuja falta pode ser suprida, por exemplo, a incapacidade jurídica do litigante (com o comparecimento do seu responsável) ou incapacidade postulatória (com a outorga de poderes a advogado legalmente habilitado para a prática de determinado ato), e outros que não.

Naturalmente surgem dúvidas, então, em saber se é possível (e em que medida) o saneamento de atos processuais que originalmente haviam sido praticados à falta de *pressupostos processuais*.

Para enfrentarmos essa questão, é recomendável servirmo-nos de um exemplo (típico), para, depois, tirarmos da análise regra geral que poderia se aplicar à generalidade de casos similares.

Pode-se pensar na interposição de recurso subscrito por advogado que não tem poderes outorgados pelo recorrente. Trata-se de caso típico de ato processual praticado sem o concurso de um dos pressupostos processuais, porquanto existente *defeito de representação*.

Note-se que a menção a recursos não é por acaso: está-se pensando em atos praticados *depois* da fase de saneamento do processo (que, por definição, é precedida de providências necessárias à verificação da regularidade formal do processo e da existência das condições da ação e pressupostos processuais).

E nos parece claro que a questão pode ser entabulada nos mesmos moldes em que posta a análise de emenda de atos irregulares quanto à *forma em sentido estrito* (item 7.3.1, *supra*).

A emenda do recurso *dentro do prazo* que a lei a ele destinou é perfeitamente aceitável, pois a ausência de poderes pelo advogado que subscreveu as razões para postular em nome do recorrente torna o ato *inadmissível* e não pode provocar a *consumação* do direito de a parte recorrer, podendo-se aperfeiçoar e tornar-se eficaz com a *apresentação do respectivo instrumento de procuração ou de substabelecimento de poderes*. Até aqui, não há, portanto, maiores novidades.

A questão, porém, não é tão simples se a emenda apresentar-se *intempestiva*. Numa primeira vista, qualquer emenda posterior ao escoamento do prazo para o qual o ato foi destinado é inviável, seja ele qual for, *exceto, contudo, quando houver norma permissiva* (exemplos de normas que permitem emenda a atos já praticados

são os arts. 284, 511, § 2º, do CPC, respectivamente aplicáveis à petição inicial defeituosa e à apelação com preparo insuficiente, conforme vimos acima).

Contudo, o art. 13 do CPC permite que a incapacidade da parte e defeito de sua representação processual possam ser sanados, mediante sua intimação e assinatura de prazo “razoável” pelo juiz.

Esse dispositivo, em tese, poderia se aplicar a qualquer momento do processo, mesmo depois da sentença, já que a verificação acerca da existência dos pressupostos processuais é matéria cognoscível de ofício a *qualquer tempo* (art. 267, § 3º, do CPC) e não há norma que imponha sua aplicação apenas em primeira instância, antes da sentença.¹³⁴ Desse modo, soa realmente razoável que o recorrente, nessa hipótese, seja intimado para sanar o vício na prática daquele ato em específico.

A iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, limita a sanabilidade de tal vício *nas instâncias ordinárias*,¹³⁵ vedando-a em sede de recurso especial. O entendimento acabou consagrado pela Súmula 115 daquela corte (“na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”).¹³⁶

De início, e na mesma linha do que já dissemos acima, repugna a idéia de se cuidar, na espécie, de caso de *inexistência*, sendo a única explicação aceitável a de tratar-se de *ineficácia* (ou *inadmissibilidade*).¹³⁷

Mas, independentemente dessa discussão, é de se ver que a exclusão da sanabilidade *apenas* na instância especial não tem base legal ou razão de ser. Pois, se o ato processual praticado por advogado sem poderes fosse *inexistente*, não haveria razão para se diferenciar, de um lado, a apelação eivada de tal vício e, de outro, o recurso especial que apresentasse o mesmo defeito. Inexistência é inexistência na instância ordinária ou na instância especial, tanto faz.

Também não convence o argumento – ventilado por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO em recente parecer já referido¹³⁸ – de que no recurso especial preponderaria o interesse público em detrimento do da parte e que isso justificaria um controle formal mais rigoroso.

¹³⁴ Nesse sentido, confirmam-se RTJ 90/556 e 95/1349, RT 520/271. Em sentido oposto, entendendo inadmissível a aplicação do art. 13 em sede recursal, RTJ 151/1005, JTJ 165/103, RT 797/291.

¹³⁵ Sobretudo no ato de interposição de apelação: RSTJ 68/384, 79/279, 137/519, 137/626, 163/207.

¹³⁶ O entendimento também tem eco no Supremo Tribunal Federal, quando se trata de recurso extraordinário (RTJ 158/322).

¹³⁷ Discordamos, igualmente e pelas razões já tão longamente lembradas, que não se trata de *nulidade*, nem mesmo relativa, como entendeu ATHOS CARNEIRO (Ação rescisória..., cit., p. 59).

¹³⁸ Ação rescisória..., cit., p. 60.

Isso porque não se pode afastar inteiramente o interesse da parte na espécie, tampouco se pode *selecionar* que normas processuais podem ou não ser aplicadas na via especial (sob pena de se vulnerar a garantia ao devido processo legal). O interesse público é *mais evidente* em sede de recursos especial ou extraordinário, mas não *único*.¹³⁹

Em suma, entendemos que a emenda a atos praticados à falta de pressupostos processuais pode, assim, ocorrer dentro das condições aqui estudadas, segundo o raciocínio que desenvolvemos acima, inclusive se o processo estiver em instância especial, não existindo os óbices que a jurisprudência majoritária e alguns doutrinadores insistem em levantar.

7.4.4 Fatos impeditivos e extintivos

Essa perspectiva de análise – *pressupostos processuais de cada ato processual em si considerado, independentemente daqueles que devem informar a proposição da demanda e a apresentação da defesa* – não se resume aos pressupostos subjetivos.

Com efeito, assim como a demanda deve ostentar, como pressuposto processual, a ausência de *fatos impeditivos* (como a *convenção de arbitragem*) ou *extintivos* (*litispendência, coisa julgada e perempção*), também cada ato processual deve ser praticado sem que haja quaisquer obstáculos.

Entretanto, como tais fatos impeditivos e extintivos da demanda não se aplicam, em absoluto, aos demais atos processuais posteriores, individualmente considerados, o que resta para estes últimos são justamente as duas outras clássicas modalidades de *preclusão: lógica e consumativa*. A rigor, ambas são – de acordo com a doutrina tradicional e com o conceito de preclusão que daí deriva – *extintivas* (uma vez ocorridas, provocam a extinção do direito da parte respectivo). Ou seja: também cada ato processual deve ser praticado sem que antes tenha se verificado qualquer fato extintivo.¹⁴⁰

7.4.4.1 Preclusão lógica

Um fato que implica impossibilidade de prática de atos processuais é precisamente a *preclusão lógica*, que pode ser caracterizada como *fato extintivo* de direitos processuais.

¹³⁹ Fosse assim, nosso sistema haveria de admitir, como o CPC italiano, o *recurso no interesse da lei*.

¹⁴⁰ Não poderíamos incluir aqui a *preclusão temporal*, pois, apesar de fato extintivo, não se liga ele a vícios de *fundo*: Assim, perfilhamos o entendimento da maciça doutrina, que inclui o tempo na esfera da *forma* em sentido amplo.

A *preclusão lógica* se dá quando a parte perde a possibilidade de praticar determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível, ou seja, se a parte praticar ato logicamente incompatível com outro anteriormente já exercitado, o segundo será *inadequado*, não quanto à sua *forma*, mas sim quanto a um de seus *pressupostos processuais objetivos* (ausência de fatos extintivos).

Os exemplos que se colhem no Código de Processo Civil são os do art. 117, *caput* (“Não pode suscitar conflito de competência a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência”), e o art. 503, do CPC (“A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita e prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”).^{141,142}

Esses seriam atos logicamente incompatíveis por disposição legal, mas há que se alvitar, também, a preclusão lógica independentemente de previsão legal.¹⁴³

E, de fato, a prática forense também indica outros casos em que a incompatibilidade lógica entre dois atos exclui o que tenha vindo depois pela via da preclusão.

Comumente se diz que “a confissão judicial normal produz preclusão, vedando à parte confidente fazer declarações em sentido contrário”.¹⁴⁴ É comum ouvir também que, em uma ação de despejo por falta de pagamento, implementa-se

¹⁴¹ Exemplo lembrado por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 465).

¹⁴² Convém atentar para o fato de que não se confunde a preclusão lógica com a falta de interesse processual da parte na prática de determinado ato, como afirmou GIAN ANTONIO MICHELI (*Corso di diritto processuale civile*, v. 2, p. 244) no sentido de que, se o litigante manifesta, de alguma forma, aquiescência a uma decisão, *perderia o interesse* em dela recorrer. Parece-nos, contudo, que, para que haja interesse recursal, é imprescindível que: a) mostre-se a parte como *sucumbente*, isto é, que a decisão recorrida lhe cause *gravame* ou *prejuízo*; e b) que o recurso seja o meio *necessário e adequado* para repará-lo (no sentido de que, como afirma NERY JR., o litigante não possa “obter a vantagem sem a interposição do recurso”, *Princípios fundamentais*, cit., p. 261). No mesmo sentido, leciona BARBOSA MOREIRA, para quem o interesse de recorrer “resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 495). Ora, ainda que o litigante venha a manifestar, de alguma forma, aquiescência à decisão, ainda assim pode haver interesse recursal (representado pela conjugação dos fatores *sucumbência-necessidade*), mas, inobstante, o sistema exclui do mundo jurídico o direito à interposição do recurso pelo fenômeno da preclusão lógica.

¹⁴³ VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 250 ss) diferencia a “conducta legalmente incompatible” da mera “conducta logicamente incompatible”.

¹⁴⁴ ANTONIO ADVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil*, p. 94). No mesmo sentido vem JOÃO BATISTA LOPES (*Breves considerações...*, cit., p. 53).

a preclusão lógica do direito de o réu-locatário contestar, se purgou a mora.¹⁴⁵ Aliás, os processos envolvendo locações prediais são terreno fértil para casos de preclusão lógica.¹⁴⁶

A verificação da ocorrência de preclusão lógica dificilmente pode ser feita em abstrato. A preclusão lógica não está adstrita a casos taxativos, impede em termos gerais que a parte adote, *a posteriori*, posicionamento logicamente diverso de outro anteriormente adotado. Por isso mesmo, inviável qualquer tentativa de enumerar hipóteses do fenômeno, cabendo apenas – e essa foi nossa intenção – apresentar alguns exemplos.¹⁴⁷

O fundamento dessa modalidade de preclusão vem bem sintetizada por GIOVANNI VERDE:¹⁴⁸ “todas as vezes em que um sujeito processual tem o ônus de cumprir mais de um ato, dentro de um arco de tempo determinado ou no âmbito de uma seqüência disciplinada unitariamente, o legislador se preocupa que esses comportamentos sejam coerentes entre si. Conseqüentemente, quando falta coerência, ou, mais precisamente, quando entre dois ou mais atos da série há incompatibilidade, o ato sucessivo não pode ser cumprido, e, tendo sido realizado, não pode ser levado em conta”. Parece claro, então, que a preclusão lógica também vem inspirada pelo princípio da *boa-fé*¹⁴⁹ e pela idéia de que o processo deve se desenvolver de modo harmônico.

Ressalve-se apenas que, tanto na inicial como na contestação, a preclusão lógica não se aplica, em face do ônus que, respectivamente, autor e réu têm em concentrar ataque e defesa, informados pelo princípio da *eventualidade*. A natural conseqüência da aplicação desta regra é que a demanda e a defesa possam apresentar argumentos (e requerimentos) contraditórios entre si. Mas todos eles são coordenados sob uma linha de *subsidiariedade*, de modo que não se nega o princípio da preclusão lógica. O mesmo se aplicará aos recursos.

¹⁴⁵ Na doutrina, JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 58) e MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (A preclusão..., cit., p. 34). Na jurisprudência, JTACSP 60/209.

¹⁴⁶ “A entrega das chaves do imóvel pelo locatário, após o oferecimento da apelação, caracteriza a preclusão lógica, pela incompatibilidade de procedimentos” (JTA-Lex 161/53). No mesmo sentido, RT 756/302.

¹⁴⁷ Aos exemplos dados pode-se acrescentar entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que “opondo-se o autor ao ingresso de outrem nos autos, no pólo passivo, não pode, em sede de embargos declaratórios a acórdão e, posteriormente, de recurso especial, pretender o contrário. Caso de preclusão lógica” (3ª T., REsp 20001-SP rel. Min. Cláudio Santos, j. 17.11.1992). Na jurisprudência do extinto 2º TAC/SP, colhe-se acórdão que entendeu ser inadmissível à parte que concordou com o julgamento antecipado da lide apelar alegando cerceamento de defesa por não ter se produzido prova em audiência (JTA-Lex 151/536).

¹⁴⁸ *Profilo del processo civile*, p. 273, em tradução livre.

¹⁴⁹ Esta idéia é muito bem defendida por MONIZ DE ARAGÃO (Comentários..., cit., v. 2, p. 292).

Por derradeiro, não é demasiado observar que a preclusão lógica é *comissiva*, e não *omissiva* como a preclusão temporal. Nessa modalidade, a preclusão não é derivada da *inércia*, mas sim da efetiva prática de um ato antecedente e logicamente conflitante com o subsequente.¹⁵⁰ Com essa simples ressalva, parece-nos fácil dissipar enganos comumente cometidos de confundir a preclusão lógica com a temporal.¹⁵¹

7.4.4.2 Preclusão consumativa

Diz-se também que a *preclusão consumativa*, a exemplo da lógica, representaria *fato extintivo* de direitos processuais cabentes às partes. Daí por que ambas vem tratadas no tópico reservado aos pressupostos processuais.

Alguns autores¹⁵² enxergariam no art. 158 do CPC a matriz normativa desse fenômeno (“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”).

Ademais, um dos exemplos de aplicação desse fenômeno mais comumente invocado dessa modalidade de preclusão refere-se aos arts. 300 e 303 do CPC, que obrigam o réu a desfilir todos os meios de defesa na contestação, sob pena de não mais poder fazê-lo (consagram, pois, o princípio da concentração da defesa e seu correlato princípio da *eventualidade*).¹⁵³

¹⁵⁰ Também NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 275) já se pronunciou no sentido de que a aquisicência tácita, que dá causa ao advento da preclusão lógica, só pode se verificar quando há a efetiva prática de ato incompatível com outro subsequente.

¹⁵¹ Como exemplo dessa confusão, pode-se recordar que, anteriormente à reforma processual de 1994, que extinguiu a liquidação por cálculos do contador (art. 604 do CPC), eram comuns julgados afirmando que a ausência de impugnação dos cálculos pela parte inviabiliza a apelação contra a sentença que os homologou pela ocorrência da preclusão lógica (RSTJ 106/334, STJ-Lex 106/220; RTJ 81/993). A hipótese, contudo, é de *preclusão temporal*: a inércia da parte em impugnar os cálculos no momento oportuno provoca a *inadmissibilidade* da impugnação em momento posterior, e não propriamente incompatibilidade lógica entre a inércia e a posterior irresignação, sendo irrelevante cogitar – como fazem os julgados referidos – se a inércia é reputada ou não como aceitação tácita dos cálculos. No mesmo sentido, é de refutar a ocorrência de preclusão lógica se o réu contesta sem opor exceção de incompetência ou suspeição (como alvitra CRISTINA FERRAZ, *Prazos no processo de conhecimento*, p. 70); pelas mesmas razões, parece-nos admissível apenas a hipótese de preclusão temporal.

¹⁵² MAURÍCIO GIANINICO, *A preclusão...*, cit., p. 117.

¹⁵³ Outro exemplo de aplicação da preclusão consumativa é dado por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 300): “Só se dá o trânsito em julgado por preclusão consumativa, quando tiver sido julgado o último recurso cabível contra a última decisão possível no processo.” Ora, segundo o exposto nos itens precedentes, a preclusão consumativa ocorreria quando houvesse a prática do ato mais de uma vez. O que há na espécie, rigorosamente, é coisa julgada (formal apenas ou também material), subsequente ao esgotamento das vias recursais para impugnação da última decisão lançada no pro-

Voltando a enfrentar a questão sob o prisma da possibilidade de emenda de atos já praticados válida ou invalidamente, desde que dentro do prazo que a lei lhes destinou, não há como ver *preclusão consumativa*, pelos argumentos já expendidos.

Nem mesmo o art. 158 do CPC afastaria essa conclusão, mormente porque esse dispositivo pretendia romper com o dogma, decorrente do art. 16 do CPC de 1939, no sentido de que todas as manifestações de vontade das partes precisariam ser homologadas pelo juiz.¹⁵⁴ Ademais, o dispositivo é extremamente criticável, pois afirma a desnecessidade de homologação para todos os atos (exceto a desistência da ação), mas no geral a maioria dos atos das partes que encerram manifestação de vontade depende de homologação, tais como a renúncia ao direito em que se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido e a transação, para ficar apenas com os exemplos dados por MONIZ DE ARAGÃO, que chegou a afirmar que a norma “deve ser recebida com um grão de sal”.¹⁵⁵

Portanto, segundo nosso entendimento, apenas o decurso do prazo ou a prática de ato logicamente incompatível em momento anterior extingue o direito da parte em praticar o ato ou emendá-lo.

Caso o *exato mesmo ato* seja praticado duas vezes, o segundo sequer precisa receber a declaração de inadmissibilidade, pois, se nada acrescentar ao primeiro, não traz a menor repercussão ao processo. Não se cogitaria de sua admissibilidade ou inadmissibilidade, pois o ato não poderia produzir nenhum tipo de efeito diverso daquele que o primeiro ato já seria apto a produzir. A existência de um instituto para explicar esse fenômeno é absolutamente dispensável, com o devido respeito àqueles que entendem de modo diverso.

Em apoio a essa tese, pensemos em outro exemplo: quando a parte, insatisfeita com determinada decisão interlocutória, interpõe o recurso de agravo, provoca a retratação do juízo prolator da decisão agravada (art. 529 do CPC). Caso esse magistrado a mantenha, a parte não poderá dela recorrer *novamente*, não porque houve preclusão consumativa, e sim porque lhe falece *interesse recursal* (a preensão impugnativa já foi veiculada, de sorte que a medida pleiteada no segundo agravo é desnecessária).

De outra banda, se o primeiro ato for formalmente inadequado, o segundo, apresentado dentro do prazo, suprindo-lhe os defeitos, produzirá normal efeito, como se o primeiro jamais tivesse existido. Baseia-se essa idéia na concepção de que o ato formalmente inadequado equivale à completa omissão da parte.

cesso (essa derivada de uma preclusão temporal). Discordamos, pois, de DINAMARCO, para afirmar não ser esse caso de preclusão consumativa.

¹⁵⁴ Assim entendeu PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, cit., t. 3, p.83.

¹⁵⁵ *Comentários...*, cit., p. 30-31.

Por fim, se o primeiro ato for regular, e um segundo for praticado de maneira *mais completa* que o primeiro (e desde que na forma, tempo e lugar corretos), nada impediria, pelas razões já expostas, que se reputasse esse segundo como emenda ou complemento do primeiro, não se verificando algo que a doutrina chama de *preclusão consumativa*.¹⁵⁶

Ora, em todos esses casos, o que extingue o direito da parte à prática do ato é o transcurso do prazo, e não a sua prática em momento anterior, de modo que não há que falar em *preclusão consumativa*.

Enfim, para que se admitisse a preclusão consumativa como modalidade do gênero preclusão seria necessário nela identificar – de modo igualmente claro, como ocorre quanto à preclusão temporal e lógica – a vocação de instituto destinado a impedir obstáculos à marcha do processo, ou de eliminar retrocessos. Se a lei destinou determinado período de tempo para a prática de um ato processual, não há que falar em retrocesso se a parte antecipa-se ao termo final e depois apresenta alguma emenda ou correção àquele mesmo ato. Não poderia se cogitar de retrocesso simplesmente porque a marcha processual estava previamente programada para aguardar o transcurso do prazo. Se o prazo tivesse sido integralmente utilizado, contramarcha alguma haveria.

Assim, também porque essa terceira modalidade de preclusão não se enquadra nas finalidades das demais é que encontramos elementos suficientes para negar a existência de tal conceito¹⁵⁷ e, por tudo isso, parece-nos que a doutrina e a jurisprudência que defendem a tal preclusão consumativa, aqui, apegaram-se

¹⁵⁶ Nesse sentido, há dois julgados citados por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil...*, cit., p. 559, nota 9 ao art. 514), publicados na *RJTJESP* 111/222 e *RT* 624/96, de que dois recursos de apelação interpostos em favor da mesma parte por advogados diferentes são um só. Note-se, contudo, que quando muito se poderia cogitar de uma *preclusão lógica* entre um recurso e outro, ou seja, se expressamente a parte recorrente aceitasse um capítulo da sentença e, depois, outro recurso (ou emenda ao primeiro) o impugnasse, por simples aplicação do art. 503 do CPC.

¹⁵⁷ ENRIQUE VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 43 ss) igualmente defende que existiriam apenas as preclusões temporal e lógica, mas por outro fundamento. O autor entende que a noção de preclusão consumativa contraria duas idéias fulcrais que estão à base do instituto, quais sejam, a de que a preclusão está ligada a uma *inércia* da parte e a de que, *etimologicamente*, preclusão deriva de “pre” (*antes*) e “cludere” (*fechar*), de maneira que a preclusão consumativa operaria um “fechamento de portas” posterior. Parece-nos, entretanto, que os argumentos revelam-se frágeis, seja porque a preclusão lógica (que o autor aceita como existente no sistema) não se baseia em uma inércia, mas sim numa conduta do agente em momento antecedente (como vimos no item 7.4.4.1, *supra*), seja porque em todos os casos de preclusão descritos pela doutrina tradicional (temporal lógica e consumativa) a extinção do direito processual se dá por fatos que ocorrem em momento anterior àquele no qual se cogitam os efeitos da preclusão (seja o decurso de tempo, seja a prática de ato incompatível, seja a prática válida ou inválida do ato em momento anterior).

a um verdadeiro *dogma*, como não raro ocorre, mas que não tem a menor razão de ser.¹⁵⁸

7.5 Considerações conclusivas sobre as três clássicas modalidades de preclusão dirigida à atividade das partes

Do exposto nos itens precedentes emergem algumas conclusões sobre as três modalidades de preclusão delineadas pela doutrina processual tradicional.

Sobre a preclusão temporal, trata-se ela de um dos aspectos que giram em torno das limitações de tempo a que se sujeitam as partes no processo. E vemos que esse fenômeno decorre da superação de prazos processuais, contados em dias ou horas (termos de data certa), ou fases processuais (termos de data incerta).

A preclusão lógica se insere na órbita da inadequação do ato processual quanto a seus pressupostos, pois o ato não será admitido se houver fato *extintivo*.

Por fim, e diante de toda a análise empreendida, sentimo-nos seguros em afirmar que *preclusão consumativa não existe*, pois a prática do ato não impede, em si, que ele seja praticado novamente ou emendado. O que há, sim, é a *falta de interesse processual* da parte em praticar determinado ato novamente, ou a *impossibilidade temporal* ou *lógica* de emendar ato já praticado, jamais a *consumação* do direito da parte pelo exercício do direito processual, seja *válida*, seja *invalidamente* (ou, por devoção ao rigor terminológico, *eficaz* ou *ineficazmente*).

7.6 Efeitos associados à preclusão

Estabelecido o que se pode entender por preclusão, pode-se, então, dissociá-la de outros fenômenos e efeitos processuais que estão fora do centro de sua conceituação.

De fato, o ordenamento processual prevê outros *efeitos associados aos da preclusão*, além daqueles da *perda do direito de praticar determinado ato no mesmo processo*, que é o que caracteriza o cerne do fenômeno. PONTES DE MIRANDA¹⁵⁹ já atentava para esse problema: "As conseqüências da omissão não se limitam: a) à

¹⁵⁸ DINAMARCO, em sua mais recente obra, alerta do perigo de se arraigarem demasiadamente na doutrina processual determinados dogmas, sob pena de se comprometerem os fins a que o processo se destina: "Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito" (*Nova era do processo civil*, p. 11-12).

¹⁵⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 121.

preclusão, isto é, a que não mais se admita a prática do ato que seria proveitoso para a parte, e. g., contestar, impugnar, recorrer; e b) à condenação nas custas; ou c) à extinção do processo, à dispensa das provas, à convocação de substituto serventuário, à multa e à pena ao perito, à pena de confesso."

Pensemos na preclusão do direito à contestação – pela perda do prazo (preclusão temporal), por exemplo.

Nessa particular hipótese, há a perda do direito de contestar, mas o Código de Processo Civil prescreve outras conseqüências jurídicas, como a ocorrência da *revelia*, que importa na *presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor* (art. 319 do CPC). E se o réu não tinha advogado constituído nos autos, opera-se ainda outro efeito, qual seja, a fluência de prazos independentemente de intimação (art. 322, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006).

Trata-se, aqui, de dois efeitos *associados* ao da preclusão (que, em si, é o que implica apenas a *perda* da faculdade de contestar). Para melhor visualizar a situação, basta ver que o incapaz, se perder o prazo para contestação, tem seu direito de praticar tal ato fulminado pela preclusão, mas nem por isso ocorre a revelia, em face da ressalva contida no inciso II do art. 320 do CPC. Acode-nos dizer que a preclusão do direito de contestar *induz* a revelia, exceto quando a lei exclui esses efeitos.

Também se pode dizer que a *perempção* é um efeito associado ao da preclusão e que ocorre no momento em que o autor, pela terceira vez consecutiva, deixa de adimplir o ônus de dar impulso ao processo no momento de promover a citação do réu (arts. 267, V, e 268, parágrafo único, ambos do CPC). Serão, nesse caso, três conseqüências jurídicas além da própria perda da possibilidade de realizar o ato processual no mesmo processo (preclusão), o autor verá o processo se extinguir (com fundamento no art. 267, III, do CPC), e ainda perderá a possibilidade de repropor a ação (*perempção*).

O exato mesmo fenômeno – *efeito processual associado à preclusão* – ocorre (ou melhor, pode ocorrer) com a *coisa julgada* (tanto formal quanto material). Escoado o prazo para recurso de apelação, a parte não poderá mais praticar este ato processual, e concomitantemente, *no mais das vezes*, surge a coisa julgada. Sobre isso voltaremos a tratar adiante.¹⁶⁰ Pode-se pensar, também, na omissão de a parte, depois de intimada, depor pessoalmente em juízo, o que acarreta a pena de confesso.¹⁶¹

Trata-se, todos esses, de efeitos que não se confundem com a preclusão (enquanto fenômeno que extingue o direito da parte de praticar determinado ato), mas vêm a ela associados numa relação de causa e efeito. A distinção mostra-se

¹⁶⁰ Capítulo 9, *infra*.

¹⁶¹ O exemplo também se aplica no direito alemão (cf. SCHÖNKE, *Direito processual civil*, p. 170).

relevante, sempre tendo-se em vista o rigor técnico e terminológico que nos propusemos a abraçar.¹⁶²

7.7 Preclusão e inadmissibilidade

À vista dos conceitos traçados nos itens anteriores, podemos finalmente estabelecer uma relação entre preclusão e inadmissibilidade.

Como já vimos, o processo é meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista,¹⁶³ de modo que, se o ato praticado pela parte desatender ao modelo legal, será ele *ineficaz* (ou seja, a inadequação do ato gera sua *inadmissibilidade*).

O assunto, em linhas gerais, foi por nós analisado no texto *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil,¹⁶⁴ no qual chegamos à conclusão de que a inadequação do ato praticado pela parte importa em *inadmissibilidade* (ineficácia para produzir os efeitos desejados pelo litigante, o que possibilita que o processo siga seu rumo como se o ato não tivesse existido), ao passo que a imperfeição do ato processual praticado pelo juiz ou seus auxiliares viola diretamente o princípio da *legalidade* que deve pautar os atos estatais, e que no processo se traduz na garantia do *devido processo legal*, gerando uma *nulidade* (e outro ato, desta vez re-

¹⁶² ROBERTO POLI (Sulla sanabilità..., cit., p. 472, nota 53, e p. 478-479) prefere dizer que a preclusão poderia ser classificada em diversos tipos, de acordo com a extensão de seus efeitos. Em alguns casos, em razão do escopo do ato processual da parte, a sua omissão em praticá-lo importa em consequências mais severas que em outras situações.

¹⁶³ LIEBMAN (Lezioni..., cit., v. 1, p. 19).

¹⁶⁴ Inédito.

gular, deveria ser praticado para substituir aquele inválido).¹⁶⁵ São também nesse sentido as lições de DINAMARCO^{166,167} e NELSON NERY JR.¹⁶⁸

Desse modo, afastamos inteiramente a idéia de *nulidade* da órbita da *preclusão de atos processuais*,¹⁶⁹ pois, quando o ato da parte é praticado depois de ter se operado a preclusão do direito respectivo, ocorre sua inadmissibilidade e não *nulidade*.¹⁷⁰ O ato não será *nulo* também porque não há necessidade que outro,

¹⁶⁵ "O juiz, no desempenho de seus poderes-deveres, há que respeitar as garantias constitucionais asseguradas a cada cidadão de um Estado de Direito; atende, pois, a interesse público. O não atendimento ao modelo prescrito na lei é repudiado pelo sistema, que reputa o ato irregular ou defeituoso inválido, e determina seja ele excluído do mundo jurídico, mediante sua declaração de nulidade (respeitados, evidentemente, os parâmetros já analisados – convalidação, aproveitamento, finalidade, prejuízo etc.). [...] A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no plano da eficácia. Diferentemente sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade" (p. 19).

¹⁶⁶ Na obra *Litisconsórcio* (p. 252), o autor já atenta para esse detalhe, para, com apoio na lição de CALMON DE PASSOS, dizer que o defeito do ato da parte (no caso, a propositura da demanda à falta de condições da ação) implica inadmissibilidade, que não se confunde com a nulidade: "Não é nulo o processo em que faleça ao autor uma das condições da ação (especialmente o interesse de agir ou a legitimidade); o que sucede é que a apreciação do pedido do autor, em sua procedência ou improcedência, se faz inviável, ficando o juiz desobrigado de 'prestar tutela jurisdicional'. Quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, em caso de carência de ação (CPC, art. 267, IV), isso se dá não porque inválidos os seus atos ou inválido o procedimento como um todo, mas porque inadmissível o resultado proposto."

¹⁶⁷ Nas *Instituições* (cit., v. 2, p. 611-612), de modo mais amplo, está assentada a idéia de que os atos judiciais defeituosos podem ser declarados *nulos* (a análise se passa no *plano da validade*), ao passo que o exame dos atos da parte, quando viciados, se situa no *plano da eficácia* apenas, sem se cogitar de sua validade ou não.

¹⁶⁸ "Há ainda quem afirme poder o recorrente completar o seu recurso, oferecendo as razões posteriormente à interposição, desde que o faça antes que o prazo se tenha escoado. Esse entendimento, *data maxima venia*, não encontra amparo no art. 514, II, do CPC [...]. O principal argumento da corrente que pensa ser dispensável a apresentação de razões de recurso respeita a não ocorrência de nulidade. Diz que a simples ausência de razões não acarreta nulidade, posto que a lei não previu tal hipótese como causa de nulificação. Não se trata de nulidade, mas sim de inobservância de forma prescrita em lei para interposição do recurso, o que acarreta inadmissibilidade, o não conhecimento do recurso. [...] Nada têm a ver essas hipóteses com nulidade" (*Princípios fundamentais*, cit., p. 313-314).

¹⁶⁹ Diferentemente entendeu MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 60), para quem o desatendimento do ato ao tempo em que deveria ser praticado gera preclusão, ao passo que a inadequação do ato à forma geraria *nulidade*. Na doutrina italiana, é comum falar que o ato praticado depois de ter se operado a preclusão é *nulo* (v. g. SARACINI, *Il termine...*, cit., p. 176-177, e TESORIÈRE, *Contributo...*, cit., p. 86).

¹⁷⁰ REMO PANNAIN (*Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 465 ss) observa que vários atos processuais, quando eivados de irregularidade, deixam de ser recebidos (*inadmissibilidade*), mas nem por isso podem se considerar nulos; apenas a lei impede-os de adquirir a eficácia a que o agente que

regular; se produza em seu lugar (como sucede com os atos do juiz e seus auxiliares); simplesmente a lei impede aquele ato de provocar os efeitos que a parte almejava quando o praticou (a lei reputa-o ineficaz apenas, não inválido).¹⁷¹

Pois bem. O ato praticado *intempestivamente* é formalmente inadequado (no aspecto temporal) e se dá quando o direito que a parte tinha de fazê-lo já havia sido fulminado *ipso facto* pela preclusão, ou seja, o transcurso do tempo gera a preclusão que, por sua vez, provoca a inadmissibilidade do ato praticado a des- tempo.¹⁷²

De outra banda, o ato praticado após outro incompatível já ter sido realizado (preclusão lógica) importa em *inadmissibilidade* do segundo em razão da existência de fato extintivo.

O primeiro ato seria, segundo classificação adotada por DINAMARCO, *causativo*, cuja ocorrência é suficiente para produzir os resultados programados pela parte, independentemente do concurso do juiz que, ao contrário, se limita a reconhecer o seu advento (difere do ato indutivo que, para produzir efeitos, depende de confirmação ou concurso da autoridade judicial).¹⁷³

É exatamente o que ocorre com respeito ao clássico exemplo de preclusão lógica encontrado no art. 503 do CPC. Um dos pressupostos de admissibilidade dos recursos é a "inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer",¹⁷⁴ que,

os praticou aspirava. E acrescenta que a inadmissibilidade pode decorrer justamente do advento de uma *preclusão* (muito embora conserve contornos próprios).

¹⁷¹ Nem mesmo se pode cogitar da nulidade do ato da parte por contaminação. Pense-se que uma das partes interpõe apelação, pleiteando a declaração de nulidade de determinada sentença, e a parte adversa apresenta recurso adesivo, pleiteando a majoração da verba honorária a favor de seu advogado. Se o recurso principal for acolhido, declarando-se nula a sentença, a apelação adesiva não se contamina pela nulidade, mas sim fica *prejudicada* (como se costuma falar nos tribunais) ou, tecnicamente, *inadmissível por falta de interesse processual superveniente*. A nulidade derivada, prevista no art. 248 do CPC, aplica-se apenas aos atos do juiz e de seus auxiliares.

¹⁷² Se o ato jamais for praticado, não há que falar em ineficácia ou inadmissibilidade: a *omissão* da parte foi, nesse caso, absoluta. Se o ato foi praticado de forma diferente da prevista na lei ou em desacordo com os pressupostos processuais exigidos, se houver tempo, poderá ser emendado; se não for emendado, a situação equipara-se à omissão, e o juiz tem o poder-dever de declarar a ineficácia do ato (não porque tenha havido *consumação* do direito à prática do ato, mas sim, segundo entendemos, por que não houve emenda que regularizasse o ato oportunamente, equiparando-se a situação à completa omissão do litigante). A necessidade de que o juiz declare a ineficácia daquele ato viciado – mesmo que, por ser ineficaz (inadmissível), não produza efeito – decorre da mesma razão pela qual se impõe que o juiz que declare, por exemplo, que determinado negócio jurídico é nulo, isto é, a segurança jurídica. Em ambos os casos, a lei diz que aqueles atos não produzem efeitos (guardadas as diferenças entre uma e outra situação), mas, para que não haja incertezas entre os particulares, impõe-se a afirmação judicial acerca da existência daquele vício.

¹⁷³ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 488.

¹⁷⁴ Cf., dentre outros, NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 349).

rigorosamente, "enquadra-se o caso na figura da preclusão lógica, que consiste na perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício".¹⁷⁵

Aqui, a preclusão ao segundo ato processual se produziu no momento em que o primeiro ato foi praticado. *Novamente aqui se vê uma relação de causa (preclusão) e efeito (inadmissibilidade)*.

Assim, podemos finalmente afastar a idéia, razoavelmente difundida,¹⁷⁶ de que haveria uma quarta hipótese de preclusão: a derivada da *inadmissibilidade* do ato processual, já que a *inadmissibilidade* é efeito da preclusão, seja em que modalidade for.¹⁷⁷

Uma última observação que nos compete fazer refere-se à postura do juiz diante da ocorrência da preclusão. Como bem apontou RICCIO, no trecho de sua obra referida no item introdutório deste capítulo, o juiz tem o (poder-)dever de reconhecer a preclusão e, dessarte, pronunciar a inadmissibilidade do ato praticado pela parte.

Se o juiz *deixa* de pronunciar a *inadmissibilidade* de determinado ato praticado pela parte quando, por lei, deveria fazê-lo, a partir daí o processo passa a ser *nulo*. Mas a nulidade deriva não do ato da parte, mas sim do ato (*omissivo* ou *comissivo*) do juiz que deixou de pronunciar a inadmissibilidade.¹⁷⁸ Confirma-se, então, a idéia de que a nulidade deve ser afastada dos atos praticados pelas partes.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 118).

¹⁷⁶ Como defendida por, e. g., ANDRIOLI (*Preclusione (diritto processuale civile)*, cit., p. 569) e GUARNIERI (*Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 574).

¹⁷⁷ Em linhas gerais entendeu da mesma forma TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 86).

¹⁷⁸ Diferentemente entende TERESA ARRUDA ALMIM WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 137-138). Apesar de a autora reconhecer a existência do instituto *inadmissibilidade*, entende deva ser ele estudado no mesmo universo das nulidades: "Remanesce, no entanto, a dúvida: ainda que 'inadmissível', uma vez praticado o ato, qual o seu regime jurídico? Da nulidade e ou da anulabilidade? Ou teriam os atos 'inadmissíveis' um regime próprio? Parece-nos que não. Talvez a melhor forma de se encontrar um regime jurídico para os atos inadmissíveis seja a de classificá-los segundo as categorias de inexistentes, nulos e anuláveis, conforme a natureza da regra que tenha sido infringida." Pelas razões já exaustivamente expostas, não podemos concordar com tal afirmação.

¹⁷⁹ Não se pode discutir, contudo, que tanto os atos do juiz como os da parte podem ser *juridicamente inexistentes* (como acolhe a doutrina absolutamente dominante, desde GALENO LACERDA, em *Despacho saneador*, esp. p. 72), assim como existe a *mera irregularidade* (que não contamina a eficácia e invalidade do ato, ou vício que atentasse para norma formal *meramente útil*, e não *necessária*, nas palavras de CARNELUTTI, repetidas por FREDERICO MARQUES, em suas *Instituições...*, cit., v. 2, p. 414) e mais recentemente por DALL'AGNOL JR. (Para um conceito de irregularidade processual, *Saneamento do processo – estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*, p. 83-108).

7.8 (A)tipicidade da preclusão de ônus processuais

Questão que se impõe, antes de prosseguirmos, é a seguinte: a *preclusão de ônus processuais* é tipificada na lei processual? Vale dizer: a lei diz que direitos processuais estão especificamente sujeitos à preclusão?

Na doutrina processual italiana é praticamente assente o entendimento de que a preclusão ocorreria em casos expressa e taxativamente previstos (sobretudo em sua modalidade temporal que, convenhamos, realmente desperta maior interesse em virtude de sua relevância).¹⁸⁰ A doutrina peninsular parte da idéia de que o art. 152, 2ª comma, do CPC italiano estabelece que os prazos são todos ordinatórios, exceto aqueles expressamente reputados pela lei como peremptórios.¹⁸¹ Restariam apenas as *preclusioni implicite*,¹⁸² decorrentes da superação de uma fase ou estado do processo,¹⁸³ mesmo que quanto a isso não haja consenso (haja vista que apenas a *Novella* de 1990 despertou os italianos para esse problema), e ainda que essa distinção só tenha razão de ser se desconsiderarmos a idéia de que há termos de data certa e outros de data incerta, e que os dois tipos encerram prazos processuais.

Mesmo em nossa doutrina pátria se encontram autores – como ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA – que se empenham em definir quais “casos” de preclusão viriam previstos no sistema processual.¹⁸⁴

Para enfrentar a questão posta, cumpre de início constatar que a preclusão de ônus processuais, diferentemente de outros institutos,¹⁸⁵ não está totalmente

¹⁸⁰ D'ONOFRIO, ferrenho crítico da doutrina chiovendiana, era um dos adeptos dessa corrente, e defendia que “este princípio não existe e não pode existir, e é apenas combinando as várias normas positivas e os vários institutos lógicos, que se pode estabelecer se em um determinado caso – e até que ponto – há preclusão” (Sul concetto..., cit., p. 433, em tradução livre). CHIOVENDA preferia falar em “preclusões mais importantes admitidas em nosso direito processual”, listando suas hipóteses (*Principii...*, cit., p. 860-861, em tradução livre), e LIEBMAN trilhou o mesmo caminho ao fazer nota à tradução brasileira de suas *Instituições* (v. 3, p. 223-224). ANDRIOLI também se deu ao trabalho de enumerar longo rol de casos de preclusão no processo italiano (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 446).

¹⁸¹ Nesse sentido, especialmente PROTO PISANI –CAPONI (*Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 181).

¹⁸² Como comumente diz a doutrina (e. g., CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 897).

¹⁸³ Nesse sentido, ainda, PROTO PISANI –CAPONI (*Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 181).

¹⁸⁴ *Da preclusão processual civil*, p. 77 ss.

¹⁸⁵ Como muito se comentou à época da edição do Código de Processo Civil de 1973, o legislador acabou quebrando antiga tradição, definindo certos conceitos, como o de coisa julgada (art. 467 do CPC). É o que afirma expressamente o então Min. ALFREDO BUZARD na Exposição de Motivos do CPC (item, III, 8).

regulada em nosso Código,^{186,187} à exceção, como aponta FREDERICO MARQUES,¹⁸⁸ da *preclusão temporal* que está expressamente prevista no art. 183 do CPC. Justamente por isso, nesse mister, o tão recorrente paralelo entre o sistema processual brasileiro com o italiano mostra-se inviável, haja vista que lhes falta norma similar àquela insculpida no art. 183 do CPC pátrio, o qual também não traz nenhuma disposição como a do art. 152, 2ª comma, do CPC peninsular.

Diferentemente, a preclusão lógica, como vimos, apenas vem exemplificada nos arts. 117 e 503 do CPC. Nenhuma outra norma rege especificamente o fenômeno e, como vimos acima, os casos em que se aplica devem ser resultado de análise da situação concreta (seria uma *preclusão implícita*).

A interpretação do art. 183 do CPC, tomando-se em conta uma acepção mais ampla do termo *prazo*, conforme delineado no item 7.2.3 *supra*, conduz inafastavelmente à conclusão de que ao menos a preclusão temporal é atípica, pois aplica-se sempre que houver prazos. E prazos haverá sempre, fixados especificamente na lei, ou por aplicação subsidiária do art. 185 do CPC.¹⁸⁹

Mas, ainda que assim não fosse, a idéia que emerge de uma interpretação sistemática do ordenamento é a de que a *imensa maioria* dos atos processuais tem como pano de fundo a realização de um ônus da parte e, via de consequência, está sujeita à preclusão.

Essa afirmativa decorre da própria natureza do processo, e seu princípio informativo da celeridade,¹⁹⁰ que implica ser-lhe, de regra, infensa a idéia de que a prática de atos processuais seja indeterminadamente aguardada pela autoridade judicante, ou que se desconsiderem atos anteriores praticados pela parte e que sejam logicamente incompatíveis com outros direitos processuais posteriores.

Imperam, então, a necessidade de celeridade do processo e o caráter cogente das normas que disciplinam a ordem dos atos processuais, de tal sorte que endossamos, *in totum*, o emblemático ensinamento de COMOGLIO: “pareceria ilógico supor que a lei, depois de ter previsto a seqüência pré-ordenada de atos, possa reputar facultativa e derogável a sua observância. Em tal perspectiva, a preclusão – ex-

¹⁸⁶ Como bem atentou DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455-456).

¹⁸⁷ Aliás, nosso Código usa o vocábulo somente em duas passagens (art. 245 e 473). Também no processo italiano não existe definição legal do instituto e sequer o termo *preclusão* aparece no texto do CPC (cf. CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 897). Encontra-se apenas *decadenza* que, como muitos autores italianos insistem, não se confundiria com a preclusão.

¹⁸⁸ *Manual...*, cit., v. 2, p. 170.

¹⁸⁹ Semelhante interpretação vem apregoada por VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 149 ss), ou seja, que os prazos são todos preclusivos, exceto quando a lei disponha em contrário.

¹⁹⁰ Conforme leciona ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 284).

pública, ou mesmo implícita ou virtual, segundo alguns – outra coisa não é senão a consequência processual do inadimplemento de um ônus”.¹⁹¹

Seria imensamente difícil enumerar ou classificar quais seriam esses atos,¹⁹² mas é certo que a imensa maioria deles, como vimos no item 6.2.1 *supra*, está na categoria dos ônus processuais, de modo que, em nosso entender, a melhor maneira de entabular a solução para o problema proposto é concluir que só não estão sujeitos à preclusão os atos da parte expressamente excluídos por disposição legal, ou seja, aqueles que decorrem da prática de um dever processual (pois, como já tivemos chance de assinalar, a consequência do inadimplemento do dever enseja sanções e não preclusões) e finalmente aqueles que o interesse privado prepondera sobre o público. Sobre esses casos é que versa o item que segue.

7.9 Atos que não estão sujeitos à preclusão

Deixando de lado os atos relativos à postulação da demanda e da defesa, por autor e réu, respectivamente, e concernente ao requerimento e produção de provas – que, propositadamente, foram deixados para o momento de tratarmos do princípio da eventualidade –, podemos agora tentar traçar algumas diretrizes para verificar quais atos processuais não estão sujeitos à preclusão.

Em consonância com as conclusões tiradas no item precedente, a maioria dos prazos é *peremptória* ou *preclusiva*, e em alguns casos, que serão adiante tratados, o regime da preclusão persiste, mas de forma atenuada. Finalmente, apenas em raríssimos casos é que a preclusão de direito da parte simplesmente não existe (ou seja, não importa quão longa tenha sido a omissão do agente; poderá sempre ele praticar o ato processual).¹⁹³ Esse é o ponto que nos interessa agora.

Excetuando-se alguns atos que apresentam repercussão ínfima no desenvolvimento do processo,¹⁹⁴ ou aqueles exercidos para adimplemento de deveres pro-

cessuais, ocorrem-nos, de início, três exemplos: o primeiro se dá no processo de execução de título extrajudicial por quantia certa, após a citação, em que a não-indicação de bens à penhora não enseja a extinção do processo, mas sua suspensão (art. 791, III, do CPC), sem possibilidade de perda, pelo exequente, do direito de praticar esse determinado ato processual.¹⁹⁵ O segundo se acha na promoção do cumprimento da sentença que, se não for requerida em seis meses, ensejará o arquivamento dos autos, sem prejuízo de posterior prosseguimento ao pedido do interessado (art. 475-J, § 5º, do CPC). Outra ordem de exemplos se encontra nos processos de jurisdição voluntária.¹⁹⁶

O traço que aproxima esses três exemplos é o fato de que, em todas as situações, não há propriamente um *litígio* a ser dirimido, de maneira que não há tanta necessidade de que o processo seja acelerado para o seu final.

É de rigor lembrar também de um exemplo que, hoje, desperta aceso interesse: é também possível à parte pedir, a qualquer momento, a antecipação dos efeitos da tutela, de maneira que, se não a requereu em determinado momento (quando se mostraram preenchidos os requisitos necessários), nada impedirá que o faça depois. Isso ocorreria tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no âmbito recursal (vale dizer, para pedir ao relator efeito suspensivo a recurso que não o tenha, ou o que se costumava chamar *efeito ativo*).

A razão para tanto, parece-nos, se acha numa projeção do *princípio da demanda* sobre o instituto da tutela antecipada, de modo que, assim como a parte não é obrigada a deduzir em juízo seu direito, e, num segundo momento, promover o cumprimento da sentença judicial que lhe tenha reconhecido esse direito¹⁹⁷, também não está obrigada a pedir a antecipação da tutela (e, posteriormente, promover o cumprimento da decisão provisória que lhe conceda o bem da vida litigioso em caráter precário).

Ademais, admitir que a parte estaria sujeita ao *ônus* de pedir a antecipação de tutela no momento em que se preencheram seus requisitos, sob pena de preclusão,

¹⁹¹ *Preclusione istruttoria*, cit., p. 974.

¹⁹² CELSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62) observou, com acuidade, que “a multiplicidade de atos que a parte pode praticar em juízo tornaria praticamente impossível – e mesmo inútil – uma catalogação nem determinado ordenamento”.

¹⁹³ Aqui novamente consignamos nossa discordância de ROBERTO POLI (Sulla sanabilità..., cit., p. 478-479) quando afirma que haveria vários tipos de preclusão, alguns mais intensos, outros menos. O fenômeno, em si, é o mesmo (*e importa na perda de um direito processual pela parte*); o que muda, apenas, é o momento em que ele se aplica e que formalidades o precedem.

¹⁹⁴ DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 203) arrola como exemplo de “faculdade processual pura” o direito da parte em citar precedentes jurisprudenciais como argumentos em seus arrazoados. Nós poderíamos acrescentar como exemplo o direito da parte, no processo perante o Juizado Especial Cível, em pedir a degravação das fitas de depoimentos testemunhais (art. 44 da Lei nº 9.099/1995). Em qualquer tempo tais atos podem ser praticados, não estando sujeitos à preclusão.

¹⁹⁵ Na “fase de cumprimento de sentença”, de acordo com as inovações da Lei nº 11.232/2005, a omissão do credor em indicar bens do devedor à penhora provoca, igualmente, a suspensão do processo (aplicando-se o art. 791, inciso III, subsidiariamente, nos termos do art. 475-R, ambos do CPC). A diferença é que, nessa hipótese, o devedor já terá sido apenado com multa de 10% prevista no art. 475-I do mesmo diploma.

¹⁹⁶ De fato, e como teremos oportunidade de ver em maiores detalhes posteriormente (item 10.2, *infra*), em processos de jurisdição voluntária por excelência não se pode reconhecer preclusão para as partes, por não haver nenhum resquício de litígio (e, dessarte, não haver a mesma necessidade de celeridade processual que se reflete nos processos de cunho contencioso, em que há uma lide a ser composta), e por aplicação do art. 1.109 do CPC (que autoriza o juiz a não seguir os limites da “legalidade estrita”).

¹⁹⁷ Na sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005, o credor tem seis meses para dar início ao cumprimento da sentença condenatória e, mesmo na sua inércia não existe preclusão: os autos aguardarão em arquivo a provocação do interessado, nos termos do art. 475-I, § 5º, do CPC.

seria andar na contramão da evolução desse nobre instituto processual, e implicaria aceitar, *mutatis mutandis*, que, na pendência de recurso recebido no efeito meramente devolutivo, a parte vencedora (e recorrida) tivesse o ônus de extrair carta de sentença para execução provisória, sob pena de preclusão. A comparação é fundamental para entender os argumentos aqui desfilados.

Em ambos os casos (tanto na *execução provisória*, nos termos estritos do art. 475-O do CPC (introduzido pela Lei nº 11.232/2005, mas com redação algo similar ao art. 588 revogado), quanto na *efetivação da antecipação de tutela*, *ex vi* do art. 273, § 3º, do CPC) a parte interessada não está sujeita à preclusão, pois, a qualquer tempo, poderá promovê-las (até o momento em que a decisão que gerou a execução provisória se torne definitiva ou seja revogada, ou até o momento em que a decisão que antecipou tutela seja modificada ou tornada definitiva e apta para execução definitiva).

Isso porque não se pode esquecer que a lei dispõe sobre a *responsabilidade objetiva*¹⁹⁸ do litigante que executar a decisão antecipatória de tutela em ressarcir os prejuízos da parte adversa, se referida decisão vier a ser modificada ou revogada (tal como ocorre em caso de revogação dos atos da execução provisória, *ex vi* do art. 475-O do CPC), não sendo lógico conceder ao litigante uma única oportunidade para promover a medida, mesmo que não esteja disposto a, naquele momento, suportar o risco aí implicado. Isso sem falar nos casos em que há necessidade de prestação de caução. Não é justo ou razoável exigir que o interessado esteja imediatamente preparado para prestá-la, sob pena de precluir-se o direito de promover a execução provisória.

Assim, acabamos por identificar mais três casos em que a preclusão de ônus processuais não se aplica: o de pedir a antecipação dos efeitos da tutela, a de promover a sua efetivação (art. 273, § 3º, do CPC) e o de promover a execução provisória de uma sentença (art. 475-O do CPC), aí estando compreendidos todos os atos pertinentes (por exemplo, pagamento de emolumento para expedição de mandados judiciais, fornecimento de meios para realização de uma diligência, prestação de caução nos casos em que isso é exigido etc.).

Em suma, essas exceções (colacionadas a título meramente exemplificativo) reforçam a idéia de que haverá preclusão sempre que as partes estiverem sujeitas a ônus. Se não o estiverem – o que é raro ocorrer – não haverá preclusão.

Do mesmo modo, aqui, avulta indubitável que quando o interesse particular da parte apresenta larga preponderância sobre o interesse público, justifica-se a exclusão da preclusão sobre seus direitos processuais.

No mais, cabe aqui deixar pelo menos consignado que, em qualquer outro caso, mesmo quando o *interesse particular do litigante* apresenta alguma prevalên-

¹⁹⁸ Cf., e. g., ARAKEN DE ASSIS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 196) que afirma ser essa a “opinião comum”.

cia sobre o interesse público, o que se verifica é a *maior elasticidade* do regime de preclusões, e não seu completo abandono.¹⁹⁹ Voltaremos a versar essas hipóteses adiante, quando tratarmos do impulso processual (item 10.2, *infra*).

7.10 Preclusão e princípio da eventualidade

7.10.1 Aspectos gerais

É comum a identificação da preclusão com o princípio da eventualidade,²⁰⁰ como se aquela servisse apenas para implementar este. Mas, com base nas conclusões alcançadas acima, essa identificação é errônea, pois a preclusão permeia todo o processo, atingindo um sem-número de atos processuais, indistintamente, ressalvando-se apenas os que tratamos no item precedente.²⁰¹

Todavia, é inegável que a preclusão que está associada ao princípio da eventualidade recai sobre os dois principais direitos que assistem às partes no processo: articular a demanda e a defesa, respectivamente.

O princípio da eventualidade, a bem da verdade, decorre lógica e necessariamente de outra regra, qual seja a que impõe aos demandantes o ônus “de propor, em um mesmo momento, todos os meios de ataque e defesa”,²⁰² à qual poderíamos chamar de *princípio da concentração do ataque e da defesa* que vem intrinsecamente inspirado pela *preclusão*. Ou seja: ao estabelecer uma única oportunidade para alegação dos meios de ataque e de defesa, o legislador vê-se obrigado a tolerar a contrariedade entre uma determinada alegação e outra que a parte suscitou em caráter eventual.²⁰³

¹⁹⁹ Nem mesmo nos raros casos em que se deve aplicar o art. 267, § 1º, do CPC – que, conforme veremos em momento oportuno, são aqueles em que o impulso processual não pode ser o oficial, pois o andamento do processual depende de ato da parte –, pode-se dizer que está afastada a preclusão: apenas o sistema exigiu uma formalidade maior para instar a parte à prática do ato necessário ao andamento do processo (consistente na sua intimação pessoal, ao contrário do que ocorre para qualquer outro ato processual, em que o procurador é quem recebe o comando). Mas, cumprida essa formalidade, e escoadas as 48 horas a que alude o art. 267, § 1º, advém a preclusão, com a impossibilidade de a parte realizar o ato que daria impulso ao processo, bem como, associada a ela, a extinção do processo sem exame de mérito (*ex art. 267, II ou III*).

²⁰⁰ V. g., SERGIO LA CHINA (*Diritto processuale civile: la novella del 1990*, p. 2-3).

²⁰¹ Cf., dentre outros, VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 30).

²⁰² CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 140).

²⁰³ Essa interessante perspectiva é sugerida por DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 74).

Assim, sempre se fala de princípio da eventualidade pressupondo-se logicamente a regra da concentração do ataque e da defesa (como se aquele tivesse absorvido esse). E em homenagem a essa doutrina tradicional, consideraremos o princípio da eventualidade como abrangente de ambos os postulados referidos acima.

Seja como for, essa regra de concentração de ataque e de defesa, da qual decorre o princípio da eventualidade, não tem eficácia alguma se não complementada pela preclusão, de sorte que, se o litigante deixar de fazer alegação, opera-se a preclusão.²⁰⁴

Ao autor,²⁰⁵ a aplicação do princípio da eventualidade impõe que, ao deduzir a demanda, na petição inicial, fique ele adstrito aos termos lá propostos.

Faculta-lhe, entretanto, o art. 294 do CPC apenas o aditamento do pedido antes da citação do réu. Quanto à alteração da causa de pedir, pode-se extrair do art. 264, caput, e do art. 294, parágrafo único, do CPC que é possível modificá-la dentro do mesmo termo, a despeito de que o art. 294, caput, refira-se apenas a aditamento do pedido.²⁰⁶ Fora disso, não há o que cogitar: o autor está impedido de pleitear depois o que não pediu na inicial.^{207,208}

Após a citação, o art. 264 prescreve que o aditamento do pedido depende de aquiescência do réu e, após o saneamento do processo, nem mesmo a concordân-

²⁰⁴ Ou, como diz CALMON DE PASSOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 303), da preclusão “decorre o denominado princípio da eventualidade”. Também sobre o tema, confira-se o ensinamento de TERESA WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 303-304): “Para que se obtenham conseqüências práticas significativas do princípio da eventualidade, é necessária a figura da preclusão.” PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 3, p. 111-112) já lecionara que “À exigência de simultaneidade do que concerne à alegação e à prova, *in omnem eventum*, chama-se princípio de eventualidade, que é a combinação do princípio da preclusão e do princípio de concentração.”

²⁰⁵ Cumpre ressaltar o comentário de GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 12) que boa parte da doutrina nacional entende que o princípio da eventualidade se aplica apenas ao réu (e não ao autor), fazendo exegese simplista do art. 300 do CPC. Contudo, preferimos adotar a concepção mais ampla (abrangendo as posições jurídicas de autor e réu) e essa opção deve-se a duas razões: primeiro, pela falta de denominação do fenômeno que impõe ao autor o ônus de desfilhar todos os meios de ataque na petição inicial; segundo, porque esse fenômeno não diverge daquele que atinge os poderes do réu ao formular a contestação (e nem poderia, haja vista que as partes devem ser tratadas de modo isonômico).

²⁰⁶ Assim é acórdão publicado em JTA 95/264.

²⁰⁷ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 77) com amparo nas lições de MONIZ DE ARAGÃO, CALMON DE PASSOS e ARRUDA ALVIM, afirma categoricamente que “o Código impõe ao autor, já no nascedouro da relação jurídica processual, a preclusão do pedido que, embora lhe fosse lícito formular, omitiu na petição inicial”.

²⁰⁸ Guiados por espírito de deformalização, há julgados que autorizam a alteração das partes inicialmente designadas para o processo, sem se cogitar da preclusão (o que, pela literalidade dos arts. 264 e 294, ambos do CPC, seria defeso fazer). Assim, RT 804/428 (TRF - 3ª Região, 4ª T., AI 2001.03.00.019218-3, rela. Des. Federal Therezinha Cazerta, j. 20.02.2002, maioria de votos).

cia de ambos os litigantes pode alterar o objeto litigioso do processo (conforme parágrafo único do mesmo dispositivo), cujo objeto desde então passa a estar definitivamente estável.

A última “brecha” dada pelo sistema ao autor repousa sobre os fatos supervenientes, conforme o art. 462 do CPC, assim como aquelas matérias referidas no art. 303, I a III, do CPC, que, a despeito da disposição do caput e da localização do dispositivo logo abaixo das regras sobre a contestação, também se aplicam ao autor. Assim, fatos supervenientes podem ser levados ao conhecimento do juiz a qualquer momento (como, de resto, poderia este conhecer de ofício) e não se sujeitam à preclusão. Regra similar se acha insculpida no art. 517 do CPC, que se aplica a ambas as partes em grau de apelação.

A formulação da defesa também se governa pelo princípio da eventualidade, que vem insculpido expressamente no art. 300 do CPC. Tal dispositivo determina que toda a matéria de defesa deve estar concentrada sob pena de preclusão, e seu preceito é completado pelos arts. 297 e 299 do CPC (que impõe sejam contestação, exceção(ões) e reconvenção apresentadas, todas, num prazo de 15 dias).²⁰⁹ Essa é a regra geral, que vem excepcionada pelo já citado art. 303 e pelo art. 462 do CPC.

Dos três incisos do art. 303, dois merecem maior atenção.

Primeiramente, tem-se o inciso II, que consagra a idéia de que as matérias as quais o juiz pode conhecer a qualquer tempo, e de ofício, podem ser suscitadas pela parte sem restrições de cunho preclusivo. Necessário ressaltar que não se trata de um afrouxamento propriamente dito do regime de preclusões, mas sim de permitir à parte que provoque o exercício de poder que o juiz já poderia exercer de ofício. Voltaremos a tratar desse aspecto no Capítulo 9, infra.

Já o inciso III é uma “norma processual em branco”. Com efeito, os casos em que a alegação da parte pode vir posteriormente às suas alegações iniciais vêm prescritos esparsamente na lei. Antes do advento da Lei nº 11.280/2006, o exemplo clássico era a prescrição que necessariamente haveria de ser suscitada pelo interessado (art. 194, CC), ainda que em qualquer grau de jurisdição (art. 193). Agora, por ser matéria cognoscível de ofício, fica ainda mais claro que a alegação tardia de prescrição é permitida pelo inciso II do art. 303.

Contudo, é relevante notar que, mesmo a despeito de tais permissivos legais, a invocação dessas matérias fora da sede apropriada (contestação) pode gerar a

²⁰⁹ É exatamente aqui que o sistema brasileiro destoa, inteiramente, do das Ordenações portuguesas, tratadas no item 2.6, supra. Com efeito, segundo sistemática vigente naquela época, a defesa não era concentrada (não havia, portanto, aplicação do princípio da eventualidade), e o rol das matérias de defesa sujeitas à preclusão era restrito. Mais uma vez afirmamos, assim, nossa discordância da clássica lição de LIEBMAN, na sua famosa nota à tradução da obra de CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 323, nota 1 ao § 66).

aplicação do disposto no art. 22 do CPC (perda dos honorários e pagamento das custas do processo).

Se se entender – como faz parte da doutrina e da jurisprudência – que é necessária malícia da parte,²¹⁰ está-se diante não de ônus, mas sim de verdadeira decorrência do *dever geral de lealdade no processo*, e o art. 22 do CPC prescreveria uma *penalidade*.

Se, de outro lado, se compreender que o preceito se aplica independentemente do elemento subjetivo da omissão do réu,²¹¹ continuaria vigendo a idéia de que a invocação de tais matérias seria um *ônus* (mesmo que esteja excluída, por expressas disposições legais, a pena de preclusão) e a inobservância desse comando legal implicaria que a parte fosse lançada em posição de desvantagem (consistente em arcar com as custas e com a perda dos honorários sucumbenciais). Essa solução guardaria coerência com uma interpretação literal do *caput* do art. 301 do CPC, que afirma “competir” ao réu alegar várias matérias que, no § 4º, reconhecem-se ser cognoscíveis de ofício.

Sob esse prisma, igualmente teríamos de considerar que a parte está sujeita ao *ônus* de alegar matérias que o juiz tem o poder de conhecer de ofício (art. 267, IV a VI, do CPC), já que, em sua parte final, o art. 267, § 3º, do CPC prevê à parte a posição de desvantagem consistente em responder pelas custas resultantes do retardamento. Estaríamos, aqui, diante de duas hipóteses (excepcionais, diga-se de passagem) em que a idéia de *ônus* vem dissociada da de *preclusão* (excepcionando as conclusões alcançadas no item 6.2.1, *supra*).

Independentemente disso, uma derradeira e necessária ressalva²¹² é a de que o princípio da eventualidade não se esgota na proposição da demanda e na formulação da contestação – apesar de ser essa a sua aplicação mais sensível e relevante –, pois também na esfera recursal sente-se sua manifestação. Com efeito, o recorrente tem de suscitar todas as razões de impugnação à decisão recorrida dentro do prazo recursal, sob pena de não poder fazê-lo depois justamente devido ao fenômeno da *preclusão*. E também o princípio da eventualidade, em sua aplicação ao recurso de apelação, sofre uma atenuação, consistente no art. 517 do CPC (que permite alegações que deixaram de ser feitas na primeira instância por razões de força maior), tal como ocorre com o princípio da eventualidade aplicado à contestação (excepcionado pelo art. 303 do CPC).

²¹⁰ BOL. AASP 1016/100, RJTJESP 108/204, JTA 90/186.

²¹¹ Como defende JOSÉ ROBERTO BEDAQUE (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 113).

²¹² Lembrada por EVERARDO DE SOUZA (*Do princípio da eventualidade...*, cit., p. 105).

7.10.2 Princípio da eventualidade e provas

Questão de relevo reside em saber se o princípio da eventualidade também alcançaria a *dedução de meios probatórios a serem produzidos pela parte para sustentar suas alegações*. Pode-se dizer que a maioria dos autores repele tal conceituação,²¹³ mas, para os nossos objetivos, parece mais adequado englobar na noção de “meios de ataque e defesa”, sobre a qual se apóia a idéia de regra da eventualidade, o requerimento de produção da prova.²¹⁴

Para entender tal idéia, é preciso distinguir, primeiramente, que a produção da prova compreende o seu *requerimento* por parte do litigante interessado, o seu *deferimento* pela autoridade jurisdicional e sua posterior *produção*. É nessa primeira fase que toca a questão colocada, ou seja, qual é o *momento* em que a parte deve fazer o requerimento das provas que pretende produzir, e se a sua omissão implica ou não *preclusão*.

Pela literalidade do disposto nos arts. 282, VI, 300 e 396 do CPC, a resposta seria simples: as partes sujeitam-se à preclusão se não especificarem as provas que pretendem produzir na peça inicial e na contestação, respectivamente. E há muitos julgados aplicando referidas normas com esse rigor (ignorando se o juiz determinou que as partes especificassem provas antes de proceder ao saneamento do processo,²¹⁵ e inclusive inadmitindo o “protesto por todos os meios de prova em direito admitidos, tão comum no cotidiano forense”).²¹⁶

Mas, há muito, percebe-se uma alteração no rumo da jurisprudência, admitindo-se amplamente o tal “protesto geral” por provas,²¹⁷ e mesmo aceitando-se a produção da prova pelo autor que omitiu pedido nesse sentido na peça inicial.²¹⁸ Visto que se admite o pedido genérico por provas, feito na inicial, ao longo do

²¹³ Confira-se, com farta referência doutrinária, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 12 ss).

²¹⁴ Assim defende, e. g., na doutrina estrangeira, GIANFRANCO RICCI (*Individuazione o sostanziazione...*, cit., p. 1240) e, entre nós, EVERARDO DE SOUZA (*Do princípio da eventualidade...*, cit., p. 109).

²¹⁵ RJTJESP 123/204.

²¹⁶ RT 515/103.

²¹⁷ Especialmente na petição inicial admite-se o protesto geral, seja por se tratar de fórmula usual no dia-a-dia forense, seja porque ao formular a demanda o autor não tem como saber quais fatos restarão controvertidos, e como se dará a controvérsia, de modo que não é razoável exigir que ele precise os meios de prova necessários (isso seria exercício de futurologia). Nesse sentido, RTJ 106/157 e RT 580/260. Assim, é no processo italiano, após a reforma de 1990, como leciona CAVALLARI (*Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 906), afirmando a idéia de que só se operaria a preclusão quanto à indicação dos meios de prova depois que estivesse fixado o *thema decinendum* e o *thema probandum*.

²¹⁸ RT 495/83 e RP 5/295.

tempo consolidou-se a prática de o juiz determinar às partes que *especificassem* as provas que *realmente* pretendem produzir, inclusive justificando sua pertinência.²¹⁹ Assim, à falta dessa especificação, o “protesto geral” feito na fase postulatória não poderia surtir efeitos.²²⁰

No tocante ao requerimento para produção da prova documental, a questão ganha contornos um pouco diversos, em função do fato de que não se bifurcam os momentos de seu *requerimento* e *produção*, bem como em função do que dispõem os arts. 283, 396 e 397, todos do CPC.

O art. 283 do CPC, a rigor, determina que venham com a inicial os *documentos indispensáveis* à propositura da ação. Afora as dúvidas do que sejam *documentos indispensáveis à propositura da ação* – que, segundo os objetivos deste trabalho, não nos interessam –, a rigor a conjugação dos arts. 396 e 397 do CPC indica que o único momento de produção da prova documental seria a petição inicial (para o autor) e a contestação (para o réu). E, segundo essa interpretação, ficaria então a salvo da *preclusão* apenas o direito da parte em juntar posteriormente aqueles documentos que forem *novos* (se traçarmos um paralelo com o art. 485, VII, do CPC, seriam aqueles que não existiam ao momento da propositura da ação, ou aqueles que, embora existissem, estavam indisponíveis à parte), ou destinados a provar fatos ocorridos posteriormente à petição inicial ou contestação, ou ainda para se contraporem a alegações ou documentos da parte adversa.

Mas o que se verifica é que a jurisprudência²²¹ há algum tempo, flexibiliza a interpretação dessas regras, franqueando à parte amplo direito de juntar documentos a qualquer momento, inclusive em fase recursal.²²² Talvez essa flexibilidade decorra do fato de que a produção da prova documental causa pouco embaraço ao desenvolvimento do processo²²³ (apenas a necessária abertura de vista do do-

²¹⁹ Parece-nos, realmente, natural que haja tal manifestação, pois, como vimos, principalmente o autor, mas em menor medida também o réu, não tem condições de dizer *exatamente* que provas serão necessárias para confirmar suas alegações no momento de formulação da petição inicial e contestação, respectivamente. Discordamos, apenas, da *forma* como essa oportunidade é dada aos litigantes, já que pela letra do *caput* do art. 331, tal manifestação dos litigantes deveria ser feita oralmente, em audiência preliminar, e não por escrito.

²²⁰ A tese ecoou no extinto 2º TAC/SP, conforme julgado assim ementado: “Prova – Produção – Prazo para especificação decorrido in albis – Preclusão – Protesto genérico por provas – Inadmissibilidade. Nos termos do § 2º do art. 331 do Código de Processo Civil, apesar de protestarem genericamente em suas manifestações, as partes, no momento em que indaga o juiz, devem especificar com justificativas quais provas serão produzidas, sob pena de preclusão” (10ª Câmara, AI 793.747-00/4, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 06.08.2003).

²²¹ RT 400/426; 401/241.

²²² RT 484/93.

²²³ FABIO MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 156) anota que esse seria um dos argumentos a embasar a jurisprudência italiana no processo do trabalho que também flexibiliza a regra preclu-

imento juntado à parte adversa, nos termos do art. 398 do CPC, pode ocasionar algum atraso, o qual, contudo, não é comparável ao atraso que a oitiva de uma testemunha ou a realização de uma perícia poderiam causar).

No sumário, a questão da preclusão quanto aos requerimentos de produção de prova é um pouco diferente, haja vista que os arts. 276 e 278 impõem respectivamente a autor e réu o *ônus* de requerer na inicial e contestação produção de prova testemunhal e de perícia, indicando, se o caso, rol de testemunhas, quesitos e assistente técnico. Nesses casos, a jurisprudência é bem mais rígida na aplicação da preclusão.²²⁴

Assim, como se vê, também os poderes de requerer produção de provas estão sujeitos à preclusão se não forem exercitados, respectivamente, na inicial e na contestação, em que pese o fato de a jurisprudência vir se mostrando cada mais flexível quanto à aplicação de tal efeito preclusivo. Isso justifica nossa opção pelo conceito mais amplo de princípio da eventualidade, para englobar os requerimentos de provas.

De outra parte, muito embora a questão da *produção* da prova refuja da órbita do princípio da eventualidade, cabe aqui, por uma questão de coordenação lógica com o que já foi exposto, fazer breves considerações a respeito.

Pois bem. Há também aplicação do princípio da preclusão no momento de *produção* da prova, como regra geral do processo que é. Ou seja: se a parte tinha determinado prazo para arrolar testemunha, cuja oitiva foi deferida, mas não o fez, sujeita-se à preclusão. Se a parte requereu produção de prova pericial, mas não adiantou as despesas necessárias, também perderá o direito a ela.²²⁵

Todavia, também com respeito à produção de outros meios de prova que não a documental, a tendência é um *afrouxamento* do regime preclusivo, seja quanto a *testemunhas*,²²⁶ seja quanto à *perícia*.²²⁷

siva incidente sobre o direito das partes em juntar novos documentos.

²²⁴ Quanto à preclusão para o autor que não arrolou testemunhas na inicial: RT 481/82, RJTJESP 39/61, 63/136; JTJ 155/117; JTA 62/282, 65/234, 69/223, 90/348; quanto à preclusão para o réu que não pediu perícia na contestação: RT 502/933, RJTJESP 45/158, Bol. AASP 960/730.

²²⁵ Cf., dentre outros, ARAÚJO CINTRA (Abandono da causa no novo Código de Processo Civil, *Revista Forense*, nº 254, p. 172).

²²⁶ JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 52) cita acórdão (RT 424/179) que admitiu que, na hipótese de redesignação de audiência de instrução e julgamento, a parte poderia arrolar testemunhas, mesmo que não o tivesse feito antes da designação da primeira data. Há julgado do extinto 2º TAC/SP publicado em RT 746/290 que entendeu admissível a oitiva de testemunhas cujo rol foi apresentado a destempo, pois eram indispensáveis para a instrução da causa.

²²⁷ Em THEOTONIO NEGRÃO (*Código...*, cit., p. 451, nota 3 ao art. 421, § 1º), trazendo inúmeros acórdãos (vários do STJ) que afirmam que o prazo para a parte indicar assistente técnico e formular quesitos não seria preclusivo. Ainda no terreno da prova pericial, já se assentou que o prazo para

É de notar que essa flexibilização de interpretação, seja quanto à preclusão do poder de juntar ao processo prova documental (conforme sinalizado acima), ou da produção de outros meios de prova, decorre de dois fatos.

O primeiro deles reside na *natureza dinâmica e dialética da postulação e instrução da causa*. Assim, se, ao formular a inicial, o autor tem elementos para crer ser desnecessária a prova pericial, e não a requer, e a contestação acarreta a necessidade de sua realização, o ordenamento não pode impedir que o autor requeira a perícia no momento em que a necessidade dela surja.²²⁸

Esse entendimento deflui naturalmente se considerarmos a garantia constitucional de amplitude da produção probatória, como ínsita ao devido processo constitucional.²²⁹ Essa solução se extrai também à vista da garantia constitucional ao contraditório, de maneira que, do mesmo modo que o art. 397 do CPC permite juntada de um novo documento para contraposição a fato alegado pela parte adversa, também é plenamente justificável a possibilidade de requerimento de perícia por uma das partes após a adversária ter alegado algum fato que desse ensejo a essa modalidade de prova.²³⁰ Assim, sempre há a possibilidade de interpretar favoravelmente à parte as normas concernentes à preclusão do direito de pedir produção de provas.

O segundo motivo a justificar a corrente jurisprudencial que atenua os rigores preclusivos quanto ao exercício dos poderes das partes em requerer a produção da prova (muito embora isso não fique totalmente claro na leitura dos julgados referidos) funda-se, sobretudo, na idéia de que, se o juiz tem reconhecidos seus *poderes(-deveres) instrutórios*, a aplicação restritiva do regime legal de preclusões retirar-lhe-ia elementos probatórios necessários ao correto julgamento da lide.²³¹ Dessarte, independentemente dos ônus e cargas processuais a que se sujeitam as partes, vários dispositivos do Código (em especial o art. 130) dão ao juiz o poder de, *ex officio*, determinar a colheita de provas.

recolher os honorários do perito não seria preclusivo (1ª TACIVIL – 4ª CâM.; AI nº 1.055.170-3-SP; Rel. Juiz Gomes Corrêa; j. 7-11-2001; BAASP 2292/634-e, de 2-12-2002).

²²⁸ Conforme também entendeu GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 18).

²²⁹ Cf. BEDAQUE (Garantia de amplitude de produção probatória, *Garantias constitucionais do processo*, p. 158-189).

²³⁰ A idéia de que a postulação e a instrução têm natureza dialética e, portanto, dinâmica inspira uma flexibilização que o processo civil italiano traz ao princípio da eventualidade, permitindo a formulação dos pedidos de provas à vista das alegações da parte adversa, conforme observa GIANFRANCO RICCI (*Individuazione o sostanziazione...*, cit., p. 1242).

²³¹ Nesse sentido CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., t. 3, p. 127) e JOÃO BATISTA LOPES (*Breves considerações...*, cit., p. 51).

Ou seja, apesar de todo o temperamento que a interpretação dos poderes das partes à luz das garantias constitucionais pode trazer, as partes ainda têm ônus no que toca à prova e, conseqüentemente, estão sujeitas à preclusão. Mas isso não significa que o juiz perca o poder de, de ofício, deferir a produção de outros meios de prova, mesmo que requeridos a destempo, bem como acolher elementos probatórios que venham aos autos fora do prazo ou em desacordo com as formalidades legais. Novamente aqui se pode visualizar como são diferentes as posições das partes e do juiz na relação jurídica processual.²³²

Enfim, o modo de entender por que o princípio da eventualidade é muito rigoroso quanto à articulação da demanda e da defesa, e bem flexibilizado quanto ao requerimento de produção de provas, é ter presente o disposto no art. 262 do CPC que consagra a idéia de que o juiz é inerte para dar início ao processo (que exige das partes a provocação) e para conhecer dos fatos da causa (que devem ser aportados pelas partes, exceto em determinadas hipóteses), mas depois que o processo é instaurado, a direção e impulso lhe incumbem (é o que dizem, também, os arts. 125, II, e 130, ambos do CPC).

7.10.3 Críticas ao princípio da eventualidade

O princípio da eventualidade não raro é criticado, justamente por seu papel decisivo na formatação do nosso sistema processual como *rígido*.

As principais críticas dirigidas ao princípio da eventualidade dizem respeito ao fato de que sua instituição dá margem à multiplicação de processos versando a mesma lide e ao inchaço das peças iniciais e contestações com matérias que forçosamente são alegadas apenas em observância à concentração da defesa, sem que fossem realmente relevantes para o deslinde do processo.²³³

Diz-se, também, que em causas muito complexas seria exigir demais dos litigantes que tivessem absoluta certeza, de antemão, de todas as matérias de ataque e de defesa que deveriam utilizar, o que só ocorreria à vista do resultado da prova.²³⁴

²³² Nessa mesma esteira, poderia se cogitar da possibilidade de a parte arrolar testemunha para audiência de instrução, mesmo que tenha em momento antecedente pugnado pelo julgamento antecipado da lide. Nesse caso, a oitiva da testemunha se dá por *determinação do juiz*, exercitando seus poderes instrutórios, ignorando-se a preclusão lógica.

²³³ Vide, a propósito, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 192 ss).

²³⁴ Nesse sentido, RUI PORTANOVA (*Princípios do processo civil*, p. 129), que acrescenta: “a exigência despreza as hipóteses, muito freqüentes, de causas bastante complexas, nas quais possa ser necessária uma troca ulterior de alegações. A par disso, é uma solução simplista que supõe erradamente que a parte ou seu patrono sempre podem ter formado um juízo definitivo sobre a causa, sobre a importância e influência das várias questões, sobre a necessidade de tais ou quais meios de provas”.

Além disso, as partes podem se prejudicar de maneira muito severa pela perda de um prazo (para contestar, por exemplo), o que poderia representar uma limitação exagerada ao exercício do direito constitucional de defender-se em juízo.²³⁵

Por outro lado, critica-se o regime oposto – da liberdade de deduções das partes no processo – justamente porque dá azo a retrocessos e demora na marcha do processo,²³⁶ o que interessa particularmente ao litigante que sabe não ter razão, e que, imbuído de má-fé, usa dos direitos assegurados pela lei para procrastinar ao máximo a conclusão da instrução e o proferimento de uma decisão final.

Isso sem falar no fato de que supostamente os litigantes guardariam seus melhores argumentos para o final, fazendo com que os juízes desperdiçassem tempo enfrentando matérias que têm menor importância para o deslinde da causa.²³⁷

Por derradeiro, podemos ainda observar que, em um procedimento marcado pela liberdade dada às partes quanto à dedução de suas matérias de ataque e de defesa, é mais difícil introduzir norma que permita ao juiz julgar antecipadamente o mérito da demanda, haja vista que as partes têm domínio sobre o impulso processual.²³⁸

A discussão em torno do problema é bastante espinhosa e atormenta os processualistas do Brasil e de outros países.

Na Itália, por exemplo, muito se questionou em torno das vantagens e desvantagens do princípio da eventualidade, sobretudo nos primeiros dez anos de vigência do Código de 1940, e após o advento da *Novella* de 1990.

Conforme vimos acima (item 3.2, *supra*), o Código de Processo Civil italiano, em sua redação original de 1940, estabelecia um regime de *preclusões elásticas* (adotava-se, com alguns temperamentos, o princípio da eventualidade, deixando a cargo do juiz instrutor abrandá-lo quando entendesse conveniente). Quebrava-se, assim, o regime de ampla liberdade que o Código de Processo Civil Peninsular de 1865 previa.

Na doutrina estrangeira, ressaltando muitas vezes a dificuldade do autor em seguir à risca o princípio da eventualidade, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 19).

²³⁵ SERGIO MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, p. 13) chega a cogitar que as severas restrições à articulação da defesa pelo réu poderiam implicar uma violação do princípio da paridade de armas, já que o autor teria longo tempo para preparar seus meios de ataque, ao passo que o réu se vê constrangido a alegar concentradamente toda a sua defesa, em prazo exíguo, sob pena de preclusão.

²³⁶ Cf., dentre outros, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 2).

²³⁷ Esse aspecto é ressaltado na *Relazione Grandi* (ou a Exposição de Motivos do CPC italiano de 1940) para justificar a instituição, naquele diploma, do princípio da eventualidade.

²³⁸ Conforme teremos oportunidade de analisar, mais amplamente, adiante (item 10.2, *infra*).

CALAMANDREI,²³⁹ escrevendo logo após a entrada em vigor do Código italiano, fez completa análise dos dois pontos de vista, ressaltando as vantagens da novel sistemática, pelo equilíbrio com que lidou com as exigências contrastantes que cada um dos sistemas acolhe: vedou-se a chicana, mas deu-se poder ao juiz para, quando conveniente, atenuar as preclusões.

Esse sistema viveu por pouco tempo, pois logo em 1950 o *Codice* sofreria sua primeira *Novella*, a qual, nas palavras de SERGIO LA CHINA, “marcou justamente a inversão da tendência verificada na impositação original de 1940. Isso ocorreu precisamente porque se considerava sacrificada a plenitude dos direitos da parte, sobretudo dos direitos de defesa, pela necessidade de concentrar, no início, argumentos, pedidos e provas, e se queria, ao invés, deixar um espaço mais amplo para estas atividades no curso do processo”.²⁴⁰

Assim, voltou-se a adotar o sistema anterior, de liberdade das partes. Muito embora o Código continuasse a prever a concentração da demanda e da defesa, não estabelecia a regra da *preclusão*, de tal sorte que, na prática, o regime era de plena flexibilidade.

Depois, em 1973, operou-se, quanto ao processo do trabalho, nova reforma, apertando o regime de preclusões, e, ao cabo dessa alteração legislativa, o sistema processual italiano passou a contar com dois sistemas: um rígido, para as causas trabalhistas, outro flexível, para as causas cíveis em geral.

Ao longo do tempo, contudo, as desvantagens do regime de ampla liberdade começaram a, novamente, brotar e tornarem-se um grave inconveniente para a celeridade processual nas causas cíveis.²⁴¹

Acabou-se, então, na *Novella* de 1990, por incorporar ao processo civil de cognição aquelas mesmas conquistas a que o processo do trabalho chegara em termos de celeridade e objetividade. Institui-se, então, a “pena di decadenza” à parte que deixasse de observar o ônus da concentração.²⁴² Excetuavam-se, como já vimos,

²³⁹ *Institutiones...*, cit., v. 1, p. 317.

²⁴⁰ *Diritto processuale civile: la novella del 1990*, p. 3, em tradução livre.

²⁴¹ Novamente, o testemunho de SERGIO LA CHINA é emblemático: “Ma anche questa nuova impositazione generò, seppure a tempi più lunghi, una reazione contraria. Il processo civile di cognizione si andava dilungando attraverso una serie di udienze di numero imprevedibile: poteva accadere ed accadeva che indifferentemente alla sesta, alla settima, all’ottava, all’undicesima udienza una parte producesse un nuovo documento, formulasse una nuova eccezione, offrisse una nuova prova costringendo l’altra parte – per il principio del contraddittorio – a chiedere termine per esaminare ciò che veniva prospettato od offerto a replicare, al che poteva seguire una contro-replica dall’altra parte, e così via [...]” (*ibidem*, p. 3).

²⁴² Cf. COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 283).

os pedidos de provas, os quais poderiam ser formulados por uma parte apenas à vista das alegações da outra.²⁴³

Em 1995, finalmente, deu-se uma nova (embora mais modesta) contra-reforma, com a alteração do art. 167, 2ª comma, mencionada acima (item 3.2, *supra*), mitigando a preclusão para o réu quanto aos poderes atinentes à formulação da defesa.

Em Portugal, ao contrário, seguiu-se caminho inverso: a reforma operada em 1995-1996 atenuou o regime de eventualidade vigente desde 1939, de maneira a dar maior liberdade às partes (vide item 3.5, *supra*).

Enfim, como se vê, enquanto há países que promovem mudanças que instituíram a eventualidade com vistas a acelerar os processos (como na Itália, pela *Novella* de 1990), outros lutam contra a rigidez preclusiva, atenuando a aplicação do princípio da eventualidade e pretendendo uma melhora na prestação jurisdicional (como em Portugal, consoante as profundas reformas operadas também na década de 90).

Em verdade, como analisa ALVARO DE OLIVEIRA,²⁴⁴ “a concentração dos atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo”.

Assim, parece claro que a solução do problema emerge de um meio-termo entre o rigor estrito e a absoluta elasticidade.

Se analisarmos alguns sistemas processuais europeus atualmente vigentes, veremos que esse é o caminho que vem sendo adotado, já que o princípio da eventualidade, embora presente, passa a ostentar alguns temperamentos. Assim se viu na Alemanha (em que o § 296 da ZPO permite ao juiz aceitar alegações tardias se não houver risco de atraso na marcha do processo), Itália (cujo art. 167, 2ª comma, com redação dada pela Lei nº 534/1995, afrouxou a regra da eventualidade para o réu, e, de uma forma geral, novas alegações podem ser aceitas, por exemplo, se a versão fática e as provas apresentadas pelo réu exigem resposta do autor) e Portugal (em cujo processo se permite aportar matéria de fato com muito maior liberdade, bem como alterar pedido e causa de pedir em diversas situações).

GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA²⁴⁵ também prega a adoção de um meio-termo entre o princípio da eventualidade totalmente rígido que nosso Código apresenta e o regime de elasticidade que havia em Códigos europeus do século XIX.

²⁴³ GIANFRANCO RICCI (Individuazione o sostanziazione..., cit., p. 1242).

²⁴⁴ *Do formalismo...*, cit., p. 173.

²⁴⁵ *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 196 ss.

O autor sugere – com base em uma interpretação constitucional das garantias ao contraditório e à ampla defesa, que, à vista do resultado da prova, possam as partes apresentar novos pedidos e exceções e formular novas alegações de fato. O referido monografista alvitra ainda que não se deve declarar a nulidade de atos processuais que violaram regras atinentes à eventualidade, se o contraditório foi respeitado (aí incluindo-se a sentença *ultra* ou *extra petita*). O autor também defende que o Código de Processo Civil deveria conter norma semelhante à do art. 384 do CPP (que permite a *mutatio libeli*) e regras que facultassem a alteração do pedido e da causa de pedir pelo autor até a audiência preliminar (art. 331 do CPC) ou mediante consenso das partes, mesmo após o saneamento do processo (eliminando-se o contido no art. 264, parágrafo único, do CPC).

De nossa parte, parece temerário renunciar, pura e simplesmente e para a generalidade dos casos, às benesses advindas do princípio da eventualidade em termos de rapidez e objetividade, apesar de convirmos que o nosso regime é por demais fechado. Uma possível solução para esse impasse é dotar o juiz de poderes para desconsiderar fundamentadamente o princípio da eventualidade quando militarem justas razões para tanto e/ou quando não houver risco de atraso significativo no curso do processo.

Seria uma pequena válvula de escape que poderia atenuar o excessivo rigor com que nosso sistema foi construído e possibilitar alguns dos temperamentos propostos por GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA. Não podemos crer na concessão, pura e simples, de direitos à parte de modificar suas pretensões após a colheita da prova, mas sim à outorga, ao juiz, de poderes para aceitá-las, se for o caso. De resto, o adequado manejo do art. 462 do CPC pode dotar o magistrado de vastos poderes para atender à natureza dinâmica dos fatos e da instrução probatória e atenuar o princípio da eventualidade.²⁴⁶

7.11 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais

Feitas essas considerações, resta-nos finalmente enfrentar a tormentosa questão: qual a natureza jurídica da preclusão que recai sobre os ônus das partes?

²⁴⁶ CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1421) observa que a jurisprudência limita a atuação do art. 462 apenas para os casos em que o fato superveniente não altera a causa de pedir e para os casos em que o fato realmente aconteceu depois da propositura da ação, e não simplesmente se era ele desconhecido pelas partes antes do aforamento da demanda.

Muitos dizem tratar-se de *fato processual*,²⁴⁷ outros preferem falar em *princípio*²⁴⁸ (ou *princípio informativo do processo*),²⁴⁹ ou ainda em *sanção*.²⁵⁰

Podemos descartar, logo de início, ser fato processual. Como se sabe, os fatos jurídicos são aqueles acontecimentos no mundo concreto que produzem efeitos no processo (se forem fatos naturais, são denominados *fatos jurídicos "stricto sensu"*; se ao contrário contarem com a participação humana, recebem a denominação de *atos jurídicos*). Ora, como vimos, a preclusão é *conseqüência jurídica* que a lei processual atribui, ou a um *fato jurídico "stricto sensu"*, como o transecurso do tempo (*preclusão temporal*), ou a atos da parte (*atos jurídicos*), como a realização de atividade incompatível com outra futura (*preclusão lógica*).²⁵¹

A preclusão, em si, não é *fato jurídico*, nem mesmo *processual*, pois não se trata de acontecimento do mundo real verificado no processo e com conseqüências jurídicas sobre ele projetadas, mas sim a *própria conseqüência jurídica* atribuída pela lei a um determinado *fato* ou *ato processual*.²⁵²

Também não podemos acolher a concepção de que a preclusão é sanção, ainda que com a ressalva de JOÃO BATISTA LOPES de que "[n]ão se trata, porém, segundo pensamos, de penalidade ou sanção em sentido próprio, mas *sui generis*, porque não acarreta inexoravelmente a perda do direito. A penalidade ínsita à preclusão é mais restrita, por isso que apenas obsta que a parte omissa pratique a destempe o ato processual pretendido". Com efeito, e como pretendemos repisar desde o início, a preclusão liga-se visceralmente à idéia de *ônus*, no sentido de que o seu inadimplemento acarreta conseqüências negativas ao agente omissor não porque

²⁴⁷ Na doutrina estrangeira, GUARNIERI (*Preclusionione (processuale penale)*, cit., p. 572) e RICCIO (*La preclusionione processuale penale*, p. 15 ss) chegam à conclusão de que a *preclusão* é um *fato jurídico secundário*, pois não extingue todo o processo, mas põe fim a um das faculdades que nele podem ser exercidas. MAURÍCIO GIANNICO (*A preclusão...*, cit., p. 78) entende ser a preclusão *fato jurídico*, ainda que decorrente de outro *fato jurídico* anterior.

²⁴⁸ V. g., SERGIO COSTA (*Manuale...*, cit., p. 259); TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 14), MARELLI (*La trattazione della causa*, cit., p. 15 ss), COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 182) e VALLINES GARCIA (*La preclusión...*, cit., p. 33), dentre outros.

²⁴⁹ Na doutrina estrangeira, JOSÉ ALMAGRO NOSETE (*Derecho procesal*, t. 1, v. 1, p. 324) e, dentre nós, ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 1, p. 285-286).

²⁵⁰ Principalmente JOÃO BATISTA LOPES (*Breves considerações...*, cit., p. 47) e ainda os autores referidos no Capítulo 6, *supra*.

²⁵¹ Em sentido análogo, MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 145).

²⁵² SALVATORE SAIITA (*Diritto processuale civile*, p. 239) nega se possa falar de verdadeiro "effetto di preclusionione", já que "la preclusionione è un effetto in se stessa". Em sentido assemelhado, entre nós, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 299), para quem "parece-nos que a impossibilidade da prática do ato não é efeito da preclusão (que seria o fato gerador dessa conseqüência), mas é a própria preclusão". MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 144-145) compartilha da mesma opinião, invocando lição de CARNELUTTI em seu abono, e acrescentando que "a preclusão não é um ato; não é, pois *praticável*; só pode acontecer como resultado".

a ordem jurídica esperava o comportamento ativo, mas porque o sujeita à disposição do interessado. A rigor, a ordem jurídica não espera comportamento algum: simplesmente deixa o exercício de determinado direito à disposição da parte, de modo que ela pode exercê-lo (gozando, se assim proceder, da posição de vantagem dela decorrente), ou deixar de fazê-lo (suportando, com isso, as conseqüências de sua omissão).

Eliminadas as alternativas menos adequadas, podemos afirmar tratar-se, ao mesmo tempo, de um *princípio*, de um *instituto* e de uma *técnica processual*.

Trata-se de um princípio, porque, como observa MARELLI, seria, ao mesmo tempo, um cânone do processo (sobre o qual se assenta o desenvolvimento do rito), e uma exigência genérica, inerente a qualquer processo.²⁵³ Cuida-se, igualmente, de um instituto processual, pois apresenta contornos próprios e seu estudo e aplicação podem ser entabulados dentro de rigores científicos, de modo a diferenciá-los de outros institutos, como a decadência, a prescrição ou a nulidade processual. Finalmente, trata-se também de uma técnica, pela qual o legislador confere ao processo maior racionalidade e impede as partes de fazer do processo "coisa privada", exigindo que seus direitos processuais sejam exercidos dentro dos parâmetros da lei processual, sob pena de serem reputados ineficazes.

²⁵³ *La trattazione della causa...*, cit., p. 16-17.

Preclusão sobre Questões Resolvidas no Curso do Processo

8.1 Limitações quanto ao exercício da atividade decisória do juiz

8.1.1 Considerações iniciais

Parece-nos perfeitamente válido, para tratar da preclusão sobre questões incidentais, também partir do estudo das *limitações* impostas aos sujeitos do processo.

Pois bem. Assim como as partes estão sujeitas à *tipicidade dos atos* processuais, o juiz também o está. Todavia, em razão da diferença de posições jurídicas que umas e outro assumem no processo, a finalidade da imposição de tais modelos é absolutamente diversa.

Conforme o esposado acima, enquanto a tipicidade dos atos praticados pelo juiz é decorrência da cláusula constitucional do *devido processo legal*, e se revela elemento de *segurança jurídica* para os jurisdicionados, a tipicidade imposta aos atos praticados pelas partes atende apenas *mediatamente* a essas mesmas exigências, e *imediatamente* ao interesse particular destas.¹

Assim já tivemos oportunidade de concluir em estudo anterior:² “A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no plano da eficácia. Diferentemente sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade”. A inadequação do ato judicial quanto a qualquer dos aspectos da forma já delineados, ou com respeito aos vícios de fundo referidos acima,³ importa em nulidade.

Também nessa sua segunda acepção, a preclusão assume o caráter de fenômeno processual que impõe limitações ao exercício de poderes dentro do processo, nesse caso, os poderes decisórios do juiz. Quando REMO PANNAIN afirmou que “as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte de seus sujeitos”⁴ não se referiu, a nosso ver coberto de razão, apenas às partes, mas também ao juiz. Definir qual seria essa limitação, seus efeitos e fundamentos é justamente o foco de nossa atenção neste capítulo.

Para tanto, partimos da idéia corrente de que, quando determinada decisão incidental resta irrecorrida, sobre ela recai uma *preclusão*, que nada mais é do que um fenômeno de *caráter limitativo*, tanto para as partes quanto para o juiz: as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de redecidi-la. Esse enunciado é irremediavelmente impregnado do senso comum.

Quanto ao primeiro aspecto, podemos enquadrar essa limitação dentro daquelas traçadas, para as partes, nos itens 6.2.1 e 7.2, *supra*, isto é, o impedimento da parte em discutir questão já resolvida fora dos permissivos legais expressos é fenômeno que decorre das regras sobre as quais se assenta a preclusão de direitos processuais. Senão, vejamos.

Diante da sucumbência emergente de uma decisão interlocutória, a parte interessada deve valer-se do recurso de agravo e, se assim não proceder e procurar discuti-la de outra forma (por exemplo, apresentando um pedido de reconsideração sem forma ou figura de juízo como sói ocorrer no dia-a-dia forense), praticará ato formalmente inadequado como entende a doutrina tradicional.⁵ Trata-se de uma inadequação quanto à *forma* (*em sentido estrito*), porque, apesar de essa figura ser comum na prática do foro, nosso ordenamento processual não a prevê;

² Contribuição ao estudo da teoria das nulidades, cit., p. 18.

³ Itens 7.3 e 7.4, *supra*.

⁴ *Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 469-470, por nós traduzido.

⁵ Reportando-se ao processo civil alemão, SCHÖNKE (*Direito processual civil*, cit., p. 343) chega à mesma conclusão: “estando vinculado o Tribunal à resolução editada anteriormente, toda alegação das partes feita posteriormente com respeito à questão resolvida, é inadmissível e deve rejeitar-se”.

¹ Item 6.2.1, *supra*.

ao contrário, lhe é infensa.⁶ Em suma, o pedido de reapreciação de questão já preclusa é *inadmissível* e, portanto, via de regra, *ineficaz*.⁷

Assim, podemos afirmar que a preclusão de *questões* é fenômeno que atinge as partes como *extensão* da preclusão de um *ônus processual*: o único modo de a parte discutir uma questão incidental é pela via do agravo: se não o interpuser regular e oportunamente, e pretender fazê-lo de outro modo, tal ato não produzirá os efeitos por ela pretendidos. Assim, depois que se escoar o prazo para agravo, não pode mais a parte pretender discutir a decisão.

Entretanto, o fato de a parte perder o direito de rediscutir o que já tiver sido decidido *não significa que o próprio julgador fique impedido de revê-la de ofício*. Trata-se de duas esferas diferentes (a das partes e a do juiz), as quais, justamente porque informadas por princípios diversos (vide Capítulo 6, *supra*), não estão necessariamente coordenadas por laços de causa e efeito. Sobre esse particular aspecto, voltaremos nossos olhos com mais vagar adiante (vide Capítulo 9, *infra*).

Por ora, cabe-nos analisar a limitação que a *preclusão* sobre questões exerce sobre o próprio juiz prolator da decisão a respeito, *impedindo-o de rever suas próprias decisões, fora dos casos de retratação previstos na lei e sujeitos à provocação do interessado*. O ângulo aqui é aquele do julgador, desconsiderando-se as partes.

⁶ Assim, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 296) refere-se ao expediente aludido nos seguintes termos: "Trata-se de figura criada pela praxe forense, de que poucos autores se ocupam. Está-se, na verdade, diante de um expediente informal de impugnação às decisões do juiz, que, todavia, segundo pensamos, não pode ser pura e simplesmente ignorado pelo estuioso do processo, nem que seja para que, afinal, se chegue à conclusão de que se trata de prática absolutamente incompatível com o sistema processual vigente". Na mesma esteira, ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS (O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais, *Revista dos Tribunais*, nº 616, p. 17-25), para quem a admissão, na prática forense, desse expediente proibido em nosso ordenamento fere, inclusive, a garantia ao contraditório e o princípio de que, com a prolação da decisão, o ofício do magistrado se exaure no que toca à questão resolvida. Em sentido análogo, JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 34-35) que, contudo, admite a retratação quando houver manifesto lapso material, em atenção à economia processual. Trataremos dessa questão no item 8.6, *infra*.

⁷ Antes da reforma operada pela Lei nº 9.139/1995, era comum que pedidos de reconsideração fossem recebidos como *agravo*, quando o juiz não os acolhesse (cf., e. g., TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *O novo regime do agravo*, p. 296). E hoje ainda se poderia admitir tal hipótese, ainda que a despeito de pedido da parte, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, e a circunstância de que é insita ao regime do agravo a possibilidade de retratação do prolator da decisão recorrida. Para tanto, porém, seria logicamente necessário que o pedido de reconsideração fosse apresentado no decêndio posterior à intimação da decisão interlocutória (sob pena de inadmissibilidade por intempetividade), e, ademais, a modalidade recursal seria necessariamente a *retida*, pois a *de instrumento*, como é curial, é apresentada diretamente à instância *ad quem*.

8.1.2 A limitação consistente na impossibilidade de alterar ou revogar decisões proferidas

Como se passará a demonstrar, preclusão, em sua segunda acepção, é fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas, fora dos casos expressa e taxativamente previstos em lei.

Para entender essa segunda acepção de preclusão, pode-se recorrer à definição por exclusão, ou seja, delimitar em que casos essa preclusão não se aplica. Essas exceções alinham-se em duas categorias. A primeira traz as "brechas" dadas pela lei processual para que o juiz retrate-se de decisão anterior, *independentemente do seu conteúdo* (por ocasião da interposição do agravo, seja retido (como regra) seja de instrumento (como exceção), bem como da interposição de apelação contra sentença de indeferimento de inicial (consoante o art. 296 do CPC) e contra sentença "liminar" de improcedência da ação (conforme art. 285-A, § 1º do mesmo diploma, com redação dada pela Lei nº 11.276/2006), e finalmente quando recebe contra-razões de apelação, para rever o juízo de admissibilidade positivo do recurso, no esteio do art. 518, § 2º, renomeado pela Lei nº 11.277/2006). A segunda categoria traz as hipóteses em que o juiz pode retratar-se em razão do *conteúdo* da questão resolvida, não se sujeitando à forma específica, tampouco provocação direta do interessado (tratamos desses casos no item 8.5, *infra*).

Essa é a viga mestra dessa acepção da preclusão: o impedimento de reapreciação de questões já decididas e contra as quais não foi interposto o competente recurso. Se o juiz inobservar essa limitação e revogar ou modificar decisão anterior e não ser nos casos *supra*, é *inadequada* (se afasta do modelo legal) e, por isso, *nula*.⁸

O fundamento dessas normas não é outro senão a necessidade de segurança jurídica e de celeridade processual. Pode-se dizer, na esteira da generalidade da doutrina, que a exigência da preclusividade de questões incidentais é inerente à própria natureza do processo, como um conjunto encadeado de atos desenvolvidos sob o contraditório e programados para a busca da composição do litígio.⁹ Por isso se justifica uma limitação aos poderes do juiz, consistente em impedi-lo de modificar ou revogar decisões anteriores acerca das quais não houve recurso oportuno da parte interessada.

Entendemos, então, estar demonstrado que a preclusão de questões incidentais, que constitui o objeto deste capítulo, se refere à limitação dos poderes do

⁸ Aqui, a *preclusão* de questões foi *causa da nulidade* da decisão que revogou ou modificou decisão anterior já preclusa (tal como a *preclusão* de direitos processuais é *causa da inadmissibilidade*, conforme vimos no item 7.7, *supra*).

⁹ "se il giudice potesse, con o senza istanza di parte, revocare, riconoscendone la ingiustizia, la sua decisione, la lite finirebbe per riaccendersi e il fine del processo sarebbe frustrato" (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 278).

juiz em reapreciar questões incidentais já resolvidas e acerca das quais não houve recurso de agravo.

8.1.3 Impedimento de apreciação de questões não suscitadas pela parte e não decididas: fenômeno diverso da preclusão

Outro fenômeno, diverso desse que constitui objeto de estudo neste capítulo, é aquele que impede o juiz de analisar certa questão após determinada fase do processo porque a parte não a suscitou e, dessarte, não foi ela resolvida.

A confusão desses dois fenômenos deve-se a CHIOVENDA, que equiparou – a nosso ver, dessa vez, sem razão – a preclusão de uma questão decorrente da ausência de impugnação a uma decisão interlocutória àquela derivada da omissão na proposição de exceções na primeira fase do processo em relação à segunda.¹⁰ E, de uma forma geral, a doutrina brasileira não atentou para essa confusão.¹¹

Esse fenômeno e aquele da preclusão que recai sobre questões resolvidas têm fundamento comum, qual seja o de que os poderes decisórios do juiz ficam obstados pela falta de iniciativa da parte (no caso da preclusão, pela omissão da parte em recorrer da decisão incidental; no caso do segundo fenômeno mencionado, pela omissão da parte em suscitar determinada questão que não pode ser conhecida *ex officio*).

Em que pese essa semelhança, porém, esse segundo fenômeno não é, a rigor, uma preclusão dirigida aos poderes do juiz. Trata-se, apenas, do reflexo que a preclusão que fulmina um direito da parte traz à relação jurídica processual. Mas, para o juiz, não existe preclusão, pois preclusão pressupõe a existência de um direito, e se consubstancia no advento de um impedimento ao seu exercício. Nesse caso, o juiz não “perde” o poder de se manifestar sobre a determinada questão não pela parte, porque esse poder somente surge quando a questão é efetivamente proposta (antes disso, o ordenamento não dá ao juiz o poder de apreciar esse ponto).

Aliás, o próprio art. 128 do CPC impede o juiz de conhecer questões “não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Trata-se de norma que deixa o juiz privado de poder desde o início do processo, e seu comando não se condiciona à superação de qualquer fase processual. Basta que determinada matéria deva ser suscitada pela parte para que o juiz jamais possa abordá-la de ofício.

Assim, a questão, nessa hipótese, não pode se considerar preclusa para o juiz, justamente porque não proposta e não resolvida. Se a parte se vê impossibilita-

¹⁰ Cosa giudicata e preclusione, cit., p. 236-237.

¹¹ Veja-se, por exemplo, a lição de BARBOSA MOREIRA (O novo processo civil brasileiro, p. 54), para quem “o despacho saneador produz a preclusão [...] b) das questões não decididas – desde que antes suscetíveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia ao despacho saneador”.

da de suscitá-la (em razão da preclusão do seu direito processual pertinente), e o juiz não pode conhecê-la, isso não significa que haja uma preclusão para esse último, mas apenas que a lei veda sua iniciativa *ex officio*.¹² Ao contrário, se se tratar de uma questão que o juiz poderia conhecer de ofício, nada importa se a parte a propõe efetivamente ou não, pois o juiz permanece investido do poder-dever de enfrentá-la.¹³

É exatamente o que ocorre com as matérias arroladas no art. 301 do CPC. Enquanto seu *caput* impõe ao réu um ônus (ao dizer que lhe “compete” alegar na contestação a série de matérias enunciadas em seus incisos), o seu § 4º afirma que o juiz pode conhecer de várias delas de ofício, a despeito da omissão da parte. ARRUDA ALVIM lembra outro exemplo: “circunstância de se verificar preclusão para a parte – v. g., no que diz respeito à exceção de suspeição – impede que a mesma argua, como direito seu, tal fato. No entanto, o juiz, nesta hipótese, não é atingido por esta preclusão, curialmente, pois é seu dever, se o for, dar-se por suspeito”.¹⁴

Diferentemente, o fenômeno da preclusão sobre questões decididas está ligado à idéia de *estabilização* de uma decisão incidental que tenha sido efetivamente proferida (torna-se imutável e indiscutível aquele comando interlocutório). Esse segundo fenômeno é bem diverso, pois a questão que não entrou oportunamente na órbita de cognição judicial não mais o poderá ser e, para aquele processo, será totalmente irrelevante. Bem se vê, pois, a diferença de efeitos.

Nessa esteira, soam realmente estranhas algumas lições doutrinárias no sentido de que o juiz poderia pronunciar de ofício sua incompetência relativa logo que despachasse a petição inicial, mas não depois de citado o réu, em razão do fenômeno da preclusão.¹⁵ Além de ser equivocada, segundo cremos, o entendimento de que

¹² É nesse sentido que dispõe o art. 112 do CPC italiano a respeito, especificamente das exceções processuais “il giudice [...] non può pronunciare d'ufficio su eccezione che possono essere proposte soltanto dalle parti”. Ao analisar esse dispositivo processual, CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 12) observa justamente que “l'attualità del problema – perchè deve così qualificarsi – dell'eccezione rilevabile d'ufficio è data, ancora una volta, dalla necessità di interpretare sistematicamente la portata dell'art. 112, CPC, alla luce della essenza del concetto stesso di preclusione, vale a dire l'impedimento stabilito dal legislatore all'esercizio di un ben determinato potere processuale delle parti, ma non del giudice”. Parece, em nosso entender, que o mesmo princípio que inspira essa norma não valha apenas para as exceções, mas de uma forma geral para todas as situações em que o juiz não pode enfrentar determinada questão porque a parte, que tinha o ônus de propô-la, não o fez, não se podendo falar, por conseguinte, de *preclusão* para o juiz.

¹³ Como bem anota CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 12), o fato de a estrutura do processo estabelecer uma limitação ou impedimento aos poderes das partes não implica necessariamente cerceamento dos poderes do juiz.

¹⁴ *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 484.

¹⁵ Por exemplo, MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 181). Vide ainda farta referência doutrinária em DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 474 ss), especialmente a Súmula 28 do 1º TAC/SP.

a incompetência relativa possa ser pronunciada de ofício,¹⁶ é de se ver ainda que o juiz não poderia dispor sobre a competência relativa sem competente exceção ritual do réu, seja antes, seja depois de despachar a petição inicial.

Com efeito, se o juiz tem o poder-dever de definir determinada questão, não pode perdê-lo, independentemente do momento do processo. Se não o fez em determinado momento, pode fazê-lo depois. De outro lado, se o juiz não pode apreciar ponto sobre o que antes se omitiu é porque jamais poderia fazê-lo de ofício, e sem oportuna e regular provocação da parte.¹⁷ Ademais, pensar que o juiz teria o poder de resolver alguma questão até determinada fase do processo¹⁸ implica aceitar que o juiz estaria sujeito a *prazos processuais próprios* (dentro dos quais seu poder deve ser exercido, sob pena de se perder), o que é um absoluto contrasenso, como vimos acima.¹⁹

Aliás, é com base nessa premissa que deve ser interpretado o art. 114 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006, ou seja, o juiz pode reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão a qualquer momento, mesmo de ofício, não se cogitando da hipótese de perda desse poder-dever (com a decorrente prorrogação de competência) se não a pronunciar logo no início do processo. Até porque, segundo norma geral do Código Civil (art. 169) a nulidade "nem convalida pelo decurso do tempo".

Assim, bem entendido, o objeto deste capítulo, vale reiterar, é a preclusão que recai sobre questões efetivamente resolvidas pelo juiz, e não outras que, por não terem sido propostas, não puderam ser objeto de cognição judicial. Esse segundo fenômeno, por estar afeito à preclusão dos ônus das partes, não será tratado neste capítulo e o quanto foi dito no capítulo anterior parece plenamente suficiente para explicá-lo.

Antes de prosseguir, cabe, nessa esteira, breve esclarecimento de ordem terminológica. Justamente, em razão da distinção delineada no presente item (entre o que verdadeiramente se pode entender sobre *preclusão incidente sobre os poderes*

("Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa, desde que o faça em sua primeira intervenção no processo").

¹⁶ Como entende a jurisprudência predominante e que se acha, inclusive, pacificada na Súmula 33 do STJ.

¹⁷ Que questões seriam essas que podem ser conhecidas de ofício, e quais dependem de iniciativa da parte, veremos sucintamente, no item 8.5.

¹⁸ Como entende, dessa vez, segundo entendemos, sem razão, MONIZ DE ARAGÃO: "A preclusão não afeta somente a decisão de questões: alcança, igualmente, o exercício de poderes, independentemente de ter sido proferida alguma decisão. Para quem reconheça ao juiz a possibilidade de declarar a própria incompetência relativa, ocorrerá a preclusão se ele não a pronunciar ao despachar a petição inicial. Preclui para o juiz o poder de praticar certos atos (outros não) após haver proferido sentença (art. 463)" (Preclusão..., cit., p. 181).

¹⁹ Vide item 6.3, *supra*.

decisórios do juiz e a *ausência*, ab initio, de *poder decisório do juiz* que com a preclusão não se confunde) é que resolvemos intitular o presente capítulo "Preclusão sobre questões resolvidas no curso do processo" ao invés de "Preclusão dirigida à atividade decisória do juiz".

De fato, essa segunda expressão poderia conduzir o leitor a equívocos, passando a falsa impressão de que o capítulo englobaria os dois fenômenos agora por nós distinguidos.

Tal confusão é facilmente explicável à luz do conceito de *eficácia preclusiva da coisa julgada*, emergente do art. 474 do nosso CPC, o qual nos remete à idéia de impedimento para as partes e para o juiz de enfrentarem as questões *deduzidas e dedutíveis* no curso do processo encerrada por sentença passada em julgado materialmente.

Segundo entendemos, diante de uma sentença de mérito coberta pela coisa julgada, o juiz fica impedido de apreciar o *dedutível* não porque para ele tenha se operado propriamente uma preclusão do direito de, individualmente, tratar cada uma dessas questões. Apenas a lei processual, com o fito de assegurar a firmeza da coisa julgada material, retira do juiz a possibilidade de conhecer qualquer questão atinente àquele feito, mesmo que fosse cognoscível de ofício antes do trânsito em julgado.

Assim, apesar de a preclusão sobre questões incidentais não ser outra coisa senão *preclusão para o juiz*, preferimos deixar absolutamente indene de dúvidas a qual fenômeno nos referimos a partir de agora.

8.2 Objeto da preclusão sobre questões

8.2.1 Conceito de questão no processo civil

Conceito de suma importância para entender essa modalidade de preclusão é o de "questão" no processo civil. Tanto o art. 471 quanto o 473 do CPC (geralmente associados à idéia de preclusão como veremos adiante) lançam mão desse vocábulo, muito embora não o definam.

Com inspiração na doutrina de CARNELUTTI, a idéia de questão, razoavelmente assente na doutrina,²⁰ é a de que se trata de ponto *controvertido* de fato ou de

²⁰ Na Itália, confira-se a título de exemplo, DENTI (*Dall'azione al giudicato*, p. 48). Entre nós, CALMON DE PASSOS afirma nesse sentido que "As partes oferecem alegações sobre os fatos e sobre o direito. Quando essas alegações são conflitantes, temos as questões" (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 528-529). Na mesma esteira vem a lição de MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 172) e SÉRGIO GILBERTO PORTO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 206). Já OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro, Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*, p. 114) questiona o acerto desse conceito (acoimando-o de conter uma "imprecisão insuperável", tal como

direito (isto é, proposto por uma parte e rechaçada pela *ex adversa*), o qual deve ser solucionado pelo juiz, seja na sentença, seja no curso do processo. Semelhante definição é acolhida igualmente no processo civil da *common law*, sob a denominação *issue*, conforme vimos acima (item 3.7, *supra*).

Colocar-se-iam então, segundo essa concepção, dois requisitos para que se definisse o conceito de questão: primeiro, que tenha sido ela *proposta* por uma parte e, *segundo*, que tenha havido controvérsia entre ela e sua adversária. No entanto, a análise dos textos normativos e da realidade da aplicação do processo nos leva a observar que nenhum desses dois requisitos é indispensável para caracterização do conceito de *questão*.

Com efeito, quando pensamos em questões de cunho processual, emerge imediatamente a idéia de que o juiz conhece dessas matérias independentemente das partes terem-nas alegado. Realmente, imagine-se que uma das partes não tenha suscitado ao juiz a falta de algum dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto pela outra, ou a regularidade formal da petição inicial ou da representação processual de seu adversário: em todos esses casos, o juiz tem o poder(-dever) de apreciar tais questões.²¹

Além disso, colhem-se exemplos de determinadas exceções de mérito que podem ser conhecidas de ofício. Exemplos disso são a *decadência* e a *prescrição* (que podem ser reconhecidas de ofício,²² a teor do art. 295, IV, CPC e art. 219, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006, respectivamente, e que, uma vez acolhidas, importam na extinção do processo com resolução de mérito, *ex vi* do art. 269, V, do mesmo diploma).²³

o próprio conceito carneluttiano de *lide* ao qual nosso legislador se rendeu, como se verá adiante). Contudo, apesar de tal ponderável crítica, para os nossos propósitos, o conceito nos será útil, de tal modo que procuraremos analisá-lo criticamente a fim de extrair uma concepção mais ajustada a nosso sistema processual e afinada com os objetivos da tese.

²¹ Cf., v. g., DENTI (*Dall'azione al giudicato*, p. 49) e MONTERO AROCA E FLORS MATIES (*Los recursos en el procesi civil*, p. 5).

²² Problemas delicados – e que, já adiantamos, não pretendemos enfrentar – referem-se ao impacto do novo Código Civil sobre esses institutos, que tanto apresentam repercussão no processo. De fato, ao lado do aperfeiçoamento no trato da matéria (com a distinção clara entre prescrição e *decadência*, dada pelos arts. 189 e 207 do novo diploma, que faltava àquele revogado), tem-se o seu art. 210, que diz que “Deve o juiz, de ofício, conhecer da *decadência*, quando estabelecida por lei”, ao passo que a leitura do art. 295, IV, do CPC indica que ele *deve* indeferir a petição inicial se reconhecer a *decadência*.

²³ O direito italiano oferece outros exemplos de exceções de mérito cognoscíveis de ofício (como a existência de pagamento, cf. lembra GIOVANNI FABBRINI, *Eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, *Scritti giuridici*, v. 1, p. 358) que, apesar de não se aplicarem ao nosso sistema, servem ao menos para demonstrar que, para que se caracterize a questão objeto da cognição judicial, não é necessário que tenha sido ela proposta pela parte.

Isso sem falar em várias normas de direito material que *devem* ser conhecidas de ofício, e independentemente de alegação pela parte a quem aproveitaria o seu acolhimento. É o caso da nulidade do negócio jurídico em geral,²⁴ por exemplo.

Poder-se-ia falar, ainda, nos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos dos direitos do autor supervenientes à propositura da ação, que podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, a teor do art. 462 do CPC, ou nos fatos secundários ou notórios, que o juiz poderia reconhecer mesmo sem alegação expressa das partes.²⁵

Enfim, com base nesses relevantes exemplos, vê-se que a máxima romana *iudex iudicare debet secundum allegata et probata parium* não se aplica mais ao processo atual, pois o juiz aprecia não só o que as partes alegam, mas também o que a lei determina que ele conheça de ofício.²⁶

Também a controvérsia entre as partes é dispensável para que se defina o núcleo do conceito de questão processual. A idéia de que esse requisito por-se-ia como necessário para que houvesse uma *questão* deve-se à doutrina do italiano MENESTRINA,²⁷ que diferenciava o *ponto da questão* justamente por ter havido entre as partes a controvérsia.

Partindo, novamente, das questões de cunho processual, basta pensar que as partes podem concordar quanto à necessidade de uma prova pericial, mas, se o juiz a reputar prescindível, poderá negar sua produção (e, se o caso, julgar antecipadamente a lide, por exemplo), já que é a autoridade a quem cabe a condução do processo.

De modo similar sucede com as questões de direito que dizem respeito ao *meritum litis* (vale dizer, questões atinentes ao direito substancial que cerca o objeto do processo). Deixando de lado maiores investigações sobre se o nosso sistema adotou a teoria da substanciação ou da individuação, é de se ver que, ainda que

²⁴ O art. 168, *caput*, do CC dispõe: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”, e, sobretudo, seu parágrafo único: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

²⁵ Os fatos notórios não só independem de prova (como diz o art. 334, I, do nosso CPC), como também da arguição por qualquer das partes (seriam conhecidos de ofício pelo juiz, e não se sujeitariam à proibição deste em usar seus conhecimentos privados para dirimir um litígio, pois a rigor se trata de um conhecimento comum a um grande grupo de pessoas do qual faz parte o magistrado). Assim defende, na doutrina espanhola, ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 146).

²⁶ Como ensina FABBRINI (*Eccezione di merito...*, cit., p. 356), “se è pur vero che dove esiste margine per una pronuncia di ufficio su una eccezione in senso lato, si rompe lo schema, tanto spesso ricorrente, del nesso istanza-risposta tra attività delle parti e attività del giudice”.

²⁷ *Pregiudiziale nel processo civile*, p. 15 ss.

as partes estejam de acordo quanto à aplicação de determinado dispositivo legal ao caso *sub iudice*, ou cominação de determinada consequência jurídica à hipótese versada nos autos, o juiz pode desconsiderar essa ausência de controvérsia e, valendo-se de sua autoridade, aplicar o direito objetivo de outro modo diverso, se assim o reputar acertado (pela máxima *iura novit curia*).²⁸ Fenômeno análogo ocorre com os pontos de fato. Tratando-se de ponto de fato incontroverso, permanece o magistrado investido do poder de desconsiderar a presunção de veracidade que sobre ele recai (arts. 302 e 334, III, do CPC), sempre que, pelas máximas da experiência, a versão decorrente da incontrovérsia resultar inverossímil ou contrária aos demais elementos coligidos aos autos.²⁹

Enfim, melhor parece adotar a concepção de ANTONIO SCARANCA FERNANDES,³⁰ no sentido de que a controvérsia é dispensável para que se tenha a definição de questão, mas é necessário que haja ao menos *dúvida* quanto ao ponto de fato ou de direito.

Em conclusão, é de rigor anotar que o juiz não resolve somente os pontos controvertidos resultantes da proposição de determinado ponto de direito ou de fato por uma das partes, e negada pela adversa, de tal sorte que o conceito de questão acaba por se resumir a um ponto sobre o qual o juiz deverá decidir, valendo-se de seu raciocínio lógico e do seu poder de livre convencimento, e com o dever de apresentar motivação.

8.2.2 Classificação e conteúdo das questões no processo civil

Alcançado um conceito de *questão*, passemos então classificá-las a fim de orientar a nossa exposição.

Quanto ao conteúdo, CARNELUTTI³¹ distinguia as *questioni di merito* (que se referem à *lide*, ou à *res iudicanda*) das *questioni d'ordine* (que se referem ao processo, e não à *lide* e devem ser resolvidas antes das questões de mérito, *incidental-*

²⁸ Em abono à tese, confira-se a título meramente exemplificativo, na doutrina italiana, EVANGELISTA-JANNELLI (*Manuale di procedura civile*, p. 115) e na doutrina pátria, CRUZ E TUCCI (Responsabilidade objetiva e qualificação jurídica da demanda, *Revista do Advogado*, nº 44, p. 38-42).

²⁹ É o que já vem positivado para o procedimento comum sumário (art. 277, § 2º, do CPC), e igualmente no processo dos Juizados Especiais Cíveis (art. 20 da Lei nº 9.099/1995), no sentido de que o juiz *poderá* desconsiderar a presunção de veracidade de fatos quando o contrário resulta da prova *já constante dos autos*. Roborando a tese de que a presunção de veracidade que emerge da revelia é *relativa*, confira-se farta jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 400, notas 6a, 6b, 7 e 8 ao art. 319).

³⁰ *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, p. 50.

³¹ *Diritto e processo*, p. 191-192.

mente no curso do processo e, não por outra razão, também chamadas *questioni incidentali*). Essas últimas eram ainda subdivididas em questões *prejudiciais* (que poderiam impedir o desenvolvimento do processo, como a decisão acerca da competência do juiz ou dos demais pressupostos processuais),³² e questões que não dizem respeito a *se* o processo pode caminhar, mas sim *como* se dará esse curso. E aqui precisamente entra a solução de questões atinentes à prova, ou à admissão ou não da intervenção de terceiros (exemplos esses dados pelo próprio processualista peninsular).

Essa construção doutrinária pode nos servir de ponto de partida para extrair uma classificação das questões no processo civil brasileiro.

Apesar de parecer irrepreensível a idéia de que as questões dividem-se, quanto ao seu conteúdo, entre as de mérito e as de ordem, assim como se nos mostra irretocável a afirmação de que há questões de ordem que são prejudiciais e outras não, é importante desde logo assinalar que nem toda questão prejudicial refere-se à matéria processual como decorre da lição citada acima (sendo a categoria das *questões prejudiciais de mérito* uma categoria importantíssima na ciência processual civil, desde o direito romano).

O raciocínio diametralmente contrário a esse – e que igualmente se nos mostra errôneo – vem acolhido na LEC espanhola de 2000, que define *cuestiones prejudiciales* (arts. 40 a 43) como aquelas “questões de fato, que fundamentam a pretensão ou se relacionam com ela, mas que precisam de uma valoração jurídica material independente pelo mesmo juiz que conhece da pretensão, ou por outra distinta”.^{33,34}

³² Note-se que o autor, assim como a unanimidade da doutrina italiana, não diferencia em meios às *questioni d'ordine* aquelas que dizem respeito às condições da ação e aquelas concernentes a pressupostos processuais, reforçando o quanto foi por nós dito no item 7.4, *supra*.

³³ CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 132) diferenciam as questões prejudiciais homogêneas (giram em torno da mesma categoria de normas de direito material que a causa principal) das heterogêneas (que envolvem normas estranhas àquelas que pautam a questão principal, como as questões prejudiciais de constitucionalidade, penais e administrativas). Em nossa doutrina, BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, Tese de Livre-docência de Direito Judiciário Civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 55) também acolhe dicotomia similar.

³⁴ Segundo a doutrina espanhola (e.g., NURYA REINAL QUEROL, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil, Instituciones del nuevo proceso civil*, v. 1, p. 257-259), para que exista prejudicialidade, é necessário que haja dois requisitos: a) a solução da questão prejudicial é indispensável para solução da principal (seja cronologicamente, seja porque pode afetar a solução da principal); b) o objeto da prejudicial possa ser objeto de um processo autônomo (mesmo que ao civil, mas penal, administrativo ou laboral). Há autores (como PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA, *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, p. 188) que enunciam um terceiro requisito, qual seja o de que a matéria sobre a qual versa a questão prejudicial pertença a outra jurisdição, de modo que somente as questões prejudiciais *heterogêneas* se enquadrariam realmente nessa categoria, pois as demais (*homogêneas*) seriam *incidentais*. Mas a LEC espanhola atual, em seu art. 43, adotou a concepção mais ampla de questão prejudicial.

Esse conceito acolhido na legislação espanhola é errado porque ignora que há questões prejudiciais de natureza processual. A idéia de *prejudicialidade* parece relativamente delimitada no sentido de que “existindo questões prejudiciais [...] deve o juiz conhecer e resolver antes a questão subordinante e, tal seja o teor da resolução, poderá tornar-se até desnecessário o conhecimento da questão subordinada”.³⁵ Como ensina BARBOSA MOREIRA,³⁶ a *prejudicialidade* se define pela “natureza do vínculo” entre a questão subordinante (prejudicial) e a subordinada.

Assim, podem constituir objeto de questões prejudiciais tanto pontos de fato quanto de direito (os quais, gravitam em torno do mérito do litígio), como também a averiguação acerca da existência de pressupostos processuais e condições da ação, por exemplo (matérias de cunho processual apenas).

BARBOSA MOREIRA ainda procura fazer a distinção entre as questões prejudiciais (“de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões”³⁷ ou, em outras palavras, as que, conforme decididas de um ou de outro modo, interferem no conteúdo da questão subordinada),³⁸ e *questões preliminares* (que são “aquelas que conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras”,³⁹ ou seja, aquelas que podem permitir ou excluir a decisão da questão subordinada, sem interferir em seu conteúdo). Deixando de lado essa distinção – que, para nossos propósitos, é excessivamente minuciosa –, fiquemos com a idéia geral de que *da solução das questões prejudiciais depende a solução de outras* (que podem ser excluídas ou podem sofrer interferência em seu conteúdo).

Adotado, então, esse conceito lato de *prejudicialidade*, cabe-nos definir o que sejam *questões incidentais*.

Podemos partir aqui da legislação espanhola, que inovou ao definir também essa noção ao dispor que as *cuestiones incidentales* no art. 387 da LEC são “distintas das que constituem o objeto principal do pleito, guardam com essa relação imediata, assim como as que se suscitam a respeito de pressupostos e requisitos processuais”. Como se vê, do conceito de questão incidente dado pelo art. 387 da LEC constam duas partes: a primeira diz respeito ao *fundo* da demanda; a segun-

incluindo as homogêneas e as heterogêneas. Assim estruturado, o sistema estabelece que o próprio juiz competente para a causa principal aprecie as questões prejudiciais *homogêneas*, exceto aquelas reputadas *devolutivas* (isto é, não apreciáveis pelo próprio juiz da causa principal), que ocorrem justamente nos casos em que a causa prejudicial é objeto de outro processo e a reunião de ambos (ou *acumulación de autos*) seja impossível (é a chamada *prejudicialidade externa*).

³⁵ KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 107).

³⁶ *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 29.

³⁷ *Ibidem*, p. 27.

³⁸ *Ibidem*, p. 30.

³⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, *ibidem*, p. 27.

da, aos aspectos meramente *processuais*,⁴⁰ ou seja, as questões incidentais também podem ser de mérito ou processuais.

Além de serem divididas quanto ao conteúdo, as questões incidentais podem ser separadas entre aquelas que o juiz enfrenta na sentença, ou no curso do processo, sem importar na sua suspensão (art. 389, LEC), e outras sem cuja solução o processo não pode prosseguir (art. 390, LEC). O art. 391 enumera casos de questões dessa segunda categoria, as quais são justamente *questões prejudiciais segundo a definição por nós aqui acolhida*.

Dessa observação extraímos a conseqüência de que, segundo o ordenamento espanhol, toda questão prejudicial é incidente, mas o contrário não é verdadeiro. Naquela sistemática, pois, questões prejudiciais seriam espécie, de que seriam gênero as incidentais.⁴¹

Para verificar o cabimento dessa concepção ao nosso ordenamento, parece-nos relevante socorrer-nos da tese de doutoramento de SCARANCE FERNANDES, que define *incidente* como “algo que cai em cima de algo em movimento, interrompendo seu curso normal. O incidente processual seria por conseguinte aquilo que se insere no processo, podendo interromper seu movimento, podendo obstaculizar seu caminhar”.⁴²

Ainda segundo o mesmo autor, decorre dessa definição: (a) a *acessoriedade* do incidente e (b) a *excepcionalidade*, no sentido de que “não se constitui em ato ou termo essencial do processo” e de que produz mudanças no trajeto procedimental, colocando-se como etapa prévia ao atingimento do ato-fim, que é o julgamento do mérito da pretensão deduzida pelo autor.⁴³

Apenas num ponto temos de discordar dessa concepção, pois o autor leva a extremos inconvenientes a idéia de *excepcionalidade*, de maneira que *apenas o que provoca uma suspensão ou alteração na marcha procedimental poderia, em seu ver, ser considerado incidental*. Para entender essa assertiva, valemo-nos do próprio exemplo dado por SCARANCE FERNANDES,⁴⁴ no sentido de que a incompetência relativa (que dá ensejo a um *procedimento incidental*) é uma *questão incidente* e a

⁴⁰ Assim também entende PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA (*La nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, p. 216).

⁴¹ Esse é o entendimento dominante na doutrina espanhola, p. 188. Na doutrina brasileira, isso não fica exatamente claro: “Pode-se, de forma sintética, dizer então que o vínculo de prejudicialidade decorre de uma subordinação lógica e necessária da questão prejudicial à questão prejudicada e o vínculo de incidentalidade advém da acidentalidade da questão incidental em face do procedimento”, de maneira que, para o autor, uma questão prejudicial “pode ser” incidental e vice-versa (ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Incidente processual...*, cit., p. 78).

⁴² *Incidente processual*, cit., p. 31.

⁴³ *Ibidem*, p. 47 e 60.

⁴⁴ *Incidente processual...*, cit., p. 81.

incompetência absoluta (que deve ser analisada no saneador, seguindo-se a própria ordem procedimental prevista no Código de Processo Civil, sem perturbações de sua marcha) *não pode ser enquadrada na mesma categoria*.

Data venia, não há como distinguir ambas as situações pelo aspecto meramente formal do modo com as partes suscitam tais questões e como o juiz as soluciona, pois isso representaria um apego exagerado à rigidez do procedimento que, de resto, hoje vem sensivelmente repensada e flexibilizada. Aliás, no tocante ao próprio exemplo dado pelo referido monografista, a jurisprudência prevalecente assentou que “constitui mera irregularidade a apresentação da exceção de incompetência relativa como preliminar na contestação, e não em peça apartada”.⁴⁵ Essa constatação expõe a fragilidade da tese, nesse particular.

Assim, da conceituação que resulta dos reparos feitos à tese de SCARANCA FERNANDES, se extrai a real amplitude do conceito de questão incidental, abrangendo todas as etapas necessárias para que o mérito da pretensão seja enfrentado, incluídas todas as questões de cunho processual pelas quais deve passar o juiz antes de chegar ao mérito (prejudiciais ou não) e as próprias questões de fato e de direito que antepõem-se como fundamentos necessários para que se atinja uma solução final para a lide exposta em juízo.⁴⁶ Logo se vê que essa categoria é bastante ampla, e se subdivide em questões incidentais de mérito e questões incidentais processuais, e podem ser elas prejudiciais ou não.

Note-se, contudo, que as questões incidentais devem ser resolvidas como etapa antecedente ao mérito, mas não necessariamente em provimento judicial apartado, de modo que as sentenças em geral também serão portadoras de soluções a questões incidentais.⁴⁷

Assim, do ponto de vista terminológico, de uma forma geral, parece-nos suficiente, para nossos propósitos, a idéia de que todas as decisões tomadas no curso do feito e também na sentença, como etapa prévia e preparatória do julgamento do mérito da pretensão propriamente dito, são incidentais.

Pois bem. Independentemente de serem prejudiciais ou não, as questões incidentais podem apresentar diferentes conteúdos. Para delimitá-los, entendemos

⁴⁵ STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência 13623-7-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 30.08.1995, vu. Confira-se ainda a jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil...*, cit., p. 395, nota 3 ao art. 307 do CPC), ou seja, RT 605/30, 659/60; RF 250/248; RJTJESP 103/305, 150/402; JTA 77/85; JTAERGS 86/176; BAASP 1659/238.

⁴⁶ Portanto, questões de mérito também são incidentais (cf. acentua SCARANCA FERNANDES. *Incidente processual...*, cit., p. 68), já que é necessário distinguir mérito das questões de mérito, como fazem DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 273 e ss) e WATANABE (*Da cognição...*, cit., p. 106). Preferimos não adentrar nesse intrincado tema, por inoportuno, mas aceitamos como premissa essa idéia de que questões ligadas ao mérito com ele não se confundem.

⁴⁷ Aliás, como se viu acima, os art. 389 ss da LEC espanhola afirmam expressamente que as *cuestiones incidentales* podem ser solucionadas na sentença.

imprescindível partirmos do célebre estudo de KAZUO WATANABE intitulado *Da cognição no processo civil*, que preconiza que as questões a serem resolvidas pelo juiz são de três ordens: sobre o processo, sobre a ação e sobre o mérito da demanda.⁴⁸

Na categoria relativa ao processo, WATANABE deixa de lado a tomada de posição acerca das várias teorias concernentes ao tema *pressupostos processuais*, e acaba por aceitar que esse elemento do trinômio abarca “todas as questões ligadas ao processo em si mesmo”.

Dessarte, a cognição judicial sobre as questões do processo inclui os pressupostos processuais (na acepção aceita no item 7.4), como também o controle formal do processo (isto é, a análise dos requisitos de validade formal dos próprios atos do magistrado e de seus auxiliares, e dos requisitos formais de eficácia dos atos das partes, ou seja, a sua *admissibilidade*). Todas essas são, segundo a doutrina *canonista*, *questioni d'ordine* e, parece-nos, são objeto da cognição judicial no primeiro elemento do trinômio delineado por WATANABE. Além dessas, também parece estarem abrangidas nessa categoria as questões relativas à instrução do processo, pois se referem ao processo e se regem por suas normas, visando “aplantar” o caminho do processo até seu ato final,⁴⁹ fornecendo subsídios para que possa se dar a cognição sobre as questões de mérito. Antes delas, porém, há o segundo elemento do trinômio, ou seja, as condições da ação.

Finalmente, impende fazer menção acerca das decisões tomadas incidentalmente quanto a pedidos de tutela de urgência, que exigem que haja cognição judicial sobre o trinômio de questões referidas acima (*condições da ação, pressupostos processuais e controle formal do processo e o mérito propriamente dito*), mas em caráter *sumário* e resultando em um provimento por definição precário e carente de confirmação.

Portanto, não há dúvidas de que a teoria da *cognição judicial sobre o trinômio* de questões a que se refere KAZUO WATANABE é indispensável para que se identifique o conteúdo das decisões incidentais, e para que num segundo momento, se possa perquirir em que momento processual cada questão é resolvida e quais os efeitos dessa decisão para as partes e, sobretudo, para o juiz.

8.2.3 Momento de solução das questões

Segundo dispõe o art. 162 do CPC, o juiz de primeiro grau profere sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Sempre que prola uma *decisão interlocutória*, ou uma *sentença*, o juiz está resolvendo questões. Quando exara *despachos*,

⁴⁸ Nesse mesmo sentido, mas com menor profundidade, MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 172).

⁴⁹ Conforme anota percutientemente MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 174-175).

o mesmo não ocorre, já que, como se sabe, não têm eles conteúdo decisório.⁵⁰ Assim, polarizam-se, segundo preconiza DENTI, os atos decisórios de um lado, e de outro, os ordinatórios.⁵¹ Essa segunda categoria não nos interessa.

Antes da promulgação da Lei nº 11.232/2005, as duas modalidades de atos decisórios distinguíam-se entre si pelo critério formal estabelecido no art. 162 do CPC: as primeiras punham termo ao processo, as demais não. O conteúdo desses provimentos, a rigor, era irrelevante para a classificação legal.

Agora, porém, a definição de sentença, segundo redação que a nova lei deu ao art. 162, § 1º, passa a ser baseada no seu conteúdo.⁵²

Não pretendemos, aqui, nos aprofundar em investigações acerca do impacto dessa alteração, sob pena de fugir do tema ora desenvolvido. Cabe, isso sim, observar que, se o advento do § 6º do art. 273 do CPC poderia pôr em sérias dúvidas a sobrevivência do “princípio da unicidade do julgamento do mérito”, com muito maior razão a nova definição de sentença dificulta ainda mais a defesa de tal tese.⁵³

De fato, o processo (ou fase) de conhecimento tinha e continua tendo apenas um começo e um fim, de modo que, segundo a original redação do art. 162, § 1º, era mais que razoável entender que a cada processo corresponderia uma única sentença. Daí por que no trabalho acadêmico que serviu de base para o presente estudo, manifestamos nossa adesão ao chamado “princípio da unicidade do julgamento do mérito”.

Agora, porém, a redação dada pela Lei nº 11.232/2005 a esse dispositivo não induz necessariamente à unicidade do julgamento do mérito na sentença. Desse

⁵⁰ Como se sabe, os despachos, que se diferenciam das decisões interlocutórias justamente por não trazerem conteúdo decisório, servem apenas para dar andamento ao processo (não sem razão são chamados também de despachos ordinatórios). Além de irrecorríveis (art. 504 do CPC), não são eles cobertos pela preclusão (cf. MONIZ DE ARAGÃO, *Preclusão...*, cit., p. 171, e BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, cit., v. 5, p. 347).

⁵¹ DENTI (*Poteri del giudice, Novissimo digesto italiano*, v. 13, p. 490).

⁵² A reforma veio, em nosso entender, pôr termo ao interessante debate doutrinário travado entre NELSON NERY JR. (*Teoria geral dos recursos*, p. 237-239) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Os agravos no CPC brasileiro*, p. 185 ss.), tendo o legislador, afinal, acolhido a tese dessa última.

⁵³ Trata-se de princípio ao qual LIEBMAN (*Manuale...*, cit. v. 2, p. 239) já havia feito referência, e que conta com a adesão maciça da doutrina (pelo menos aquela produzida até o advento da Lei nº 11.232/2005), como DINAMARCO (*Nova era do processo civil*, p. 281-282), PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 229), CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 489-490) e KAZUO WATANABE (*Da cognição...*, cit. p. 107). De modo enfático, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA afirma que a decisão interlocutória “nunca julga o mérito” (Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento, *Revista Forense*, nº 298, p. 7). Minoritariamente e contrariamente, SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 55) entende que esse princípio tornou-se algo a ser repensado à luz do art. 273, § 6º, do CPC.

modo, parece-nos perfeitamente possível ocorrer o proferimento de mais de uma sentença de mérito num mesmo processo.

Acresça-se a isso a alteração do *caput* dos arts. 269 e 463, deixando ainda mais claro que a resolução de mérito não importa necessariamente em extinção do processo, o que reforça a completa ruptura com a sistemática anterior.

Ainda que essas últimas mudanças tenham sido claramente movidas pela intenção de readequar a terminologia do Código (de maneira a adaptá-lo para a extinção do processo autônomo de execução de título judicial e sua substituição pelas atividades executivas encerradas na “fase de cumprimento de sentença”), não pode passar despercebida essa radical alteração estrutural, que implica a aceitação de duas categorias de sentenças de mérito: as parciais (que não põem fim à fase de conhecimento) e as finais (que encerram definitivamente essa fase).⁵⁴

Com respeito a essa última colocação, duas ressalvas são fundamentais.

A primeira é a de que a autorização dada ao juiz para proferir sentenças parciais de mérito não inclui, segundo entendemos, o proferimento de decisões que resolvam apenas questões de mérito, sem aplicação de alguma das hipóteses do art. 269. Parece-nos que apesar da possibilidade de quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito, a Lei nº 11.232/2005 não foi apta a afastar a reserva do julgamento do mérito para a(s) sentença(s), sejam elas quantas forem.⁵⁵

A segunda está na razoável probabilidade de que, no mais das vezes, somente haja uma sentença de mérito (ou, melhor dizendo, uma sentença de mérito final), seja porque na maioria dos casos em que o objeto da demanda se apresenta simples e não comporta ou permite qualquer cisão, seja porque é bem possível que a prática forense vergará ao peso da tradição, mantendo toda a análise do mérito reservada para final.

De outro lado, apesar de ter passado incólume o § 2º do art. 162 do CPC, ainda assim é de absoluto rigor observar que a alteração da definição de sentença trouxe impacto indireto para o conceito de decisão interlocutória.

As decisões interlocutórias continuam exclusivamente dedicadas à solução de questões incidentais de cunho processual, desde que não extingam o processo, como já ocorria mesmo antes da vigência da Lei nº 11.232/2005, mas a partir desse diploma seu espectro de incidência se esgota aí.

Com efeito, mesmo antes da edição da Lei nº 11.232/2005, o juiz já podia proferir, no curso do processo, decisões que implicassem “alguma das situações previstas” no art. 267 do CPC. Pense-se, por exemplo, na decisão que exclui um

⁵⁴ A esse respeito, confira-se, de maneira mais completa e detalhada, o nosso estudo *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil*, de acordo com a Lei nº 11.232/2005, In: *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*, CARLOS ALBERTO CARMONA (coord.), p. 186-209.

⁵⁵ MAURÍCIO GIANNICO (*A preclusão...*, cit., p. 149) extrai da conjugação dos arts. 458 e 459 do CPC que apenas a sentença é palco para solução do mérito e das questões de mérito.

litisconsorte passivo por ilegitimidade *ad causam*, indefere a denunciação da lide por falta de interesse processual, ou rejeita a inicial da reconvenção por inépcia.

Todos esses exemplos retratam solução antecipada de *demandas cumuladas*,⁵⁶ e que já ocorriam mesmo antes do advento da Lei nº 11.232/2005, sobretudo em face do que dispunham (e ainda dispõem) os arts. 317 e 329 do CPC.

Contudo, se esses provimentos antes eram considerados como decisões interlocutórias, agora, por força da Lei nº 11.232/2005, hão de ser enquadrados como *sentenças*, nos exatos termos do art.162, § 1º, reformado.

Entretanto, se a situação é inversa – isto é, nos exemplos dados, o juiz *rejeita* a arguição de ilegitimidade, defere a denunciação da lide, ou recebe a reconvenção – as decisões continuam a ser interlocutórias, independentemente da Lei nº 11.232/2005.

Essa constatação nos leva a afirmar que, dependendo se a matéria incidental atinente à aplicação de hipótese do art. 267 é acolhida ou rejeitada, a *decisão terá a condição de sentença de decisão interlocutória*, respectivamente.

Destarte, a alteração do conceito de sentença acaba, de certa forma, reduzindo o campo das decisões interlocutórias. A elas se reservam todas as questões necessárias a “viabilizar a marcha do processo”, a fim de remover “os obstáculos opostos a essa meta”.⁵⁷ Todavia, se esse obstáculo se apresenta intransponível, e a questão é decidida de modo a excluir qualquer perquirição sobre outras questões subseqüentes, haverá *sentença* (porque o processo, ou parte dele, se extinguirá).

Depois dessa breve incursão acerca de uma das modificações, podemos então sintetizar as conclusões a que chegamos, em dois tópicos:

(I) segundo sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005, poderá haver sentenças de mérito *parciais* e *finais*, e sentenças terminativas *parciais* e *finais*; (II) as decisões interlocutórias são palco apropriado, *apenas*, para questões *incidentais* de cunho processual, mas desde que seja para “remoção de obstáculos” rumo à decisão de mérito, pois, do contrário, se acolhida matéria que importa exclusão da decisão de mérito, se tratará de sentença.

⁵⁶ Lembremos, por adequada a nossos propósitos, a classificação de cumulação de demandas traçada por FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 55 ss) e, em linhas gerais, também por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 161 ss), entre *cumulação objetiva inicial* (também chamada simplesmente “cumulação de pedidos”, feita na petição inicial, contra um mesmo réu); a *cumulação subjetiva inicial* (aqui se está tratando do litisconsórcio ativo ou passivo, excetuando-se os casos em que seja ele necessário, pois aqui não há cumulação de demandas propriamente dita, pela impossibilidade de haver processos distintos em que os litisconsortes figurassem separadamente); a *cumulação objetiva sucessiva* (a propositura de ação declaratória incidental, pelo autor ou pelo réu, ou de reconvenção) e, por derradeiro, a *cumulação subjetiva sucessiva* (essa modalidade se dá em razão de alguns casos de litisconsórcio ulterior e de intervenção de terceiros, como a denunciação da lide, por exemplo).

⁵⁷ TOMÁS PARÁ FILHO (*A recorribilidade...*, cit., p. 24).

8.3 Questões resolvidas e sua estabilização

8.3.1 Identificação entre questões

Antes de proceder à investigação acerca da estabilização das questões resolvidas no curso do processo, é necessário que se estabeleçam alguns critérios para identificar quando se considera decidida determinada questão.

Realmente, tal como se exige – para que se verifique o efeito impeditivo da coisa julgada material em um novo processo – que haja a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir) entre o processo já extinto e aquele que se instaura, também a identificação do efeito impeditivo decorrente da preclusão deve se apoiar em determinados critérios.

Para que haja identidade entre uma questão resolvida e outra que venha a ser proposta e enfrentada pela autoridade jurisdicional em momento posterior, a primeira condição necessária é a de que ambas versem o *mesmo ponto de fato ou de direito*.

Além disso, só existirá identidade entre uma e outra questão se o *suporte fático* que embasou ambos for idêntico. Mudadas as condições sob as quais se assentou a anterior decisão, e reproposto o mesmo ponto de fato ou de direito, não se cogita de preclusão para o juiz. Essa tese encontra apoio no próprio art. 462 do CPC, que regra a influência do fato superveniente no processo e se extrairia também de uma interpretação do art. 471, I, do CPC, que afasta os efeitos da coisa julgada quando há alterações fáticas ou jurídicas com respeito a relações que se prolongam no tempo.

Finalmente, para que se considere que haja identidade entre um e outro requisito, é preciso que o *suporte probatório* que embasou a anterior e a nova decisão seja o mesmo. De fato, aprofundada a cognição judicial sobre os elementos que conduziram à primeira decisão, não se poderia falar jamais em preclusão para o juiz.

Feitas essas importantes considerações, podemos prosseguir com a identificação da multiplicidade de momentos em que a preclusão incidente sobre questões se manifesta no processo.

8.3.2 Questões resolvidas por decisões interlocutórias e sua estabilização

No que toca ao modo e à amplitude da estabilização das questões resolvidas pelo juiz no curso do processo, a primeira idéia que emerge aqui é a de que, como cediço, os efeitos preclusivos da decisão interlocutória são *meramente endopro-*

cessuais. Tal constatação é recorrentemente repetida na doutrina,⁵⁸ mas convém aqui perquirir seus fundamentos.

Porto seguro para início de nossa investigação está no art. 469 do CPC, que exclui da incidência da coisa julgada material: “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inciso I), “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (inciso II) e, sobretudo, “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo” (inciso III).

Sem pretender descer a minúcias acerca do instigante tema dos limites objetivos da coisa julgada, cabe apenas considerar que referido dispositivo legal, apesar de claro e bem compreendido, não está imune a críticas, principalmente se tomado em conjunto com as demais normas contidas na seção “Da coisa julgada”.

A redação do art. 467 do CPC demonstra a opção pela teoria de LIEBMAN acerca da coisa julgada (apesar de sua redação um pouco equivocada),⁵⁹ mas, contraditoriamente, a seu lado ficou mantido, quase com as mesmas palavras, alguns dispositivos do diploma de 1939 a respeito do tema, os quais por sua vez vinham da *parte prima* do *Progetto del Codice di Procedura Civile*, apresentado por CARNELUTTI à *Sottocommissione reale per la Riforma del Codice di Procedura Civile*, presidida por MORTARA, em 1926.⁶⁰

O cotejo dos dispositivos legais revela um flagrante contra-senso, já que a doutrina carneluttiana era, na espécie, bem diferente daquela pregada por LIEBMAN, não só quanto à própria concepção dos fenômenos da coisa julgada material e formal,⁶¹ mas também quanto a seus limites objetivos.⁶²

A leitura, em conjunto, dos dispositivos do nosso Código de Processo Civil acerca da coisa julgada deixa, realmente, a dúvida: ou só é coberto pela coisa julgada material o dispositivo da sentença de mérito (no qual o bem da vida é concedido ou negado ao autor, como pregava LIEBMAN), ou são cobertas todas as

⁵⁸ Desde GIOVENDA (*Cosa giudicata e competenza*, cit., e *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 236-237), passando pela doutrina brasileira de meados do século passado (BARBI, *Da preclusão...*, cit., p. 63), até autores a nós contemporâneos (HUMBERTO THEODORO JR., *A preclusão...*, cit., p. 5-23) e BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 122), para citar apenas alguns exemplos.

⁵⁹ Dispõe o artigo citado que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, quando, segundo a doutrina de LIEBMAN, seria mais acertado falar em coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença de mérito, consistente na sua imutabilidade.

⁶⁰ Aliás, esse projeto inspirou, também, vários outros artigos do nosso atual Código de Processo Civil, como os arts. 243 a 250.

⁶¹ Tanto que se tem a famosa e acalorada polêmica em que se envolveram ambos os citados processualistas italianos a respeito do conceito (tanto formal quanto material) de coisa julgada, consoante narra DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 293-296).

⁶² Cf. DINAMARCO (*Capítulos da sentença*, p. 23-25).

questões decididas no limite da lide (como lecionava CARNELUTTI). O art. 469 claramente filia-se à teoria de LIEBMAN,⁶³ mas os arts. 468 e 471, por terem sido quase copiados do Projeto de CARNELUTTI, alinham-se à sua teoria. Assim, resulta que o capítulo do nosso *Código de Processo Civil* sobre a coisa julgada traz normas claramente contraditórias entre si.

Em que pesem as imperfeições do texto legal, parece não haver dúvidas entre nós de que apenas o dispositivo da sentença de mérito transita em julgado substancialmente, sobressaindo-se ante os demais o comando mais claro e preciso do art. 469 do CPC, como entende maciçamente a doutrina brasileira.⁶⁴ Isso vale, segundo entendemos, para qualquer sentença de mérito, seja final, seja parcial, a teor do atual texto do art. 162, § 1º.

Dessarte, se as questões decididas *fora* do dispositivo da sentença de mérito (vale dizer, qualquer tipo de questão incidental, inclusive aquelas de mérito que forem consideradas prejudiciais, a teor dos arts. 469, III, e 470 do CPC) não são cobertas pela *coisa julgada material*, avulta evidente que a imutabilidade e a eficácia daquelas resolvidas por decisões interlocutórias também não poderiam extrapolar os limites do processo no qual foram proferidas.

Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA observa que “as questões prejudiciais inscritas no plano das condições da ação, mais distantes que se acham do ‘objeto do pedido’ que as questões prejudiciais concernentes ao mérito. Verdadeiro contra-senso seria reconhecer à solução delas autoridade maior do que a que se reconheceu às outras”.⁶⁵

Excluída a possibilidade de essas questões serem cobertas pela coisa julgada material (tornando-se imutáveis e hígdas a ataques mesmo em outros processos,

⁶³ Como já assim havia notado CELSO NEVES, ainda comentando o art. 509 do Anteprojeto originalmente redigido por BUZAID (*Coisa julgada civil*, p. 274).

⁶⁴ DINAMARCO (*Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira*, cit., p. 42-43, nota 16, e p. 53 ss) anota que a concepção de LIEBMAN acerca da coisa julgada e de seus limites objetivos é absolutamente dominante na doutrina brasileira. CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 281) cita, a título meramente exemplificativo, vários autores que, na doutrina pátria, acolheram a idéia de que os limites da coisa julgada material coincidem com o dispositivo da sentença, dentre os quais, BUENO VIDIGAL, LOPES DA COSTA, FREDERICO MARQUES e AMARAL SANTOS. Para arrematar, cumpre mencionar importante artigo de BARBOSA MOREIRA (*Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro*, *Temas de direito processual*, p. 91), segundo o qual o autor sustenta e demonstra que o legislador de 1973 resolveu espancar qualquer dúvida de interpretação que o art. 287 do CPC de 1939 suscitava no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, tomando posição “nítida e categórica” de maneira a excluir de sua abrangência qualquer questão que não estivesse no dispositivo da sentença de mérito. Aliás, o autor entende que o legislador foi até redundante na redação do art. 469, pois, a seu ver, o inciso I abrangeria os demais. E a existência da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC) é a maior prova de que nem mesmo as questões prejudiciais de mérito estão abrangidas pela coisa julgada material.

⁶⁵ *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 121.

desde que observados os requisitos da lei processual), restariam, evidentemente, os da coisa julgada formal. E, como se sabe, o seu espectro de abrangência não extrapola os limites do processo em que adveio (vale dizer, seus efeitos são *endoprocessuais*).

Portanto, quando essas mesmas matérias incidentais são solucionadas por decisões interlocutórias, em vez de o ser por sentença, não se poderia esperar que houvesse efeito preclusivo diverso do *endoprocessual*.

Mas não só esse argumento baseado na interpretação literal do texto legal conduz a essa conclusão. Também em razão do *conteúdo* não se poderia esperar eficácia diversa da *endoprocessual*.

A solução de determinadas questões incidentais, quais sejam as relativas às condições da ação, pressupostos processuais e instrução probatória, por exemplo, é efêmera e meramente instrumental, e só tem razão de ser em uma particular relação processual. Se a questão vier a se repetir em outro processo ainda que de *eaden re*, não se trata da mesma questão, mas questão similar e paralela à primeira.

Realmente, a solução dessas questões incidentais, como o próprio nome indica, tem como finalidade única viabilizar o caminho do julgador até a apreciação do fundo daquela demanda deduzida em juízo e relativo àquela específica controvérsia trazida ao Poder Judiciário.

Se depois de aplainado o caminho para sentença, com a solução de diversas questões incidentais, o processo for encerrado sem exame do mérito, e a mesma demanda for renovada em outro feito, o juiz deverá fazer a análise de todas as *questioni d'ordine* a ele atinentes, pouco importando que já tenha sobre elas se pronunciado em outra oportunidade. Novo processo importa nova cognição judicial sobre as questões incidentais (sejam relativas às condições da ação, aos pressupostos processuais, à regularidade formal do processo, ou à instrução probatória).

Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA ainda assinala que "Difícil conceber, destarte, que venha a tornar-se relevante noutro processo a força vinculativa do pronunciamento sobre a preliminar considerada *per se*."⁶⁶ De regra, segundo o autor, as questões de índole exclusivamente processual são "suscetíveis de ser postas apenas no contexto do processo".⁶⁷

Nosso ordenamento não conhece, como na Itália, provimentos sobre *matéria processual* cuja imutabilidade extravase os limites dos processos em que foram proferidos. É o caso da sentença de regulamento de competência, que tem eficácia entre as partes em processos de *eaden re* futuros, se aquele em que foi proferida tenha sido extinto sem exame de mérito (conforme o art. 310, 2ª comma,

⁶⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 125.

do CPC). É o que boa parte da doutrina⁶⁸ chama de *eficácia panprocessual*,⁶⁹ isto é, uma vinculação extraprocessual, mas que não se equipara à da coisa julgada material, pois não recai sobre o bem da vida objeto do mérito do litígio. Para que algo similar existisse no sistema processual brasileiro, seria necessária disposição legal expressa em nosso Código, hoje inexistente.⁷⁰

Na Espanha, apesar de não haver (como aqui) dispositivo que estabeleça imutabilidade *extraprocessual* de decisões interlocutórias relativas à matéria processual, há autores que defendem a sua existência. É o caso de MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS,⁷¹ que observa que a conceituação tradicional (restritiva da coisa julgada material ao dispositivo da sentença de mérito) é exageradamente inspirada em construção de corte chiovendiano, e que não há sentido em atribuir eficácia extraprocessual apenas a pronunciamentos judiciais que versam aplicação do direito material e negar quando se trata de pronunciamentos que aplicam o direito processual (como no caso em que o juiz, em um primitivo processo entre as partes, reconhece ser competente para julgá-lo).

Parece-nos, contudo, que, além dos argumentos acima invocados (que não parecem ter sido afastados por essa tese menos ortodoxa), não podemos fugir do enfrentamento legal da questão: é a lei processual que diz quais decisões operam efeitos extraprocessuais (e em que limites) e quais não. Não se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal, de modo a evitar que a parte possa ser surpreendida pelo reconhecimento da eficácia extraprocessual de determinada decisão, quebrando-se a expectativa que emerge da lei de que sua imutabilidade seria meramente *endoprocessual*.

Com isso, entendemos ter solucionado o primeiro dos problemas atinentes à preclusão de questões incidentais, e, aliás, o mais importante e imediato deles, qual seja o da estabilização das decisões interlocutórias.

⁶⁸ V. g., PUGLIESE (Giudicato civile (diritto vigente), nº 16), com ampla referência doutrinária, e, mais recentemente, PROTO PISANI e CAPONI, (*Lineamenti...*, cit., p. 162).

⁶⁹ Vale lembrar que essa expressão também é comumente utilizada para qualificar a preclusão *pro iudicato*, em seu sentido original, designado por REDENTI. A propósito, confira-se PUGLIESE (Giudicato civile (diritto vigente), cit., nº 15-16).

⁷⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 124).

⁷¹ *Fundamentación de la sentencia, preclusión e cosa juzgada*, p. 183 ss.

8.3.3 As "falsas" decisões interlocutórias e sua estabilização

Como vimos, o critério adotado por nosso legislador, depois da promulgação da Lei nº 11.232/2005, para diferenciar as duas espécies de pronunciamentos judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) leva em conta o conteúdo: será sentença a decisão que "implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269" do Código, ao passo que será decisão interlocutória o ato do juiz que decide qualquer outra questão incidental de cunho processual.

A bem da verdade, o critério originalmente adotado pelo Código de 1973 para definição de sentença e interlocutória, era decorrente da estruturação do sistema recursal, como aliás deixa claro a sua Exposição de Motivos. De certa forma, essa alteração acaba por desvincular essa classificação em relação ao sistema recursal.

O que a reforma empreendida pela Lei nº 11.232/2005 não conseguiu evitar é a existência de decisões interlocutórias que definem, incidentalmente, questões ligadas ao mérito da demanda, o que contraria o art. 458 do CPC e também dos arts. 5º e 325 do CPC (que reservam para sentença as questões de mérito judiciais).

Um dos exemplos mais recorrentes para ilustrar esse problema está na decisão que rejeita "preliminar" de prescrição ou decadência (que é relativamente contraditório), ou de qualquer outra que antecipa, em relação à sentença, a solução de algum ponto prejudicial de fato ou de direito, mas sem implicar nenhuma das situações do art. 269.

Não se nega que tais decisões enfrentam questões incidentais, pois permitem que o processo prossiga até julgamento final, mas, legalmente não são nem sentenças nem verdadeiras decisões interlocutórias.

Por isso é que, apesar de termos identificado quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito, entendemos que persista, mesmo sob a luz da Lei nº 11.232/2005, a reserva do julgamento do mérito para a(s) sentença(s), seja quantas forem.⁷² E parece que a doutrina produzida antes do advento dessa última reforma, nesse particular, permanecerá plenamente válida.⁷³

⁷² Entendemos que o sistema processual brasileiro continua a não dar margem alguma para algo como, por exemplo, a *decisão sobre o fundamento da pretensão*, do direito alemão (§ 304 da ZPO), conforme analisada no item 3.3, *supra*.

⁷³ DINAMARCO (*Nova era do processo civil*, p. 281-282) afirmava enfaticamente que "O Código de Processo Civil não abre a menor possibilidade de cindir o julgamento do mérito mediante a antecipação de algumas das questões diretamente ligadas a ele", e que na sentença "se inclui não somente a decisão da causa, como a solução de todas as questões jurídico-substanciais capazes de influir sobre tal decisão". Na mesma esteira, KAZUO WATANABE (*Da cognição...*, cit. p. 107) afirma expressamente que as questões incidentais de mérito devem ser resolvidas pelo magistrado na sentença, em sua parte relativa à fundamentação, conforme o art. 458, II, do CPC). Em sentido oposto, pronunciou-se EDUARDO TALAMINI (*Saneamento do processo*, *Revista de Processo*, nº 86, p. 95-96), defendendo uma

Poder-se-ia dizer simplesmente que referidas decisões são uma aberração jurídica, e defender que elas devam ser sumariamente ignoradas. Mas, em realidade, a prática traz exemplos dessa realidade e o intérprete deve estar preparado para enfrentar tal situação e dar a ela a mais correta solução. Daí surge a necessidade de perquirir se decisões como essas, uma vez não impugnadas, geram simples preclusão (como a decisão interlocutória por excelência, isto é, aquela que resolve matéria processual apenas), ou se geram coisa julgada material.

DINAMARCO⁷⁴ e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁷⁵ – ao abordarem um dos aspectos decorrentes do problema, qual seja a possibilidade ou não de ação rescisória em face de uma decisão interlocutória dessa natureza – acabam por concluir que, se parte do mérito foi tratado fora da sentença, deve ser ele considerado coberto pela coisa julgada material (e, portanto, pode a decisão se sujeitar ao juízo rescisório).⁷⁶

Ainda que se aceite essa conclusão, é necessário nela fazer um breve reparo. Retornando-se ao exemplo dado (decisão interlocutória que rejeita "preliminar" de prescrição), a solução dessa questão pode ser considerada prejudicial de mérito, de maneira que, nos termos do art. 469 do CPC, sobre ela não recai propriamente a coisa julgada material.

Caso haja uma interlocutória que resolva essa questão, afastando a incidência da prescrição, caberia à parte a ação rescisória tendo por objeto a sentença e também a referida decisão interlocutória, haja vista que essa última, isoladamente, não poderia ser objeto da medida de impugnação simplesmente porque, em si, não foi coberta pela coisa julgada material.

Ataca-se, nesse caso, o comando contido na sentença, com base no errôneo entendimento de afastar a prescrição, de maneira que, acolhida a preliminar, cai, conseqüentemente, o dispositivo da decisão de mérito rescindenda. Pode-se dizer que a questão, apesar de não coberta diretamente pela coisa julgada material (ex arts. 469 e 470 do CPC), fica incluída no chamado efeito preclusivo da coisa julgada (art. 474), no sentido de que não poderá ser mais reapreciada com a finalidade de infirmar que o comando emergente da sentença de mérito passada em julgado.⁷⁷

interpretação sistemática dos arts. 331, 329 e 269, IV, do CPC, de maneira a permitir ao juiz rejeitar "preliminar" de prescrição e decadência ao sanear o feito. Mas nega que se possa falar de coisa julgada material. Na mesma esteira, afirma ser possível o julgamento parcial do mérito nas hipóteses do art. 269, II e III, do CPC. Todavia, parece ser essa opinião isolada do autor, perante a doutrina largamente dominante, conforme observamos acima.

⁷⁴ *Nova era do processo civil*, p. 280 ss.

⁷⁵ Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento, cit., p. 7-9.

⁷⁶ Em apoio, MENDONÇA LIMA (*ibidem*, p. 9) refere-se a julgados que admitiram a rescisória em face de acórdãos proferidos em sede de agravo de instrumento: *RT* 502/140; *RJTJESP* 12/187, 98/242.

⁷⁷ Nesse sentido, na doutrina italiana PROTO PISANI (*Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 386 ss, esp. p. 391, 1990) e, entre nós, BARBOSA MOREIRA

Não é exatamente fácil, contudo, responder se a referida decisão interlocutória, ainda no exemplo acima dado, é estável dentro do próprio processo em que foi proferida, antes que se cogite de sentença final (ou seja, se ela *pode ou não* ser reanalisada na sentença final, ou até se ela *deve* ser ali necessariamente confirmada).

Os dois estudos acima referidos não dão resposta a esta indagação (até por que a perspectiva de análise é outra). Apenas DINAMARCO⁷⁸ cogita essas hipóteses sem, contudo, posicionar-se a respeito. Sob sua perspectiva de enfoque (que gira em torno do cabimento ou não de ação rescisória em face da referida decisão), o autor aventava a hipótese de a sentença voltar a enfrentar a questão (o que acarretaria a idéia de que ela não estaria coberta pela coisa julgada ou por preclusão e que a ação rescisória, aí, seria cabível contra a sentença) e a hipótese de o juiz se recusar a reapreciar a questão na sentença (reconhecendo-se estar ela imune, de tal maneira que a ação rescisória se voltaria contra a interlocutória).

Um dos modos de ver o problema está em encarar referida decisão como fruto de um *error in procedendo* (pois contaria o primado da unicidade do julgamento do mérito e das questões a ele atinentes apenas na sentença). Diante disso, afigura-se mais razoável supor que tal decisão (até por implicar uma *nulidade processual*) não gera preclusão para o juiz.

8.3.4 Quanto à decisão baseada no § 6º do art. 273 do CPC: simples preclusão ou coisa julgada material?

Questão de relevo, que merece ser revisitada por decorrência da Lei nº 11.232/2005, está na estabilização da decisão que *antecipa* tutela quanto ao(s) pedido(s) ou parcela(s) do(s) pedido(s) incontroversa(s) (ex art. 273, § 6º, inserido pela Lei nº 10.444/2002). Aqui, realmente é de cogitar se, uma vez irrecorrida, tal decisão provoca simples preclusão (com efeitos meramente endoprocessuais) ou verdadeira e própria coisa julgada material.

No trabalho acadêmico que serviu de base ao presente estudo, havíamos enfocando as diferentes faces do problema e, naquela oportunidade, preferimos não adotar uma ou outra posição. Agora, porém, a própria alteração do conceito de sentença nos provocou nova reflexão a respeito.

Como apontam os estudiosos que comentaram o § 6º do art. 273,⁷⁹ trata-se de dispositivo que teve clara inspiração na obra de LUIZ GUILHERME MARINONI inti-

(A eficácia preclusiva da coisa julgada material, *Temas de direito processual - 2ª série*, p. 97-109, esp. p. 98-99).

⁷⁸ *Nova era...*, cit., p. 289.

⁷⁹ V. g., DIDIER JR., CHEIM JORGE E ABELHA RODRIGUES (*A nova reforma processual*, p. 67).

itulada *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*.

Nessa monografia, defendia o autor paranaense que a incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, poderia dar ensejo à antecipação de tutela no tocante a essa parte, porquanto a resistência do réu nesse particular caracterizaria *abuso do direito de defesa*. Haveria, pois, a incidência do comando contido no art. 273, II, do CPC.

A partir da promulgação da Lei nº 10.444/2002, vários estudos comentando o referido dispositivo foram publicados, polarizando-se justamente em torno da questão por nós proposta, ou seja, se se trata de decisão verdadeira e unicamente antecipatória de tutela (e, portanto, precária, carecedora de confirmação por sentença e insuscetível de produzir coisa julgada material, mas sim, quando muito, simples preclusão), ou se se constitui julgamento antecipado parcial do mérito⁸⁰ (que, uma vez irrecorrido, gera coisa julgada material e, conseqüentemente, execução definitiva, independentemente da solução do restante da demanda).

Antes da Lei nº 11.232/2005, pesava em prol da primeira solução um fortíssimo argumento, que era justamente o de que a decisão proferida nos termos do art. 273, par. 6º, não põe fim ao processo, sendo, portanto, interlocutória. E como somente a sentença pode julgar o mérito da lide e ser coberto pela coisa julgada material (arts. 459 e 467 do CPC), resultava natural que a decisão proferida nos termos do art. 273, § 6º, não poderia receber essa imutabilidade.

Contudo, como vimos, mesmo mantendo-se inalterado o texto dos arts. 459 e 467 (que determinam que apenas a sentença julgue mérito e seja coberta pela coisa julgada material), após a Lei nº 11.232/2005 não existe mais base legal para dizer que o processo admita apenas uma sentença.

A Lei nº 11.232/2005 jogou por terra, assim o melhor argumento para defender que o art. 273, § 6º, instituiu nova modalidade de antecipação de tutela, passível de ser estabilizada por simples preclusão. Afora esse fundamento, tudo o que resta para defesa dessa tese é bastante fraco,⁸¹ tornando preponderantes os

⁸⁰ Ou, como preferem DIDIER JR., JORGE E RODRIGUES, "resolução parcial do mérito", em homenagem a expressão contida no art. 269 do CPC (*A nova reforma...*, cit., p. 69); ou ainda "técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles" como defende SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 47).

⁸¹ Diz-se que a *localização* do dispositivo no Código sugeria que a decisão é *antecipatória de tutela*, e que a incontrovérsia de pedido ou parcela de pedido não exime o juiz de controlar a regularidade dos pressupostos processuais, das condições da ação até que o processo se extinga definitivamente. O primeiro argumento é simplista demais, e não leva em conta que nosso Código está recheado desse tipo de imperfeição, exigindo sempre interpretações sistemáticas para contornar os problemas que a interpretação literal traria. Não haveria esse problema interpretativo se nosso legislador tivesse tomado uma posição clara a respeito - como a do legislador português, no art. 510.1.b, do CPC daquele país. O segundo argumento também se esfacela com a quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito decorrente da Lei nº 11.232/2005, pois a decisão de parcela do pedido ou

argumentos da corrente que sustenta se tratar de sentença de mérito parcial, que pode ser coberta pela coisa julgada substancial.⁸² A essa tese agora manifestamos nossa total adesão.

8.3.5 Da inexistência de questões implicitamente decididas

Questiona-se, ainda, a possibilidade de existirem no processo decisões implícitas e se sobre elas recairia preclusão. A dúvida torna-se mais aguda na *decisão declaratória de saneamento*, pois é nela que se concentra a maior parte das decisões que se devem tomar no curso do processo, ou seja, as relativas às condições da ação, pressupostos processuais, controle da regularidade formal do processo e matéria probatória.

De um lado, pode-se entender que, se o juiz não se pronuncia explicitamente sobre determinada questão incidental (por exemplo, ao sanear o processo, não afirma a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais) e passa à etapa lógica e cronologicamente subsequente (no mesmo exemplo, passa o magistrado a definir os pontos controvertidos da lide e as provas necessárias a aclará-los), é porque implicitamente decidiu sobre referida matéria.

De outra banda, entendem outros autores que não se poderia cogitar da existência de decisões implícitas e, principalmente, da sua validade, à luz do dever do juiz de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), mesmo as interlocutórias (art. 165 do CPC).

Um dos representantes dessa segunda corrente é GALENO LACERDA,⁸³ que é enfático ao afirmar a impossibilidade de reconhecer decisão implícita no despacho saneador, seja em devoção ao princípio que exige a motivação de todas as decisões, seja porque a ausência de decisão expressa sobre determinada questão incidental pode caracterizar reconhecimento tácito, por parte do juiz, de que os

de pedido cumulado cinde o processo em dois, de tal sorte que prosseguirá apenas com relação à parte não julgada.

⁸² Essa segunda solução, hoje largamente preferível, também está lastreada em robustos argumentos: o mais persuasivo deles é o de que a decisão amparada pelo art. 273, § 6º, funda-se em cognição *exauriente*. Ou seja: tratar-se-ia de uma decisão de mérito, que põe fim à parte da controvérsia, sendo defeso ao juiz reexaminar esse pedido ou parte do pedido em face da incontrovérsia havida. Assim, para essa corrente é indubitoso que não se antecipa tutela, mas se entrega a definitiva prestação jurisdicional, eis que nenhuma atividade cognitiva ulterior do juiz é necessária. Seria um modo de *cisão* do objeto do processo. Para os defensores dessa opinião, a topologia do artigo está errada, mas nem por isso se poderia ignorar a essência do instituto (a propósito, vide v. g., DIDIER JR., JORGE e RODRIGUES (*A nova reforma...*, cit. p. 71). Ademais, afirma SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 47) que "sua função, fosse ele um 'terceiro' caso de tutela antecipada, já é muito bem desempenhada pelo inciso II do art. 273".

⁸³ *Despacho saneador*, p. 172-173.

atos a ela subjacentes carecem de prova. De resto, colhem-se outros autorizados pronunciamentos doutrinários⁸⁴ e jurisprudenciais⁸⁵ repudiando a possibilidade de existirem decisões implícitas.

CHIOVENDA professou entendimento intermediário em torno do problema. Se por um lado lecionava que "o dito vulgar 'tantum iudicatum quantum disputatum', que seria falso se referido à decisão final de acolhimento ou rejeição da ação, traz uma verdade relativamente às preclusões no curso do feito".⁸⁶ No entanto, adiante abre exceções para "questões não propostas e não decididas haja vista que compreendidas em outra questão já decidida" (ou seja, questões simples que giram em torno de questão complexa decidida).

Inobstante, se as decisões implícitas realmente existirem e forem válidas, resta saber se, uma vez proferidas e irrecorridas pela parte interessada, geram preclusão.

CALMON DE PASSOS nega a existência de decisão implícita somente se não houve proposição da questão pelas partes,⁸⁷ dando a entender que, se houve proposição da questão e foi ela superada sem pronunciamento explícito, haveria decisão. Nesse caso, aceita o autor a existência da preclusão.⁸⁸

Em sentido análogo, FREDERICO MARQUES afirma que o fato de a questão ter sido ventilada pelas partes influencia a preclusão que sobre ela recai: se suscitada pelas partes e decidida explícita ou implicitamente pelo juiz, há preclusão; se não houve, por parte de ninguém, a arguição da matéria preliminar, e o juiz rejeitou-

⁸⁴ Cf. e. g., BARBOSA MOREIRA (*A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito*, *Temas de direito processual*, p. 83-95); TALAMINI (*Saneamento do processo*, cit., p. 102) e DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 236).

⁸⁵ Nesse sentido, confira-se à guisa de exemplo ementa de acórdão relatado pelo hoje Ministro do STF César Peluso, quando ocupava o cargo de juiz do 2º TAC/SP: "*Sentença - Nulidade - Motivação de reconsideração implícita de decisão anterior que facultara prova - Ausência - Infringência do princípio da essencialidade de motivação dos atos decisórios suscetíveis de prejuízo às partes - Reconhecimento - Exegese dos artigos 165 e 458, II, do Código de Processo Civil*. Sob pena de violentar o princípio da essencialidade da motivação dos atos decisórios suscetíveis de prejuízo às partes (artigos 165 e 458, II, do CPC), concebido como garantia inerente ao Estado de Direito, não pode o juiz entrar a sentenciar, decidindo o mérito, sem antes e motivadamente decidir questões prévia da necessidade, ou não, de diligência predeterminada, que consista na aquisição processual de uma prova e, pois, em expectativa de vantagem às partes" (EI 164.572-01/6, 5ª Câmara, rel. Juiz César Peluso, j. 10.10.1984, JTA (RT) 95/336).

⁸⁶ *Cosa giudicata e preclusionone*, cit., p. 271 (em nossa tradução livre).

⁸⁷ "Diversamente ocorre quando o juiz declara saneado o feito, sem resolver questões, porque não provocado a decidir em face de controvérsia das partes" (*Comentários...*, cit., p. 530).

⁸⁸ "Aqui, emite ele um juízo orientador de seu proceder e explicitador de seu entendimento e uma e outra coisa não geram preclusão para o segundo grau. Nem se pode, a rigor, falar em gravame para qualquer dos litigantes, porquanto nenhuma questão por eles foi levantada nem posição processual de vantagem foi definida em benefício de qualquer das partes" (*Comentários...*, cit., p. 530).

a implicitamente, não haveria preclusão.⁸⁹⁻⁹⁰ Há, ainda, julgados que perfilham a mesma orientação.⁹¹

Contudo, em que pese a autoridade de tais pronunciamentos, não há como reconhecer nem a existência de decisões implícitas, tampouco de qualquer efeito preclusivo a elas atinente.

Pensando o problema sob o ponto de vista estritamente técnico, chega-se à conclusão de que a decisão implícita seria *nula* (pela inobservância do dever de fundamentação imposto pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil), e tal nulidade pode ser a qualquer momento reconhecida, inclusive de ofício, por se tratar de nulidade absoluta (pois atenta contra garantia constitucional). Ou seja, um ato nulo não poderia induzir a preclusão das questões nele resolvidas. Apenas a coisa julgada tem efeito sanatório de nulidades, mas não a preclusão (cujo âmbito de incidência é, notadamente, mais reduzido).

Ainda que o problema seja deslocado do prisma puramente técnico, foge ao bom-senso que a parte se sujeite ao ônus de impugnar uma decisão que sequer foi enunciada (e, evidentemente, também não foi fundamentada). E essa assertiva parece tão mais lógica se considerarmos que ainda há acórdãos que negam a possibilidade de embargos declaratórios contra decisão interlocutória, com efeito suspensivo do prazo para agravo (nos termos do art. 538 do CPC),⁹² a despeito de a jurisprudência já ter pacificado a questão em sentido oposto.⁹³

⁸⁹ “No tocante ao despacho saneador, resolvida que fique alguma questão processual, ainda que de ofício, cabe à parte prejudicada interpor agravo de instrumento, se quiser evitar a preclusão *pro iudicato*. Quando, porém, o juiz não teve de resolver questão alguma daquelas resultantes dos arts. 267 e 301, limitando-se a declarar *simpliciter* o processo em ordem, inexistente preclusão *pro iudicato*. [...] Mas se o réu, ou outro sujeito processual, levantaram preliminar, a decisão declarando saneado o processo será atingida pela preclusão *pro iudicato* se não for interposto agravo de instrumento. E isso ainda mesmo que o juiz, no despacho saneador, nada diga sobre a questão – visto que a falta de referência expressa não exclui, no caso, o julgamento implícito, que se contera no despacho, repelindo a preliminar argüida” (*Manual...*, cit., v. 2, p. 171). A única ressalva que o autor faz a seu pensamento está “quando o pronunciamento do juízo *a quo* possa restringir poderes iminentes ao juízo *ad quem*, para o controle jurisdicional sobre sua própria atividade no processo”, mas isso em razão do princípio de que cada juiz é juiz de sua própria competência.

⁹⁰ Mais recentemente pronunciaram-se no mesmo sentido JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 34) e ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 146).

⁹¹ RT 414/146.

⁹² V. g. STJ, 1.ª Turma, Recurso Especial 242657-PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. 23.03.2000.

⁹³ “Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do CPC atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais” (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial 159317-DE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.10.1999). E não faltam julgados no mesmo sentido, como anota THEOTONIO NEGRÃO, em seu *Código de Processo*

O completo enfrentamento do problema ainda depende da análise da opinião de BARBOSA MOREIRA a respeito. O notável processualista faz a interessante (e acertada, em nosso sentir) observação de que a idéia de uma decisão implícita seria uma “ficção” justamente para evitar falar de uma preclusão por omissão.⁹⁴

Todavia, o autor prossegue, afirmando que, apesar de a decisão implícita não existir, se verifica, sim, a impossibilidade de o juiz conhecer da questão superada senão no momento oportuno (e cita como exemplo as questões de cunho processual enfrentadas no despacho saneador), ou seja, defende que, apesar de não haver decisão implícita sobre a questão superada logicamente pelo magistrado, *mesmo assim estaria ele impedido de apreciá-la*.⁹⁵ Essa segunda parte do raciocínio não pode contar com nossa concordância.

A prevalecer esse entendimento, estar-se-ia admitindo que o juiz deveria observar *termo* para praticar determinado ato processual sob pena de não mais poder fazê-lo, o que é absurdo (o juiz, como se sabe, está sujeito apenas a prazos impróprios).

Ademais, isso implicaria aceitar que o juiz teria seus poderes de conhecer determinada questão tolhidos pela inatividade da parte, o que, como vimos (item 6.3, *supra*), não corresponde à verdade: se o juiz não pode conhecer de determinada questão em face da inércia da parte em suscitá-la, isso ocorre não porque haja para ele uma preclusão, mas sim porque o ordenamento veda sua iniciativa *ex officio*, isto é, sem provocação do litigante interessado.

Resta, então, afirmada a impossibilidade de existirem decisões implícitas e, por conseguinte, da ausência de qualquer efeito preclusivo daí derivado.

Note-se, ainda, que o comando contido no art. 474 do nosso CPC (relativo à eficácia preclusiva da coisa julgada sobre as questões que a parte “poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”, as quais “reputar-se-ão deduzidas e repelidas”) não infirma as conclusões aqui tiradas. De fato, trata-se – aqui também – de uma *ficção* utilizada pelo legislador, de maneira a impedir que o vencido procure discutir o resultado do processo dado por sentença de mérito passada em julgado.

De fato, essa idéia de que as questões estariam supostamente decididas de modo implícito cai por completo quando se verifica o real alcance do art. 474, isto é, de que a matéria dedutível fica coberta pela coisa julgada com o intuito de

Civil e legislação processual em vigor, p. 575: “RSTJ 94/277, 97/977; RT 739/313; JTJ 204/222; JTA 66/178, 114/55, 121/59; *Lex-JTA* 155/264, 161/73; RJ 250/87; RJTAMG 65/56; RTJE 165/224”.

⁹⁴ *O novo processo civil brasileiro*, p. 54. Em outro escrito (A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, *Temas de direito processual*, p. 97-109, esp. p. 98-99) o processualista afirma que a idéia de que haveria decisões implícitas é “uma ficção tão supérflua quanto inconveniente”.

⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, *ibidem*, p. 54.

impedir que o resultado do processo seja atacado ou discutido pelo sucumbente. É nesse sentido que deve ser entendida a máxima de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível: cobre com o propósito de obstar que a coisa julgada seja atacada ou discutida pelo sucumbente.⁹⁶

8.3.6 Preclusão de questões resolvidas na sentença

8.3.6.1 Preclusão anterior ao trânsito em julgado

Se, via de regra, o juiz não pode rededir o que já tiver resolvido no curso do processo, parece muito mais lógico que o ordenamento o impeça de apreciar novamente o que já foi enfrentado por sentença, seja de mérito, seja terminativa, seja antes, seja depois do seu trânsito em julgado.

Antes do trânsito em julgado, a preclusão das questões resolvidas acha-se expressamente positivada no art. 463 do CPC. E note-se que, com a reforma operada pela Lei nº 11.232/2005 deixou claro que essa preclusividade se aplica também às sentenças terminativas, eis que o *caput* do art. 463 já não mais contém referência limitada às decisões de mérito.

Trata-se de preclusão muito mais forte e profunda do que aquela incidente sobre as questões enfrentadas por mera decisão interlocutória, pois as exceções à sua aplicação vem taxativamente enunciadas pelos incisos do artigo, ou seja, a correção de erros materiais e para as alterações decorrentes do acolhimento de embargos declaratórios.

Todas as modificações que não se refiram às exceções legais não podem ser efetuadas pelo magistrado, nem de ofício, nem a pedido da parte.⁹⁷ O momento a partir do qual se opera esse efeito impeditivo dos poderes do juiz é o de publicação da sentença (vale dizer, da entrega do ato ao escrivão, e seu posterior registro).

⁹⁶ Além das obras referidas acima, na nota 77 a este capítulo, prevalece a idéia de que o dedutível, nesse caso, poderia constituir objeto de um processo autônomo. ARIETA, DE SANTIS e MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile*, p. 401) atentam justamente para o fato de que defender que a coisa julgada material cobre o dedutível implica violação ao direito de ação ou de ampla defesa, insculpidos no art. 24 da Constituição italiana.

⁹⁷ Ressalva se faça à forte corrente jurisprudencial que entende que o juiz pode rever "erros grosseiros", ao receber embargos declaratórios, ou seja, corrigir uma decisão claramente equivocada, nesta sede, mesmo sem haver omissão, contradição ou obscuridade. (Nesse sentido, confira-se: RSTJ 39/289, 47/275 e RJ (STJ) 185/554; JTACivSP 110/256, 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/136. No STF: RE 207.928-6 SP Edcl, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.1998, v. u, DJU 15.5.1998, p. 54.) Estamos diante de uma flexibilização do instituto da preclusão, que se inspira na idéia de que o erro de fato flagrante pode ser corrigido, de modo a evitar os percalços com a eventual interposição de recursos ou até mesmo ajuizamento de ação rescisória.

O fundamento lógico e legal desse fenômeno tentou ser explicado por ATTARDI.⁹⁸ Em que pese o fato de o autor se recusar a aceitar a autonomia científica do conceito de preclusão, a idéia por ele enunciada merece ser aqui transcrita: "a sentença tem valor vinculante para o juiz, e não porque ele tenha, com a própria pronúncia, perdido o poder de julgar, nem porque se verifique uma preclusão, mas porque a sentença tem conteúdo imperativo e produz antecipadamente contra o juiz que a pronunciou uma parte da autoridade que mais amplamente produzirá depois do trânsito em julgado". Haveria, para o autor, antecipação de efeito que a coisa julgada virá a produzir.⁹⁹

PUGLIESE fez constatação similar: "sem negar *a priori* uma certa autoridade à sentença também ainda não passada em julgado [...] se deve reafirmar que a não modificabilidade e não revogabilidade desta pelo juiz é um fenômeno diverso, ainda que de qualquer modo coordenado com aquele da autoridade".¹⁰⁰ Assim, sem fugir da sua premissa básica (de negar a existência de um fenômeno denominado *preclusão*), e mantendo firme sua posição contrária à doutrina de LIEBMAN acerca da coisa julgada (a qual separa a natural eficácia da sentença da imutabilidade de seus efeitos como qualidade desses), PUGLIESE acaba por perfilhar-se a ATTARDI e enxergar na sentença ainda não passada em julgado uma força imperativa que é projeção antecipada da coisa julgada.

Apesar de consignar nossa discordância dos aludidos estudiosos italianos, e reafirmar a autonomia do conceito de preclusão, mostra-se útil aprofundarmos na idéia desenvolvida por PUGLIESE para explicar o fenômeno preclusivo acerca da sentença ainda não passada em julgado.

Defende PUGLIESE a existência de *três níveis de autoridade da coisa julgada*: o primeiro, antes mesmo de ter transitado em julgado (consistente em impedir que o próprio juiz que a proferiu a modifique); o segundo, resultante da coisa julgada formal (a sentença não pode ser mais modificada, nem pela instância superior, exceto, no caso do direito italiano, dos recursos extraordinários); e a terceira, derivada da coisa julgada substancial (que vincularia imutavelmente as partes e qualquer outro juiz no que tange à definição daquela controvérsia).

⁹⁸ Per una critica, cit., p. 13, em nossa tradução.

⁹⁹ Em realidade, ATTARDI, por não acolher a teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada (dominante na nossa doutrina, admitida pelo legislador e, pelo menos em nosso sistema, absolutamente insuperável por qualquer outra), não observa que diferentemente da eficácia da sentença (essa, sim, *erga omnes*, aí incluídos o juiz que a proferiu e todos os demais cidadãos) existe a sua *imutabilidade* (que espraia seus efeitos para todos os juízes, *mas apenas para as causas que apresentarem a triplíce identidade com a primeira*). E esse último fenômeno só se dá com o trânsito em julgado da sentença de mérito.

¹⁰⁰ Giudicato civile (diritto vigente), cit., p. 804-805, nota 95 (Tradução inédita de Ricardo de Barros Leonel).

Não podemos, em nosso ordenamento, prescindir do conceito (autônomo) de preclusão, mas a construção desenhada por PUGLIESE nos pode ser bastante útil, pois de fato há três níveis de estabilidade para a sentença.

Prolatada a sentença, haveria preclusão, e dirigida apenas ao juiz que a proferiu, de maneira que o provimento não mais possa ser alterado¹⁰¹ (exceto nas duas hipóteses do art. 463 do CPC e, também, no caso previsto no art. 296 e 285-A, § 1º, do mesmo diploma legal).

Por força especialmente do art. 463, parece-nos que nem mesmo as questões que – como veremos adiante (item 8.5) – não estão sujeitas à preclusão escapariam desse efeito impeditivo.

Assim, se o juiz profere sentença de procedência do pedido e, depois de tê-la publicado, convence-se da ilegitimidade passiva do réu, não poderá rever seu entendimento. Do mesmo modo, se o juiz acolhe, por exemplo, uma preliminar de ilegitimidade, e publica sentença terminativa, também não poderá alterar seu entendimento sobre essa questão fora das exceções legais (aqui se inclui, particularmente, a possibilidade aberta pelos arts. 296 e 285-A, § 1º, do CPC).

Qual seria a razão para essa maior força da mera preclusão incidente sobre a sentença, independentemente da formação da coisa julgada?

Em nosso sentir, apesar da alteração operada pela Lei nº 11.232/2005 no art. 463 do CPC, com a publicação da sentença, o juiz efetivamente encerra seu ofício jurisdicional, *ao menos com relação à parte do processo ali decidida*.

Não negamos que a redação original do *caput* do art. 463 apresentava óbvia deficiência técnica, seja por referir-se limitadamente às sentenças de mérito (sem razão para se excluir as sentenças terminativas) seja por afirmar que o juiz cumprirá seu ofício jurisdicional (fosse assim, não poderia tomar atitude alguma relativamente aos recursos de apelação interpostos pelas partes, ou, pior, não poderia dar prosseguimento ao processo em primeira instância quando houvesse possibilidade de execução provisória). Assim, em boa hora, vingou o projeto de lei que alterou a redação do indigitado art. 463.

Não obstante, não há como negar também que, após a sentença, os poderes do juiz singular ficam sensivelmente reduzidos. Antes do trânsito em julgado, incumbir-lhe-á apenas o controle (prévio e provisório) acerca da admissibilidade e efeitos da apelação e, eventualmente, a decretação de hipoteca judiciária (são as únicas atividades que nos vêm à mente agora).

Mesmo se sentença puder ser cumprida provisoriamente, as atividades do juiz a partir da publicação da sentença já não mais serão *cognitivas*, e *sim executivas*.

¹⁰¹ “Vê-se, pois, que, proferida a sentença, cria-se para o órgão judiciário que a proferiu uma preclusão que, como fato impeditivo, veda ao juiz rever aquilo que por ele foi decidido” (FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 5, p. 38-39). Nesse exato mesmo sentido, ASSUMPTÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 30).

ou seja, o juiz nada mais decidirá, limitando-se a pôr em movimento os mecanismos destinados a fazer cumprir o que previamente já decidira.

Tanto são reduzidos os poderes do juiz singular após publicada a sentença, que o art. 800, parágrafo único, do CPC confere ao Tribunal *ad quem* competência para a medida cautelar, depois de interposto o recurso. O sistema entende que, a essa altura, o juiz nada mais tem a decidir. Quando muito se desenvolverão diante de si atos tendentes à satisfação do direito reconhecido àquele que se sagrou vencedor, sem que com isso haja atividade cognitiva.

Em suma, estamos diante de uma preclusão típica (e mais forte), a qual impede o juiz de primeiro grau de redecidir o que foi resolvido na sentença. Os dois demais níveis de estabilização das sentenças são justamente a coisa julgada formal e material, do qual discorreremos, sucintamente, no item seguinte.

Para encerrar essa reflexão, é conveniente observar que a mesma idéia se aplica aos acórdãos: colhidos os votos e anunciado o resultado do julgamento pelo presidente do colegiado, torna-se pública a decisão e aos magistrados que a prolataram é defeso modificar a decisão. Apóia esse entendimento não só o art. 463 do CPC (extensível aos acórdãos), mas também – e como ressaltou BARBOSA MOREIRA em sucinto, mas interessante, artigo¹⁰² que comenta decisão do Supremo Tribunal Federal publicado em *RTJ* 166/406 – o art. 558 do CPC.¹⁰³

8.3.6.2 Coisa julgada

Transcorrido *in albis* o prazo recursal, e formada a coisa julgada formal, nem mesmo socorrerão o juiz de primeira instância as brechas do art. 463 do CPC para contornar a preclusão. Quando muito, erros materiais (de ordem numérica) poderão ainda ser corrigidos, mas é impossível cogitar de empregar, aqui, o entendimento jurisprudencial de que se poderiam reparar “erros grosseiros” (não simplesmente materiais). Ademais, por óbvio, não se cogitará mais de embargos declaratórios, sendo evidente também que esse efeito impeditivo se estende às instâncias superiores.

Os efeitos da coisa julgada formal impedem apenas que se rediscutam as questões incidentais resolvidas no mesmo processo, e, se não vierem a eles agregados os efeitos da coisa julgada material, *em princípio* não fica vedada a propositura de

¹⁰² Julgamento colegiado – modificação do voto após proclamação do resultado, *Temas de direito processual (sétima série)*, p. 107-110.

¹⁰³ Vale notar que BARBOSA MOREIRA não afirma expressamente que haja, para o colegiado, preclusão; mas, ao invocar inúmeras razões de ordem prática (a maioria delas girando em torno da necessidade de preservação da segurança jurídica), para sustentar a impossibilidade de modificação do voto após anúncio do resultado do julgamento, o processualista claramente atentou para o fenômeno.

demanda autônoma em que se ventilem novamente as mesmas questões. Ainda aqui os efeitos são meramente endoprocessuais.

E, se a sentença for de mérito, além do efeito impeditivo da simples coisa julgada formal, surgirá a coisa julgada material que, dentro dos limites subjetivos e objetivos impostos pela lei, extrapola o processo em que foi lançada, impondo-se em qualquer outro feito de *eadem re* futuro, perante qualquer juiz. Os efeitos são como se sabe, extraprocessuais.

Tratando-se de questão prejudicial de mérito, restará perguntar se houve sobre ela declaração incidente (arts. 5º e 325 do CPC); em caso negativo, os efeitos aqui são também endoprocessuais, ou seja, ela não será coberta pela coisa julgada material (art. 469, III) e pode ser discutida fora do processo. Em caso afirmativo, a coisa julgada material envolve também a questão prejudicial de mérito (art. 470).

Quanto às demais *questioni d'ordine*, não se pode cogitar, de modo algum, uma imutabilidade que opere extraprocessualmente, pois, como já se viu, a lei exclui qualquer efeito que não seja o endoprocessual (e, em razão do conteúdo de tais decisões, não poderia ser diferente).

Em suma, apesar da larga diferença de amplitude de efeitos, há congruência entre a preclusão de questões e a coisa julgada formal com a verificação de que ambos se dirigem ao juiz, com efeitos exclusivamente *endoprocessuais*. Isso explica porque a coisa julgada seria a *preclusão máxima*.¹⁰⁴

Todavia, os efeitos da coisa julgada formal são muito mais extensos do que os da simples preclusão, pois são associados à sentença (ato que põe fim, ou a parte do processo, ou a ela como um todo). Assim, se há determinadas questões que, resolvidas incidentalmente, poderiam ser revistas em etapas futuras do processo (porquanto a salvo da preclusão, como, dentre outras, àquelas relativas às condições da ação e pressupostos processuais – vide item 8.5.1, *infra*), o mesmo não sucede se forem elas apreciadas em sentença: não poderiam ser mais objeto de cognição no mesmo processo, pois, como é óbvio, processo já não mais há.

Por essa razão – à qual se acresce a longa tradição doutrinária que consagrou a expressão *coisa julgada formal* e as normas do nosso Código de Processo Civil quanto à espécie – não podemos concordar com aqueles que refutam a utilidade

¹⁰⁴ Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Tèoria geral do processo*, p. 310), ANTONIO CARLOS MARGATO (Preclusões: limitações ao contraditório?, cit., p. 105), dentre outros. CONTRA: JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 48): “A utilização da expressão ‘preclusão máxima’ para denominar a coisa julgada não contribui para o estudo técnico-jurídico do instituto da preclusão.”

desse particular conceito¹⁰⁵ mesmo reconhecendo estar este englobado no conceito mais amplo de preclusão.¹⁰⁶

Outra observação que se pode fazer à vista das ponderações tecidas no presente item é a de que a matéria que sofre incidência da coisa julgada material é mais limitada do que a da coisa julgada formal (ou da preclusão, genericamente considerada), pois recai ela apenas sobre o *dispositivo* da sentença de mérito, excluindo os motivos, a verdade sobre os fatos controversos e a questão prejudicial decidida incidentalmente (art. 469 do CPC), ao passo que a coisa julgada formal incide sobre todas as questões propostas ou proponíveis no curso da ação.¹⁰⁷

§ 3.6.3 Preclusão quanto às sentenças parciais (terminativas e de mérito)

Conforme conclusões alcançadas no item 8.2.3, *supra*, a Lei nº 11.232/2005, ao alterar a redação dos arts. 162, § 1º, e 269 do CPC, acabou por abrir margem para a prolatação de decisões parciais de mérito, além de ter reclassificado como *sentenças terminativas parciais* determinados provimentos que, antes, eram tidos por interlocutórias.

E as conclusões tiradas dos dois itens precedentes aplicam-se perfeitamente, mesmo em se tratando de sentenças parciais, sejam terminativas, sejam de mérito, ou seja, também elas passam por dois estágios de imunização: o primeiro logo após a publicação da sentença, atingindo apenas o seu prolator (e mesmo assim com as brechas dadas pelo art. 463 do CPC); e o segundo após transcorrido *in albis* o prazo para recurso (seja ele qual for), quando formada a coisa julgada formal e, se for o caso, a material.

Como vimos, essa reforma processual criou plenas condições de cisão do objeto do processo antes do término da fase de conhecimento, de modo que parte dele possa passar desde logo à fase de cumprimento de sentença (ou até ensejar ação rescisória, dentro dos casos legais), e parte prossiga para proferimento de sentença final, que então porá termo à fase de conhecimento.

¹⁰⁵ V. g. CELSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62).

¹⁰⁶ Nesse sentido já havia pontuado, há mais de meio século, MACHADO GUIMARÃES (*Estudos de direito processual civil*, p. 13).

¹⁰⁷ É de rigor observar, contudo, que continua ser de excluir a idéia de que haveria decisão implícita sobre as questões proponíveis, mas não efetivamente propostas. Como observamos no item 8.3.5, *supra*, tal fenômeno, a nosso ver, não existe. Em verdade, as questões propostas e proponíveis consideram-se repelidas porque a coisa julgada formal impede as partes e o juiz de exercerem qualquer atividade concernente àquelas questões no mesmo processo. Se estiverem elas fora do âmbito de incidência da coisa julgada material, num outro processo eventualmente podem ser suscitadas e resolvidas sem nenhum impedimento.

Apenas antes de finalizar, impende observar um interessante aspecto atinente às sentenças terminativas parciais. Após refletir, acabamos constatando que a Lei nº 11.232/2005 acabou por resolver uma enorme incongruência antes existente no sistema.

Quando defendemos a ausência de preclusão, por exemplo, para o controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (vide item 8.5.1, *infra*), invocamos inúmeras lições doutrinárias e julgados dos tribunais, os quais invariavelmente trazem exemplos em que o juiz *rejeita*, por exemplo, a arguição de ilegitimidade, ou de falta de capacidade processual, para, depois, rever sua posição a respeito para *extinguir o processo sem exame de mérito*. Todavia, há uma ausência de preocupação generalizada da doutrina com a situação inversa, isto é, se poderiam ser reconsideradas as decisões que *acolhem* tais matérias e aplicam uma das hipóteses do art. 267 do CPC.

Quando a decisão implica uma das situações do art. 267 para pôr fim ao processo, mesmo antes da Lei nº 11.232/2005, a solução era extremamente fácil, pois se tinha aí (e se tem ainda) inequivocamente uma sentença, que podia ser imunizada pela coisa julgada formal.

Mas como bem vimos (item 8.2.3 *supra*), a aplicação de hipóteses do art. 267 pode muito bem se dar no curso do processo, quando for o caso de extinguir sem resolução de mérito apenas uma ou mais das demandas cumuladas. Aí justamente residia a enorme dificuldade interpretativa anteriormente à Lei nº 11.232/2005.

Com efeito, valendo-nos de exemplos já invocados no item 8.2.3, *supra*, podemos imaginar perfeitamente que, por meio de uma decisão saneadora complexa, o juiz a um só tempo indefira a denunciação da lide por falta de interesse processual e rejeite a inicial da reconvenção por ilegitimidade do reconvinido, determinando o prosseguimento da demanda original, movida pelo autor-reconvinido.

De acordo com a redação original do Código (o que não mudou após a Lei nº 11.232/2005), a aceitação da denunciação da lide e o recebimento da reconvenção são enquadradas como decisões interlocutórias. Contudo, ainda segundo a redação primitiva do CPC, *também era interlocutória aquela decisão que, acolhendo essas matérias preliminares, acabava extinguindo apenas uma das demandas cumuladas, sem extinguir todo o processo*.

Assim é que antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/2005, era de se questionar se o juiz, antes da sentença, poderia reconhecer o seu equívoco e rever, nos exemplos dados, a rejeição liminar da denunciação da lide ou da reconvenção.

Em prol da resposta positiva estava a constatação básica de que o exemplo encerraria uma típica decisão interlocutória, de modo que não se poderia em princípio cogitar que houvesse coisa julgada (nem mesmo formal, pois esse efeito era e continua sendo reservado apenas às sentenças), mas, *no máximo, simples preclusão*.

Todavia, como a decisão dada como exemplo versa “matérias cognoscíveis de ofício a qualquer tempo”, isso a tornaria imune à preclusão (conforme item 8.5.1, *infra*), pouco importando que as questões tenham sido acolhidas (para os fins do art. 267) e não rejeitadas.

Em apoio à resposta negativa, de outra banda, haveria a constatação de que a cumulação de demandas atende, justamente, a razões de economia processual,¹⁰⁸ e não faria sentido algum o absurdo tumulto processual causado pela ulterior reconsideração de decisão que, no curso do processo, rejeitara sem apreciação de mérito demanda cumulada. Nos exemplos dados, a reconsideração imporiam necessariamente o retorno do procedimento à etapa de saneamento, para que o denunciando à lide não citado integrasse a relação processual, e para que se desse o contraditório e a instrução relativamente à reconvenção rejeitada liminarmente.

A promulgação da Lei nº 11.232/2005, contudo, eliminou qualquer dúvida a respeito, negando ao juiz a possibilidade de rever decisão de indeferimento liminar de demanda cumulada. Com isso, o sistema ficou muito mais coerente, especialmente quando se cuida do trato das demandas cumuladas.

Agora, a decisão dada como exemplo (que rejeita liminarmente denunciação da lide e reconvenção), é *sentença*, segundo o art. 162, § 1º, reformado, (por implicar hipóteses do art. 267 do CPC) e, portanto, pode, sim, ser coberta pela coisa julgada (ainda que formal).

Nessa hipótese, logo que prolatada a sentença terminativa parcial, aplica-se a preclusão ao seu próprio prolator, conforme estabelecido pelo art. 463 do CPC (segundo redação dada pela nova lei já multirreferida) e, transcorrido *in albis* o prazo do recurso (seja qual for ele, aqui pouco importa), surgirá a coisa julgada formal. O processo prosseguirá, então, com relação às demais demandas cumuladas, sem riscos de retrocessos àquelas questões já imunizadas.

8.3.7 Preclusão de questões e instâncias processuais

Não oferece grandes dificuldades pensar o fenômeno da preclusão incidente sobre questões já resolvidas dirigido ao próprio juiz que prolatou a decisão, e os traços principais desse fenômeno já estão razoavelmente descritos neste Capítulo.

Contudo, como é cediço, em razão dos recursos previstos em nossa legislação, o processo pode se escalar em *instâncias*, de tal modo que se mostra importantíssima a análise da vinculação da instância inferior por decisões incidentais tomadas na superior (por força de um agravo de instrumento, por exemplo), e da vinculação da instância superior por decisões incidentais tomadas pela inferior (seja no julgamento da apelação, seja no julgamento de agravo de instrumento

¹⁰⁸ Cfr., dentre outros, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 162).

em que se torna necessária a apreciação de decisão lançada anteriormente àquela agravada).

Estamos atentando aqui para o problema descrito por BARBI: "Os efeitos da preclusão de questões em referência ao juiz devem ser encarados por três sujeitos: (a) o do juiz e sua própria decisão; (b) o do juiz e a decisão da autoridade inferior, e (c) o do juiz e a decisão da autoridade superior."¹⁰⁹

O primeiro ponto já foi por nós abordado e se refere às decisões incidentais do juiz e sua imutabilidade dentro do processo, *na mesma instância*. Ou seja, o juiz de primeiro grau está adstrito ao que decidiu anteriormente no curso do feito e restou irrecorrido, salvo as exceções de que trataremos oportunamente. A mesma regra vale para a 2ª instância (se o Tribunal apreciar determinada questão ao julgar agravo de instrumento, não pode depois alterá-la quando for cuidar de apelação interposta contra a decisão final, salvo, é claro, as exceções a que nos referiremos mais adiante).¹¹⁰

O segundo aspecto há de ser analisado, precipuamente, no âmbito da extensão do efeito devolutivo da apelação, especialmente no que toca os arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516, ambos do CPC.

De início parece útil trazer à colação a idéia de que a sentença é dividida em capítulos,¹¹¹ pois como ato processual (continente) é uno, mas sob a perspectiva do seu conteúdo não.¹¹² Se antes da Lei nº 11.232/2005 havia quem duvidasse dessa cindibilidade do objeto do processo, a alteração dos arts. 162, § 1º, e 269, *caput*, põe termo a qualquer dúvida nesse terreno.

Delimitando-se o capítulo da sentença que o recorrente pretende ver reexaminado na instância superior, estabelece-se o limite *horizontal* da devolução operada pelo recurso, de maneira que o tribunal está autorizado a conhecer de todas as questões que se colocam como premissa lógica da conclusão atingida naquele capítulo. A devolução recursal é limitada apenas *horizontalmente* pela parte (pelo princípio do "*tantum devolutum quantum appellatum*"), mas não *verticalmente*; to-

¹⁰⁹ Da preclusão no processo civil, cit., p. 64.

¹¹⁰ No mesmo sentido vem a opinião de DANIEL ASSUMPTÃO NEVES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 248).

¹¹¹ Cf., há tempos, LIEBMAN ("Parte" o "capo" di sentenza, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964), ARAÚJO GINTRA (*Sobre os limites objetivos da apelação civil*, Tese apresentada no concurso de Professor Titular ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, 1986) e, mais recentemente, DINAMARCO (*Capítulos da sentença*).

¹¹² Interessante é observar que DINAMARCO (*Nova era do processo civil*, p. 281 ss) rechaça totalmente qualquer cisão do julgamento de mérito antes da sentença sob a égide do chamado *princípio da unicidade do julgamento*, mas é o principal defensor da teoria dos capítulos da sentença, segundo a qual reconhece sua cisão, conforme, especialmente, os pedidos que forem deduzidos de forma cumulada e decididos.

das questões preliminares ao mérito da matéria impugnada¹¹³ são, também e automaticamente, levadas ao tribunal pelo recurso interposto, por força da lei.¹¹⁴ Não estão aquelas questões que, conforme veremos adiante, estão livres da preclusão.¹¹⁵

Entendemos ser este o norte para compreender a real dimensão dos tão conhecidos arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516 do CPC:¹¹⁶ delimitado horizontalmente o capítulo da sentença impugnado, incluem-se na devolução ao órgão *ad quem* (independente de pedido do recorrente) as questões suscitadas e não decididas por inteiro (art. 515, § 1º), o(s) fundamento(s) do pedido ou da defesa não apreciada(s) (art. 515, § 2º), o mérito da demanda que não foi apreciado por ter havido decisão terminativa (art. 515, § 3º) e as questões não decididas anteriores à sentença (art. 516).¹¹⁷

Quanto aos capítulos da decisão acerca dos quais não tenha havido impugnação, não há que cogitar da possibilidade de o tribunal reformá-los nem tampouco rever o entendimento sobre as questões a eles subjacentes (nem mesmo aquelas referidas pelos arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516 do CPC), haja vista ter havido aí coisa julgada (e, sendo o capítulo de mérito, trata-se de coisa julgada material).¹¹⁸

¹¹³ Aqui se incluem as questões relativas às condições da ação, pressupostos processuais, controle da regularidade formal do processo etc., conforme veremos nos itens 8.5.1 ss, *infra*.

¹¹⁴ Essa idéia é defendida por expressiva corrente doutrinária, representada por KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*), e DINAMARCO (*Efeitos dos recursos*, cit., p. 39-43).

¹¹⁵ Evidentemente que esse raciocínio não se aplica quando a apelação ataca uma questão resolvida na sentença que, uma vez acolhida, importa que se altere toda a conclusão a que chegou a sentença em todos os seus capítulos (pense-se numa apelação que pleiteia o reconhecimento de invalidade da sentença como ato processual, ou na própria ilegitimidade ativa para todos os pleitos deduzidos e acolhidos nos diversos capítulos da decisão etc.). O raciocínio não se aplica, igualmente, aos capítulos dependentes de outro (impugnado o capítulo que condenou o réu ao principal, resta impugnado, por via de consequência, o que o condenou aos juros ou à verba sucumbencial). Para uma referência a respeito, confira-se MARCUS VINÍCIUS TENÓRIO DA COSTA FERNANDES (*Capítulos da sentença*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Cândido Dinamarco, 2002, p. 128 ss).

¹¹⁶ Semelhante solução é apregoada por RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO (*A apelação e seus efeitos*, p. 183), reputando que, assim entabulado, o problema se torna de simples solução.

¹¹⁷ Além, no que toca especificamente a esse dispositivo (que foi modificado por reforma legislativa operada em 1994), os estudiosos estão de acordo que só poderia ele se referir às questões de cunho processual apenas, haja vista não se poder cogitar, em princípio e consoante expusemos acima, que o juiz analise o mérito antes da sentença final (assim, APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, p. 180, com lastro na doutrina de THEODORO JR. e BARBOSA MOREIRA). Quanto a essas matérias, em sua maioria, o juiz age de ofício (vide itens 8.5.1 ss, *infra*) e, como não está sujeito a prazos próprios, não há que falar em preclusão para ele pelo fato de não ter decidido referida questão.

¹¹⁸ Conforme o admitido, sem hesitações, por DINAMARCO (*Capítulos da sentença*, p. 98 ss), FLÁVIO LUIZ YARSHILL (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, p. 66-67) e MARCUS VINÍCIUS TENÓRIO DA COSTA FERNANDES (*Capítulos da sentença*, cit., p. 76). Na doutrina italiana, contudo, fala-se, nesse caso,

De fato, apesar da cindibilidade do conteúdo da sentença, esse ato processual não perde sua característica básica de ser passível de ser coberto pela coisa julgada (material ou meramente formal).

A consequência dessa constatação é a de que as matérias que são cognoscíveis de ofício e, portanto, não se sujeitam à preclusão quando resolvidas no curso do processo – conforme referido adiante, itens 8.5.1 e seguintes *infra* – não escapam da eficácia preclusiva da coisa julgada, de maneira que o tribunal não poderá delas conhecer se pertencerem a capítulo da sentença não impugnado. Segundo entendemos, o denominado *efeito traslativo* só poderia se aplicar aos capítulos da sentença que foram efetivamente impugnados, não alcançando os demais que, pela omissão do recorrente, *transitaram separadamente em julgado*.¹¹⁹ Defender o contrário, especialmente após a Lei nº 11.232/2005, significa negar a óbvia cindibilidade do objeto do processo.

Assim, em que pese ser certo que o processo continua (em segundo grau), a estabilização dos capítulos da sentença não impugnados por apelação (*coisa julgada*) é muito mais profunda do que das simples decisões proferidas no curso do processo (*preclusão*). E isso é válido tanto para um capítulo relativo à solução de parte do mérito, como uma das demandas cumuladas ou parte de um pedido cindível em sua quantidade, como para um capítulo que exclui essa possibilidade por não estarem presentes os requisitos para julgamento do mérito, como aquela que extingue uma das demandas cumuladas por falta de condições da ação ou pressupostos processuais.

Essas são soluções que se acham em perfeita harmonia com as conclusões a que chegamos no capítulo anterior (a respeito dos efeitos das sentenças parciais sobre o próprio juiz singular) e tocam, como logo se vê, ao tema da *coisa julgada*. Assim, fogem elas dos objetivos a que nos propusemos neste estudo, razão essa que parece suficiente para limitar as considerações a respeito.

Prosseguindo, pequena observação cumpre ser feita, por oportuna, no que se refere à possibilidade da instância recursal, ao julgar agravo de instrumento, de rever decisão incidental lançada anteriormente àquela agravada. Aqui, ao contrário do que ocorre quanto à reapreciação de questões em juízo de apelação, o problema é muito mais simples e se limita à verificação se a matéria está sujeita à preclusão ou não: em caso positivo, a instância *ad quem* fica impedida de apreciá-la (já que a falta de recurso oportuno opera a imutabilidade da decisão no mesmo processo e a questão resolvida a foge do âmbito da devolução provocada pelo agravo); em caso negativo, nada impede o exame pela instância superior, pois, quanto às ma-

de *giudicato interno* relativamente às questões de índole processual, anteriores à decisão sobre o mérito. Não nos cabe, aqui, tecer maiores comentários sobre a comparação entre a devolutividade da apelação no sistema brasileiro e no sistema italiano, de modo que fica aqui a referência ao aludido trabalho de LUCA BIANCHI (*I limiti oggettivi dell'appello civile*).

¹¹⁹ Assim também entende ARAÚJO CINTRA (*Sobre os limites objetivos da apelação civil*, cit., p. 55).

terias cognoscíveis de ofício e livres da preclusão (itens 8.5.1 e seguintes *infra*), pode o tribunal agir de ofício e desconsiderar que decisão anterior versando tais questões tenha restado irrecorrida.¹²⁰ Haveria, aqui também, a idéia de ausência de limitação vertical da cognição do tribunal.

No que concerne à preclusão de questões decididas em primeira ou segunda instância, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, quando julga recurso especial, ou em relação ao Supremo Tribunal Federal, quando julga recurso extraordinário, a solução percorre caminhos diversos.

A tese majoritária no Superior Tribunal de Justiça e praticamente unânime no Supremo Tribunal Federal aponta para a impossibilidade de reconhecer, *ex officio*, a carência de ação quando da análise de recurso especial ou extraordinário que não tenham ventilado essa matéria, ou ao menos que não tenha havido prequestionamento a respeito.

Os argumentos que sustentam tal entendimento ligam-se fundamentalmente à idéia de que os Tribunais Superiores julgam apenas as questões objeto de *prequestionamento*, isto é, o efeito devolutivo de referidas modalidades recursais é limitado (ou, como prefere a doutrina, “vinculado”) pela lei. Quanto às demais questões não abrangidas aí, faltaria àquelas Cortes Superiores competência constitucional, haja vista que não se trata de uma 3ª ou 4ª instância do Poder Judiciário, destinada a corrigir injustiças, mas visam apenas assegurar o cumprimento da lei.

A esses argumentos pode-se objetar, de início, que a restrição ao efeito devolutivo opera, como se viu, em extensão, mas não em profundidade, de maneira que as questões que se põem como premissa lógica à solução daquelas submetidas à devolução recursal também nela estão compreendidas (avultam, aqui, justamente as questões atinentes às condições da ação e pressupostos processuais).¹²¹ Mas a posição dominante nas cortes superiores não acolhe essa tese.

Finalmente, a solução do terceiro e último aspecto suscitado por BARBI no preâmbulo deste item gira, fundamental, mas não exclusivamente, em torno da vinculação do juízo *a quo* por decisão tomada nos autos de agravo de instrumento pelo tribunal *ad quem*.

O recurso de agravo importa a possibilidade de *retratação* pelo juízo que proferiu a decisão agravada (no caso de o agravo ser de instrumento, isso ocorre no momento em que o agravante informa ao juízo agravado a interposição do recurso, conforme o art. 526 do CPC). Se o magistrado prolator da decisão agravada resolver mantê-la mesmo após a informação da interposição do agravo de instrumento, não poderá mudá-la depois, pouco importando o resultado do julgamento deste recurso. Ora, se assim é, evidente que não poderá mudar a decisão que o tribunal

¹²⁰ Assim também entendeu DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 247).

¹²¹ A propósito da questão, remetemos o leitor ao artigo de GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA (Carência da ação e efeito devolutivo da apelação, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 3, p. 213-231).

proferiu ao julgar o agravo (a qual, aliás, substitui a decisão agravada, nos exatos termos do art. 512 do CPC). Para extrair esse entendimento, não é preciso sequer levar em conta a hierarquia judiciária entre as instâncias.

No entanto, surge a dúvida no caso do acórdão que julga o agravo de instrumento versando sobre matérias não sujeitas à preclusão (como a falta de condições da ação e de pressupostos processuais, e outros casos que serão analisados oportunamente – item 8.5.1 e seguintes, *infra*).

Imaginemos, por exemplo, que o réu de determinada demanda, inconformado com a decisão saneadora que rejeita a preliminar de ilegitimidade *ad causam* suscitada, interpõe agravo de instrumento, o qual é improvido, com a manutenção da decisão atacada. Se o juiz singular, no momento de proferir a sentença, convence-se de que o réu é, de fato, parte ilegítima, poderá extinguir o feito e, art. 267, VI, do CPC?

Parece prevalecer aqui a idéia de que a estruturação da hierarquia judiciária impõe que o juiz singular se atenha ao que decidiu a instância superior.¹²² Seria algo como uma *preclusão hierárquica* – que, de resto, seria uma modalidade peculiar de preclusão de questões processuais¹²³ – impedindo o juiz de grau inferior até mesmo de rever questão que é normalmente enquadrada como de *ordem pública* (como aquelas mencionadas pelo art. 267, § 3º, do CPC), se de outra forma foi ela decidida na instância hierarquicamente superior.¹²⁴ E caso o juiz não respeite tal primado, pode-se abrir margem ao remédio da *reclamação*.¹²⁵

Esgotamos, assim, os três focos de preocupação indicados por CELSO BARBI no excerto citado no início deste item, de modo que restam respondidas as dúvidas em torno da preclusão de questões entre as instâncias processuais.

8.4 (A)tipicidade da preclusão de questões

Discute-se se a preclusão sobre questões incidentais realmente existe e se decorre da lei processual ou simplesmente do princípio geral que proíbe o *bis in*

¹²² Assim, CELSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 65); MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 174) e RUI PORTANOVA (Princípios do processo civil, p. 176). No sistema processual português, há norma expressa no sentido de que o juiz de instância inferior deve respeitar e cumprir decisões de instância superior (art. 561.4 do CPC português).

¹²³ Conforme nos ensina DINAMARCO (A reclamação no processo civil brasileiro, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 6, p. 104), com adesão de MAURÍCIO GIANNICO, A preclusão..., cit., p. 57-61.

¹²⁴ Ainda DINAMARCO (A reclamação..., cit., p. 104).

¹²⁵ No âmbito do STF e do STJ, vem esse remédio previsto, respectivamente, no art. 102, I, l, e art. 105, I, f, ambos da Constituição da República.

¹²⁶ E se questiona se haveria um critério para identificar *quais questões podem ser cobertas pela preclusão*, vale dizer, se a preclusão de questões seria *típica*, ou se seria reservada a determinados casos expressamente previstos em lei, em que uma vez proferida a decisão e tendo restado irrecorrida, o juiz que a prolatou estaria impedido de revogá-la ou modificá-la.

Desde logo, vale observar que faltam ao nosso processo normas como aquelas contidas nos arts. 207.2, 207.3 e 207.4 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, que dispõem serem “firmes” (e portanto vinculativas ao juiz e aos tribunais) as decisões que, por expressa disposição de lei, forem irrecorríveis ou aquelas que, enquanto recorríveis, não tenham sido oportunamente atacadas pelo interessado. Tampouco existe nenhuma norma como aquela estatuída pelo art. 214 do mesmo diploma espanhol, que diz que os juízos ou tribunais não podem alterar os provimentos que tiverem prolatado, salvo para aclarar obscuridades. E igualmente não há nada como o § 318 da ZPO alemã, que estabelece categoricamente que o juiz, de regra, fica vinculado por suas próprias decisões.

Assim, para examinarmos a indagação à luz do nosso direito, não há outro meio senão partir dos arts. 471¹²⁷ e 473 do CPC,¹²⁸ com os quais a preclusão de questões é geralmente associada.

Ambas as normas oferecem grandes dificuldades de interpretação, primeiramente porque inseridas na Seção II do Capítulo VIII do Livro I do CPC, intitulada “Da coisa julgada”, repleta de incoerências já analisadas no item 8.3.2.

Ademais – e para alimentar ainda mais as dúvidas –, ambas as normas são tradução de dispositivos do *Progetto del Codice di Procedura Civile*, apresentado em 1926 por CARNELUTTI à subcomissão para reforma do processo italiano presidida por MORTARA, sendo afinadas à sua concepção doutrinária de coisa julgada.

Seja como for, e a par desses elementos que induzem a dúvidas de interpretação, uma coisa é certa: o inciso I do art. 471 trata inquestionavelmente da *coisa julgada material* e seus efeitos sobre processos futuros.

A primeira razão que embasa esse entendimento parece óbvia e é a de que a parte final do dispositivo fala expressamente em *sentença*. (Ainda que, como sabemos, em outros casos o legislador andou mal, designando determinados provimentos judiciais em desacordo com o critério do art. 162 do nosso Código Processual.)

Mas há uma segunda razão que reforça a primeira e põe a questão fora de dúvida, no sentido de que somente se poderia falar de “relação jurídica continua-

¹²⁶ Como entendeu BATISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 33).

¹²⁷ “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”

¹²⁸ “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

tiva definida” em uma sentença de mérito, que é o palco adequado para que o juiz componha o litígio. Assim, óbvio que o dispositivo trata de ressalva ao efeito da coisa julgada material.

É, então, o inciso II que desperta maior dúvida em saber se se trata de preclusão ou de coisa julgada.

Entre nós o art. 471 do CPC de 1973 teve como antecedente próximo o art. 280 do CPC de 1939,¹²⁹ o qual os comentadores da época entendiam como dispositivo que tratava do efeito preclusivo da *coisa julgada formal*.¹³⁰ Um dos argumentos invocados à época era o de que, ao falar de “Nenhum juiz”, o legislador estaria se referindo a futuros processos, e não ao mesmo juiz que resolveu as questões (a qual seria o destinatário da *preclusão* de questões incidentais).¹³¹

Dentre os estudos que tiveram por objeto o Código de Processo Civil de 1973, pode-se encontrar a opinião de ARAÚJO CINTRA,¹³² que entende que a norma refere-se, apenas, à coisa julgada material. O fundamento da tese é o de que, ao mencionar “questões relativas à mesma lide”, a norma do art. 471 diz respeito a questões sobre o *mérito* que, como tais, só podem ser julgadas *na sentença*.¹³³ A interpretação mais literal do artigo realmente conduz a essa tese.¹³⁴

Outros, contudo, afirmam tratar-se de dispositivo destinado ao regramento tanto da *preclusão* sobre questões incidentais quanto do comando emergente da própria sentença (*coisa julgada*). É exatamente o que sucede no ensaio de MONIZ DE ARAGÃO,¹³⁵ no qual se afirma que, ao se referir a “nenhum juiz”, a norma englobaria, também, o próprio juiz da causa e abrangeria todas as questões por ele resolvidas (no curso do processo e na sentença). Além disso, ao usar o verbo *decidir*, o dispositivo atingiria todos os tipos de provimentos decisórios (interlocutórios e sentenças).¹³⁶

¹²⁹ “Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I. Nos casos expressamente previstos; II. Quando o juiz tiver decidido, de acordo com a equidade, determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato.”

¹³⁰ V. g., MACHADO GUIMARÃES (*Estudos...*, cit., p. 18).

¹³¹ V. g., *idem*, *ibidem*, p. 19.

¹³² *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 305.

¹³³ Segundo ARAÚJO CINTRA, as hipóteses de exclusão que se encaixariam no art. 471, II, seriam as do art. 463 e as de ação rescisória (art. 485) (*Comentários...*, cit., p. 306).

¹³⁴ Cumpre lembrar que o conceito de *lide* adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 coincide com o de mérito, como fica claro já na Exposição de Motivos ao anteprojeto do Código (Capítulo III, item II, nº 6).

¹³⁵ *Preclusão...*, cit., p. 166-170.

¹³⁶ Na mesma esteira é a lição do também professor paranaense MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 83).

Por fim, há vários autorizados pronunciamentos doutrinários no sentido de que o art. 471 do CPC refere-se apenas à *preclusão*.¹³⁷

De fato, se observarmos que os arts. 467 e 469 já tratam da coisa julgada, realmente perde um pouco o sentido que haja outra norma a respeito.¹³⁸ Demais disso, e como bem anota JOSÉ MARCELO VIGLIAR,¹³⁹ se a norma fosse interpretada como destinada ao regramento da coisa julgada material, além de redundante, seria ela *contrária* ao que preceitua o art. 469, já que *as questões resolvidas no curso do processo, e aquelas resolvidas como premissas necessárias para o dispositivo da sentença de mérito, estão expressamente fora do âmbito de incidência da coisa julgada material*.

Enfim, em face dessas tormentosas dúvidas interpretativas, achamos por bem deixar a norma de lado e perquirir que outros elementos do Código indicariam se a *preclusão* sobre questões é *típica* ou *atípica*. Passemos, pois, à análise do art. 473 do CPC.

A norma estabelece um comando *para as partes*, como emerge absolutamente indubitado da leitura de seu texto. No entanto, impõe-se necessário saber se o fato de o art. 473 impedir as partes de rediscutirem questão já decidida também acarretaria o mesmo impedimento ao juiz. PONTES DE MIRANDA¹⁴⁰ é um dos que afirmam enfaticamente que a norma impede o juiz de rediscutir o que já tiver decidido e seguem nessa mesma esteira vários outros autores brasileiros.¹⁴¹

Consoante as premissas por nós lançadas acima e conforme teremos oportunidade de analisar mais profundamente adiante (Capítulo 9, *infra*), o fato de a parte não poder rediscutir questão já resolvida *não induz necessária e inafastavelmente* que o juiz esteja impedido de tomar a iniciativa de revê-la *ex officio*. Trata-se, vale repetir, de duas esferas diferentes, que não podem ser indissociavelmente encaixadas como causa e efeito. Afirmar que as partes não podem rediscutir determinada questão não significa que o juiz não possa, de ofício, revogar ou modificar seu entendimento anterior a respeito.

Confirma essa tese acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido pela 4ª Turma sob relatoria do Min. Athos Carneiro (REsp 13-SP – DJU 13.11.1989)

¹³⁷ Nesse sentido, JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33); HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 13), ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, cit., p. 110), JOSÉ MARCELO VIGLIAR (*Código de Processo Civil Interpretado*, p. 1442).

¹³⁸ A interessante observação é de ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 110).

¹³⁹ *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1442.

¹⁴⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, p. 211.

¹⁴¹ V. g., MOACYR AMARAL SANTOS (*Comentários...*, cit., v. 4, p. 465, equiparando o efeito impeditivo, para o juiz, ao da coisa julgada formal); ARAÚJO CINTRA (*Comentários...*, cit., v. 4, p. 308-309) e NERY JR. E ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 809, notas 2 a 4 ao art. 473), para citar apenas alguns exemplos.

sustentando justamente que o comando do art. 473 do CPC dirige-se às partes, não ao juiz. Extrai-se de sua ementa a seguinte passagem: “A norma do art. 473 do CPC, alusiva à preclusão de ‘questões já decididas’, dirige-se às partes, não ao juiz, máxime em matéria probatória”.

Assim, como o tema voltará a ser objeto de nossa análise a seguir, por enquanto parece suficiente a conclusão de que o art. 473 não cuida de limitação à atividade do juiz em rever decisões anteriores de ofício, pois, rigorosamente, não se pode extrair, dessa norma em específico, que o juiz estaria impedido de reanalisar o que tivesse decidido. A norma se refere apenas às partes.¹⁴²

Mas, ainda que se descartem as normas contidas nos arts. 471 e 473 do CPC, pode-se afirmar que há outros elementos no sistema que conduzem à idéia de que a preclusão de questões processuais é atípica (vale dizer, diretriz genérica do nosso sistema).

A existência do agravo retido é incontestemente prova dessa atipicidade. Realmente, a interposição dessa modalidade recursal (que hoje constitui regra sobre o agravo de instrumento, consoante a Lei nº 11.187/2005) tem como finalidades únicas provocar o juízo de retratação e evitar a preclusão (permitindo que a instância recursal possa conhecer da questão quando e se julgar apelação da sentença final). Não houvesse a preclusividade das questões incidentais – permitindo-se que a instância *ad quem*, em grau de apelação, conheça de qualquer questão incidental decidida pelo juiz singular, mesmo a despeito do agravo retido –, não teria razão de existir esse recurso.¹⁴³

Igualmente, se pudesse o juiz singular e prolator de decisão interlocutória modificá-la quando bem quisesse, não haveria razão de ser o juízo de retratação do recurso de agravo (não só retido, como também de instrumento).

Assim, somente à vista desses dois aspectos, podemos deixar de lado as discussões sobre os arts. 471 e 473,¹⁴⁴ de modo a extrair a conclusão de que a preclusão sobre questões é atípica (isto é, aplica-se à generalidade das interlocutórias e só é

¹⁴² Nesse particular, o art. 473 do CPC nada tem a ver com o já aludido art. 214 da LEC espanhola. Esse último dispositivo, sim, estabelece a proibição dos juízos ou tribunais de alterar suas próprias decisões. A norma encontra algo de similar com o art. 463 do nosso CPC, mas é mais ampla, pois não se refere apenas às sentenças, e sim a toda e qualquer decisão. Assim, CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA E MORENO CATENA, *Derecho procesal civil, parte general*, p. 346.

¹⁴³ A afirmação está em harmonia com lição de TERESA WAMBIER: “não seria lógico que houvesse um recurso cuja característica básica fosse a de proporcionar ao juiz a possibilidade de se retratar, quanto a uma decisão já proferida, se houvesse, sempre, a possibilidade de que ele alterasse as decisões tomadas no curso do processo” (*O novo regime do agravo*, p. 316).

¹⁴⁴ Podemos deixar de lado, também, outros artigos do Código de Processo Civil que são comumente arrolados quando se traz à tona o assunto *preclusão de questões incidentais*, como é o caso, conforme lição de MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit., p. 158) do art. 516 do CPC, que afirma ser outra norma em que se manifesta o princípio preclusivo, ao dispor que as questões incidentais resolvidas pela sentença e não impugnáveis por agravo de instrumento ficam devolvidas ao Tribunal.

excepcionada pela lei em determinados casos). A existência do agravo retido e o juízo de retratação que esse recurso (também em sua forma de instrumento) produz são provas suficientes para embasar essa afirmação.

O rol de casos que excepciona esse regime de preclusividade é *taxativo* e *coerente*, como é óbvio, pelas próprias normas que possibilitam ao juiz retratar-se de decisão interlocutória no ato da interposição de recurso de agravo, o que, aliás, está na gênese dessa modalidade de recurso, como já vimos (item 2.5.7, *supra*).

Essa é mais uma razão que reforça a associação da preclusividade de questões incidentais com o regime de recorribilidade de interlocutórias:¹⁴⁵ de todas elas cabe o recurso de agravo e, à falta deste, o juiz *fica impedido de reanalisar a questão*.¹⁴⁶ Sem agravo, não há, como regra, brecha para a retratação.¹⁴⁷

Além desses casos expressos em que se permite a retratação do juiz de primeira instância *por provocação do interessado, e independentemente do conteúdo da decisão em si*, ocorrem-nos apenas mais três, o do art. 518, § 2º, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006 (que permite ao juiz negar seguimento a recurso de apelação que haja anteriormente recebido, quando o apelado chama-lhe a atenção para alguma irregularidade ao oferecer suas contra-razões), o do art. 296 (que permite a reconsideração da sentença de indeferimento da inicial, quando interposta a apelação pelo autor, contornando a firme preclusão determinada pelo art. 463), e o do art. 285-A, § 1º, introduzido pela Lei nº 11.276/2006 (que permite que o juiz reveja a sentença “liminar” de improcedência da ação).

E todas essas “brechas” não constavam do Código em sua redação original e são resultado de reformas processuais. As duas primeiras foram introduzidas pela “onda” reformista de 1994 (respectivamente pelas Leis nºs 8.950 e 8.952) e a última bem mais recentemente (por força da Lei nº 11.277/2006), todas elas inspiradas em franca homenagem ao princípio da celeridade e da economia processual.

Adiante (item 8.5) trataremos exemplos de outra categoria de exceções a esse princípio preclusivo, a qual se define pelo conteúdo da questão resolvida, e que independe de provocação do interessado em tempos e formas preestabelecidas.

Seja como for, essa taxatividade dos casos em que se admite a retratação judicial indica claramente (como assim o vê a maciça doutrina) que nosso sistema

¹⁴⁵ Cf. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 308-309).

¹⁴⁶ Mas esse princípio não é absoluto, como teremos oportunidade de ver adiante (itens 8.5.1 ss, *infra*).

¹⁴⁷ Essa circunstância soma-se ao fato de que a nossa doutrina atual segue a exata mesma linha de raciocínio daquela que estudou o Código de Processo Civil de 1939, no sentido de que as decisões interlocutórias das quais cabia agravo (de instrumento ou no auto do processo) seriam imutáveis se o recurso não fosse interposto (a propósito, confira-se o item 2.8 *supra*).

não admite pedidos de reconsideração, sem forma ou figura de juízo, dirigidos ao próprio juiz prolator da decisão.¹⁴⁸

Por tudo isso é que concluímos pela atipicidade da preclusão, no esteio, aliás, da lição de TOMÁS PARÁ FILHO: "Se é verdade que, em princípio, ao juiz cabe retificar seus próprios erros, de modo a restaurar a marcha do processo por via legal, e que esse poder independe de texto expresso, pois é implícito na investidura jurisdicional, exato é também que essa prerrogativa sofre limitação específica naqueles tipos de processo (tal o entre nós vigente), em que sobrevivem fases ou etapas distintas, as quais, à medida que fluem e se computam, geram ou podem gerar conseqüências preclusivas de inquestionável relevância."¹⁴⁹

8.5 Matérias que não estão sujeitas à preclusão

Se acima identificamos o rol de casos em que o próprio prolator de decisão incidental pode revê-la por provocação da parte e independentemente de seu conteúdo (isto é, como vimos, os arts. 529, 518, §§ 2º, 296, e 285-A, § 1º, todos do CPC), temos que agora identificar que *matérias, quando resolvidas incidentalmente, não geram preclusão, permitindo que o juiz as reveja de ofício, e independentemente de provocação da parte (sob formas e prazos predeterminados)*.

Com efeito, nos casos dos quatro dispositivos processuais aludidos acima, a possibilidade de retratação se dá por expressa disposição legal, depende de provocação da parte (que deve vir a lume na forma prevista sob pena de inadmissibilidade) e ocorre independentemente do conteúdo da decisão.

O prisma de análise que será desenvolvida a seguir é diverso, pois tratamos de enfrentar o *conteúdo* das decisões interlocutórias e sua influência no regime da preclusão. Adentramos, então, na segunda categoria de hipóteses de exclusão da preclusão, consoante a definição dada no item 8.1.2, *supra*.

8.5.1 Controle dos pressupostos processuais e condições da ação

O primeiro rol de questões que, segundo a maciça doutrina e a torrencial jurisprudência, estão a salvo da preclusão são as relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Vide, com farta referência doutrinária, o item 8.6 *infra*.

¹⁴⁹ A recorribilidade..., cit., p. 24.

¹⁵⁰ Aqui cabe lembrar as conclusões a que chegamos anteriormente, no sentido de que não nos cabe destringir as classificações sobre os pressupostos processuais e que, para nós, é válida a idéia de que, nessa categoria, se abarca "tudo aquilo que se afigurar requisito de admissibilidade da pre-

Pode-se dizer que essa associação é imediata porque logo vem à mente do intérprete o art. 267, § 3º, do CPC, que dispõe que as matérias relacionadas nos seus incisos IV (pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo), V (perempção, litispendência e coisa julgada) e VI (falta de condições da ação) podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. A reboque, vêm também à lume o art. 301, incisos e § 4º, que amplia ainda esse rol de matérias cognoscíveis de ofício, assim como o art. 113, que trata especificamente da incompetência absoluta.

Quando não houver pronúncia expressa do magistrado sobre tais matérias, não há nenhuma dúvida: o texto expresso do art. 267, § 3º, do CPC afirma a possibilidade de o juiz analisar tais questões em qualquer grau de jurisdição. Quanto às demais matérias referidas pelo art. 301 do CPC, é de observar que, apesar de o seu § 4º não enunciar expressamente a norma de que essa iniciativa oficial possa se dar em qualquer grau de jurisdição, entende-se que esse preceito é a elas também aplicável. Afinal, conforme tivemos oportunidade de observar, o juiz não está sujeito a prazos próprios e, se a lei lhe confere iniciativa de agir de ofício para decidir determinada questão, o fato de não tê-lo feito em um momento não o impede de efetuá-lo depois.

Assim, aqui estamos cogitando da preclusão quando houver *decisão explícita* sobre a regularidade das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939 – que dava à espécie trato diverso do diploma que o sucedeu –, levantavam-se dúvidas em saber se o tão decantado *despacho saneador*, uma vez irrecorrido (sob a forma de agravo no auto do processo *ex art.* 851, IV, do CPC), produziria a *preclusão* sobre o reconhecimento das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Apesar de vários autores e julgados da época terem defendido a preclusividade da decisão que reconhecesse a concorrência das condições da ação e pressupostos processuais e que restasse irrecorrida pelo interessado,¹⁵¹ tanto para o próprio juiz singular que a proferiu como para a instância *ad quem*, parece que a maioria

tensão a determinada tutela jurídica, tenha sido ela invocada pelo autor ou pelo réu, excluídas aí as condições da ação que, por disposição da nossa lei processual, são tratadas à parte, e os aspectos formais dos atos processuais, que têm um regime próprio" (item 7.4, *supra*). Desse modo, tudo o quanto for dito para as matérias referidas nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vale para qualquer categoria de pressupostos processuais, na ampla acepção por nós abraçada.

¹⁵¹ Na jurisprudência, confira-se *RF* 119/95; 123/434; 129/442; 135/81; 161/178; 172/159; e *RT* 447/208. Na doutrina, também defendendo a preclusividade do despacho saneador, inclusive quanto à definição da legitimidade de parte, ALFREDO BUZARD (Despacho saneador – coisa julgada e preclusão – venda judicial (parecer), *Revista dos Tribunais*, nº 320, p. 42-58). Cabe apontar, ainda que à guisa de curiosidade, que, mesmo após o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, ALFREDO BUZARD afirmou a ausência de preclusão sobre decisão acerca de pressupostos processuais e condições da ação, ao relatar acórdão no breve período em que ocupou o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (julgado publicado na *RTJ* 101/901).

da doutrina acabou rejeitando essa concepção e dividiu-se em duas (outras) correntes: os que defendiam a preclusividade apenas para o juiz prolator do saneador (como LIEBMAN),¹⁵² enquanto outros propugnavam pela completa ausência de preclusão, para ambas as instâncias (como GALENO LACERDA).¹⁵³

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tanto os doutrinadores como os tribunais, à vista dos seus arts. 267, § 3º, 301, § 4º, e 303, II, são praticamente unânimes em afirmar que tais matérias, mesmo tendo sido objeto de decisão judicial, podem ser revistas *ex officio* e a qualquer momento do processo.^{154,155}

¹⁵² Estudos sobre o processo civil brasileiro, p. 86.

¹⁵³ Despacho saneador, p. 57 e 167-169.

¹⁵⁴ Seria fastidioso citar autores que comungam desse pensamento, haja vista ser a doutrina largamente dominante (cf. anota, por exemplo, ARAÚJO CINTRA, *Comentários...*, cit., v. 4, p. 309). Interessaria, aqui, citar as vozes discordantes, como a de CALMON DE PASSOS: "Há uma dificuldade, contudo, que precisa ser superada. O § 3º do art. 267 preceitua que o juiz conhecerá em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos arts. IV e VI do mesmo artigo, não coloca, como essencial, a provocação da parte. Há, contudo, outro aspecto a considerar. O Código previu, no procedimento ordinário, o despacho saneador. Deu a este despacho o alcance de declarar saneado o processo, vale dizer, afirmá-lo expungido de vícios quanto à relação processual, condições da ação e validade dos atos na fase postulatória. Admitir-se que de sua prolação não decorram conseqüências de qualquer espécie importa afirmar-se um absurdo. Atribuir-lhe, por conseguinte, efeito preclusivo é, parece-nos, um imperativo de ordem técnica e de ordem lógica, inclusive por força do que dispõe o art. 473. Em favor dessa conclusão milita, ainda, a circunstância de o Código em dispositivos outros haver estabelecido preclusão quanto a determinados pressupostos processuais pertinentes à pessoa do juiz, às partes ou ao objeto da lide" (*Comentários...*, cit., p. 527). Mas o próprio autor faz ressalvas, por exemplo, na ausência de citação de litisconsorte necessário (*Comentários...*, cit., p. 528): "negado o litisconsórcio necessário no julgamento, conforme o estado do processo, e dessa decisão inexistindo recurso, o segundo grau não está impedido de reexaminar a matéria e decidi-la contrariamente ao decidido no primeiro grau, mesmo quando provocação não tenha havido da parte do interessado. E seria atentar contra o princípio da economia processual, traduzindo-se num dogmatismo radical desaconselhável, obrigar-se a parte e o Judiciário a um dispêndio de atividade inútil, para não dizer *contra legem*". Em sentido similar, MANOEL CARTANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit. p. 104-115) que defende que, se o juiz de 1º grau decidiu expressamente questão desse jaez, não pode depois voltar atrás (mas esse impedimento não ocorreria para a instância superior). O autor baseia-se em uma interpretação literal do art. 267, § 3º, que permite a iniciativa do juiz *ex officio*, mas não autorizaria a revogação de decisão anterior a respeito de tais matérias.

¹⁵⁵ Para uma exaustiva referência a julgados que se filiam a essa corrente, THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 9 ao art. 471, p. 488). Contra esse entendimento (e de maneira minoritária), colhe-se interessante acórdão do STJ, prolatado no julgamento do REsp 61420-SP, à unanimidade, segundo o qual se entendeu que, se o juiz singular reconheceu as condições da ação e os pressupostos processuais, no curso do processo em primeira instância, está ele impedido de modificar seu entendimento; essa eficácia preclusiva não se estenderia à instância superior ("o preceito do § 3º do art. 267 do CPC, por uma questão lógica, refere-se a hipóteses em que haja omissão no exame da matéria ou, havendo decisão irrecorrida, só pode estar endereçado ao órgão jurisdicional de instância superior, não ao próprio juiz ou tribunal que tenha decidido a questão no saneador ou em acórdão com trânsito em julgado").

trata-se de rol de questões expressamente posto a salvo da preclusão, por tratar-se de matérias cognoscíveis de ofício, que são comumente entendidas como questões de ordem pública e que, pela sua relevância, a lei faculta ao juiz voltar a apreciá-las mesmo se sobre elas já tenha se pronunciado anteriormente.

Segundo essa opinião majoritária, aqui não incide a preclusão, pois, se o juiz pode "em qualquer tempo ou grau de jurisdição" conhecer de tais questões a despeito da omissão da parte em suscitá-las, também não se justificaria que seus poderes de rever ou modificar decisões nesse mister fossem tolhidos pela omissão da parte interessada em interpor recurso da referida decisão. Em ambos os casos, tanto para decidir como para redecidir, trata-se de poder exercitável de ofício, e que não se condiciona pela omissão do interessado.¹⁵⁶

Essas conclusões são válidas – lembramos mais uma vez – não só para os pressupostos processuais referidos nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, mas também para todos os demais casos em que se trata de uma condição, de ordem processual, para que o juiz possa conceder a alguém tutela jurisdicional (ou seja, numa acepção bem ampla de pressupostos processuais, conforme item 7.4, *supra*).¹⁵⁷

¹⁵⁶ Outrossim, é de rigor observar que, aqui, é absolutamente inócua a discussão acerca da diferença entre questões *implícita* ou *explicitamente* decididas. Pois, se o entendimento largamente majoritário é pela não incidência de preclusão sobre a decisão que *explicitamente* reconheceu a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, com muito maior razão parece evidente que as decisões *implícitas* não estejam sujeitas a tal eficácia preclusiva.

¹⁵⁷ Não fosse assim não teria muita lógica que existissem determinados pressupostos processuais (arrolados nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC) que pudessem ser controlados de ofício, e dos demais, não. Se se trata de normas processuais, que estabelecem quais são as condições para que possa ser proferida uma sentença de mérito válida, devem receber, por razões de ordem eminentemente lógica, tratamento igual. Por isso mesmo causou-nos enorme estranheza a tentativa empreendida por CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 29) de diferenciar hipóteses de pressupostos processuais que poderiam ser controlados de ofício e quais não. Apenas em casos específicos – como a existência de convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC) – justifica-se a exclusão do poder de ofício do juiz em reconhecê-la prevista no art. 301, § 4º, pois atende-se, aí, à natureza do instituto e ao fato de que ele se funda, substancialmente, na autonomia da vontade das partes. Dessarte, do mesmo modo que podem elas firmar a convenção arbitral, podem também renunciar a elas (já na antiga lei espanhola de arbitragem de direito privado, isto é, a Lei nº 36/1988, previa-se que, se uma das partes signatárias de uma convenção arbitral começar uma demanda a respeito do litígio objeto de tal pactuação, e a parte adversa não arguir a sua existência, considera-se que as partes renunciaram a tal convenção). Mas, no mais, ressalvada essa hipótese específica e peculiar (que se deve à própria natureza híbrida do instituto da arbitragem, isto é, baseado em um acordo de vontades, mas que resulta em uma instituição de direito público, em que se exerce poder jurisdicional, como entende majoritariamente a doutrina atual: na doutrina estrangeira, confira-se FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, p. 72 ss; entre nós, CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo: comentário à Lei nº 9.307/96*), não há como distinguir que pressupostos processuais poderiam ser conhecidos de ofício e quais não.

Parece-nos, então, mais uma vez ter ficado clara a idéia de que a preclusão que fulmina direitos da parte não se confunde com o efeito que impede o juiz de redecidir determinada questão. Pois apesar de as partes estarem impedidas de suscitar novamente matérias que já tenham sido decididas, nem por isso o juiz fica impedido de revê-las.

É oportuno ainda salientar que a questão da preclusão sobre as matérias aqui referidas é sensivelmente diversa se decididas no curso do feito (incidentalmente por decisão interlocutória), do que se o forem em sentença.

Quanto às decisões interlocutórias, a falta de recurso não implica a preclusão e a questão pode ser revista pelo juiz (de ofício ou a pedido da parte) depois.

Entretanto, vemos que a situação não é idêntica se a mesma questão foi decidida pela sentença. Durante a fluência do prazo recursal, existe preclusão (ainda que mais forte do que a que recai sobre decisões interlocutórias, como no item 8.3.6).

Esgotado o prazo recursal, tal decisório passa em julgado, e a matéria não pode mais ser discutida no mesmo processo. Tratando-se de sentença terminativa, não se forma coisa julgada material, e a repropositura da demanda é, respeitados determinados requisitos, viável. No entanto, cuidando-se de sentença de mérito, a coisa julgada material projetar-se-á para fora do processo, impedindo que a demanda seja repetida.¹⁵⁸

8.5.2 Controle da regularidade formal do processo (validade e admissibilidade dos atos processuais)

Para controlar a regularidade formal do processo, o juiz é investido do poder-dever de tanto verificar se seus próprios atos e de seus auxiliares são válidos

¹⁵⁸ Quanto a tais matérias, mesmo verificando, após a formação da coisa julgada material, que tenham sido incorretamente decididas, somente em casos raros é que caberia a ação rescisória. Com efeito, o art. 485 do CPC não arrola, por exemplo, a hipótese de ação rescisória contra sentença proferida em favor de parte manifestamente ilegítima, ou carecedora de interesse processual. Em que pese a gravidade que o sistema atribui à falta de condição da ação, privilegiou-se a segurança jurídica, optando-se pela manutenção da coisa julgada sobre sentença proferida em favor de parte ilegítima ou desprovida de interesse processual. Ressalva se faça à sentença que acolhe pedido juridicamente impossível. A nosso ver, a questão poderia ser argüida em ação rescisória, mas pelo fundamento de violação a literal disposição de lei (inciso V), e não porque se verifica a falta de condição da ação. O enfoque, como se vê, é outro. Independentemente desse aspecto, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER afirma que "inexiste a preclusão quer para o juiz, quer para as partes, a respeito de questões que podem mais tarde, uma vez constituída a própria coisa julgada, dar origem, até, à ação rescisória" (*Nulidades da sentença*, p. 145).

ou não (nulidades) quanto para zelar pela regularidade dos atos praticados pelas partes (*admissibilidade*).¹⁵⁹

As nulidades, apesar de algumas divergências doutrinárias,¹⁶⁰ podem ser classificadas em absolutas ou relativas.

As primeiras são identificadas nos casos em que determinado ato processual praticado pelo juiz desrespeita norma cogente, de interesse público.

Aqui se acham tanto situações em que há expressamente na lei a previsão de cominação de nulidade – como a ausência de intervenção do Ministério Público em um processo em que deveria atuar (art. 246 do CPC) e nas irregularidades nos atos de comunicação processual (art. 247 do CPC), que são ambas nulidades cominadas¹⁶¹ – como outros casos em que, a despeito da ausência de cominação legal, o caráter cogente da norma processual violada impõe seja absoluta a nulidade do ato que a desrespeita.¹⁶²

Também há consenso na doutrina de que as nulidades absolutas podem ser declaradas de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.¹⁶³

O reconhecimento das nulidades absolutas não depende da iniciativa da parte, haja vista envolverem normas cogentes, inspiradas por interesse público, que dizem respeito à regularidade do modo pelo qual se presta a tutela jurisdicional. E, nessa esteira, o mesmo raciocínio desenvolvido no item anterior para interpretar os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vale aqui, ou seja, da mesma forma que o juiz tem o poder(-dever) de pronunciar as nulidades absolutas a qualquer tempo, isso compreenderia o poder(-dever) de rever decisão anterior acerca da matéria mesmo que tenha quedado irrecorrida. Em outras palavras, a natureza da norma violada pela nulidade absoluta impõe seja desconsiderada a iniciativa da parte, tanto para alegá-la quanto para recorrer de decisão injusta que erroneamente dá pela validade do ato processual viciado.

¹⁵⁹ JOSE RODRIGUEZ URRACA (*Autoridad del juez y principio dispositivo*, p. 114) observa que o juiz detém o controle *formal* do processo (no sentido de que promove e zela pela regularidade dos atos processuais), mas não controle *material* (isto é, sobre o objeto da controvérsia), o qual continua nas mãos das partes.

¹⁶⁰ Por nós já longamente analisadas em *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, cit., p. 24 ss.

¹⁶¹ Cf., na doutrina estrangeira, GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 318), e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 354) e, entre nós, TERESA WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 159).

¹⁶² Conforme lembramos acima (nota 38 ao capítulo 7, *supra*), a diferença da nulidade cominada da não-cominada é que, quanto a essa segunda, poder-se-ia perquirir se o ato processual, apesar de viciado, atingiu seus objetivos ou causou prejuízo, ao passo que, quanto à cominada, haveria uma presunção de que tenha ocorrido prejuízo.

¹⁶³ Cf., e.g., GALENO LACERDA (*Despacho saneador*, p. 71-72), MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 275) e, mais recentemente, TERESA WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 159).

As nulidades absolutas contrapõem-se as relativas, as quais ocorrem quando determinado ato processual desrespeita norma que atenda apenas interesses das partes. Como o reconhecimento desse tipo de nulidade depende da provocação do interessado, sua inércia convalida o ato (art. 245 do CPC). Não havendo essa provocação, opera-se a preclusão para a parte, impedindo-a de praticar o ato, isto é, fulminando-se tal ônus processual.¹⁶⁴

Nesse ponto é relevante frisar que a ausência de pronúncia do juiz a respeito da existência de nulidades relativas não caracteriza *decisão implícita* declaratória da regularidade do processo (nem mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de pronunciamentos implícitos). De fato, o juiz não pode pronunciar a nulidade relativa depois do advento da preclusão do direito da parte em alegá-la, não porque a questão esteja preclusa, mas porque não pode o juiz agir de ofício.¹⁶⁵

Pois bem. O fundamento para se excluir a preclusividade do reconhecimento das nulidades absolutas é o mesmo que está em torno do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais, isto é, o respeito a normas em que prepondera o interesse público.

Ora, conforme já tivemos oportunidade de assinalar em trabalho anterior,¹⁶⁶ “poucos são os exemplos invocados pela doutrina acerca de normas de interesse exclusivo (ou mesmo preponderante) da parte, bem como de normas que sejam dispositivas, a autorizar a conclusão de que as chamadas anulabilidades são raras em nosso ordenamento processual civil”.¹⁶⁷

Assim, a rigor, quase todas as normas processuais, em particular aquelas que regem a forma dos seus atos, estão imbuídas do interesse público”,¹⁶⁸ dada a in-

¹⁶⁴ Esse é o entendimento unânime da doutrina atual (v. g. OVIDIO BATISTA DA SILVA, *Curso...*, cit., v. 1, p. 217-218; DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 456-457), como já o era mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1939, mesmo que aquele diploma não trouxesse exatamente norma como a contida no art. 245, parágrafo único, do CPC de 1973 (cf. GALENO LACERDA, *Despacho saneador*, p. 72 ss, a quem se atribui a construção, prevalente na doutrina, acerca das nulidades processuais, e, antes dele, PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 263, para quem “A nulidade, portanto, desde que não resulte da subversão de formalidades de ordem pública e que não contamine a própria relação processual, só mediante alegação da parte poderá ser pronunciada.”

¹⁶⁵ Veja-se acima o quanto foi dito no item 8.1.3.

¹⁶⁶ *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, cit., p. 28.

¹⁶⁷ Podemos, agora, acrescentar a lição de DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 119-120), no sentido de que existem normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas (isto é, que tutelam exclusivamente direito da parte), mas essas últimas são residuais no sistema (os autores espanhóis aludidos citam alguns exemplos, dentre os quais encontramos apenas um em comum ao nosso sistema, isto é, a norma que estabelece a prorrogabilidade da incompetência territorial dos juízes).

¹⁶⁸ Assim já pontuou CALMON DE PASSOS, ao focar a distinção entre nulidades processuais absolutas (decorrentes de violação de normas processuais de ordem pública) e nulidades processuais relativas (cominadas ao desrespeito de normas processuais que atendessem exclusivamente ao interesse

do processo como meio de pacificação social e aplicação e realização do direito objetivo com justiça,¹⁶⁹ de modo que poderíamos alargar a inexistência de preclusividade para qualquer ato do juiz que vise o controle da regularidade dos atos processuais dele próprio e de seus auxiliares (nulidades). Então, estariam excluídos raros casos em que se poderia dizer que a norma processual atua preponderantemente em favor do interesse da parte, e secundariamente apenas ao interesse público.¹⁷⁰

De outro lado – mas sem afastarmo-nos da premissa, já assentada (item 7.7, *supra*) de que os atos das partes não podem estar sujeitos à nulidade (sendo a imperfeição do ato perante o modelo legal sancionada com mera *ineficácia*, que se traduz em sua *inadmissibilidade*) –, ainda assim as normas que inspiram a tipicidade dos atos das partes estão, igualmente, revestidas de interesse público, justificando-se o absoluto e inderrogável controle judicial.

Tudo o que se relacionar ao controle da regularidade dos atos das partes pode (e deve) ser conhecido de ofício, e esse poder se estende também para que se revogue ou modifique decisão equivocada a esse respeito, mesmo que sem iniciativa da parte em dela recorrer. Essa ausência de preclusão para o juiz inclui também o controle formal de tudo aquilo que, em razão de uma classificação ou outra, não se referiria à verificação de pressupostos processuais, como o controle da admissibilidade de um recurso¹⁷¹ ou a tempestividade da ação rescisória,¹⁷² para se dar apenas alguns exemplos.

da parte): “Entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivaleria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente em favor delas. O erro seria evidente. É possível identificarem-se tipos de comportamento regulados no processo em exclusivo benefício das partes? Temos sérias dúvidas. E se existirem (ainda não logrei um exemplo em que isso ocorresse) serão revestidos de tal excepcionalidade que deveriam merecer do legislador e a referência específica” (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 135).

¹⁶⁹ A conclusão semelhante chegou CAROLINA BONADIMAN ESTEVES na dissertação (*In)disponibilidade do direito processual civil*, p. 208.

¹⁷⁰ No nosso estudo *Contribuição ao estudo da teoria das invalidades*, cit. p. 26 ss, concluímos, nessa mesma esteira, serem excepcionalíssimos os casos de normas processuais em que o interesse público está suplantado pelo privado. Naquela oportunidade, lembramos da norma contida no art. 655 do CPC e daquelas concernentes à incompetência relativa. Aliás, quanto a esse último exemplo, vale reforçar que a preponderância do interesse privado sobre o público impede o juiz de pronunciar a incompetência relativa de ofício (nota 15 ao presente capítulo, *supra*).

¹⁷¹ No caso da apelação, pode haver nada mais nada menos do que *quatro* crivos de admissibilidade, o primeiro pelo juízo singular, logo que o recebe; o segundo pelo mesmo juiz, quando recebe as contra razões do apelado (ex art. 518, § 2º); o terceiro, monocraticamente, pelo relator designado na instância *ad quem*, e finalmente o quarto pela Turma Julgadora.

¹⁷² “Controle judicial de tempestividade [...] Se a circunstância passar desapercibida ao relator, nesse primeiro contato com a postulação, nem por isso ficará preclusa a matéria. Por força da remissão constante do art. 491, 2ª parte, aplica-se à rescisória o preceito do art. 329. A conjugação deste

Aliás, no que toca à questão do juízo de admissibilidade dos recursos, NELSON NERY JR.¹⁷³ se vale de um interessante exemplo para roborar a tese de que o controle da regularidade dos atos da parte é matéria não sujeita à preclusão: se o juízo *a quo* nega seguimento a apelação por entendê-la, por exemplo, *intempestiva*, e a parte agrava de instrumento e seu recurso é provido na instância *ad quem*, isso não impede o relator, ou o colegiado de, negar-lhe seguimento pelo mesmo fundamento (*intempestividade*).¹⁷⁴ Afirma o autor que a matéria é de “ordem pública”.¹⁷⁵

Nessa mesma linha, compreende-se bem por que os tribunais são praticamente unânimes em afirmar que a decisão que admite e dá seguimento a recurso de apelação é irrecorrível por parte do apelado, por faltar-lhe interesse recursal¹⁷⁶ (de fato, o juízo de admissibilidade será renovado na instância *ad quem*, e, a rigor, por duas vezes: uma pelo relator, outra pela Turma).

Poder-se-ia dizer que essa tese é incongruente com o disposto no art. 518, § 2º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006. Realmente, estivesse a matéria atinente ao juízo de admissibilidade da apelação a salvo da preclusão, não faria sentido algum a introdução da norma acima, abrindo possibilidade de o próprio juiz singular rever decisão anterior para negar seguimento a apelação inadmissível.

Em nosso sentir, esse dispositivo representa aceno do legislador, aos juízes, de como proceder. Vislumbrar-se-ia na norma escopo *educativo*, procurando incentivar os juízes a se libertarem da concepção (tão arraigada culturalmente) de que uma vez lançada determinada decisão não pode mais ela ser revista.

com o art. 269, nº IV, mostra que a declaração de decadência é cabível após a fase postulatória, qual modalidade de julgamento conforme o estado do processo'. O relator continua competente para decretá-la, como o fora para indeferir a inicial" (BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, cit., v. 5, p. 221).

¹⁷³ *Princípios fundamentais*, cit., p. 231-233.

¹⁷⁴ Na jurisprudência, nessa esteira, acórdão do STJ publicado em RT 661/231.

¹⁷⁵ Cf., novamente, NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 231).

¹⁷⁶ Na doutrina, confira-se BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5 p. 455) e NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 750, nota 7). Na jurisprudência, apenas para exemplificar, RT 606/95, 596/92; JSTF 14/154; RJTJSP 107/198, dentre vários citados por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*ibidem*, p. 750, nota 7). Atualmente, contudo, é bastante discutível se o apelado estaria, realmente, desprovido de interesse para recorrer da decisão do juízo singular que indevidamente recebe apelação (especialmente na maioria dos casos em que, por força da regra geral do art. 520 do CPC, o recurso tem efeito suspensivo). Ora, tendo-se em vista o tempo necessário para que um recurso de apelação seja distribuído e julgado em alguns Estados da Federação (no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a distribuição de apelações em processos na área cível varia de três a cinco anos!), é evidente que o equívocado juízo positivo de admissibilidade em 1ª instância, impedindo o cumprimento da sentença favorável ao autor, causa-lhe severo prejuízo. E, havendo prejuízo efetivo, irrompe inabalável o interesse recursal.

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos afirmar que o juiz também não estaria adstrito à preclusão se negasse seguimento à apelação (por, digamos, *intempestividade*), e o recorrente *não agravasse* dessa decisão. Segundo a mesma lógica, não haveria impedimento para que o juiz se convencesse depois, e mesmo que fora da via da retratação que seria provocada pelo agravo, de que a apelação antes inadmitida fosse tempestiva, determinando seu processamento.

Haveria, na espécie, situação similar àquela em que o juiz de primeiro grau se omite em remeter os autos à instância *ad quem* para o reexame necessário (art. 475 do CPC). Segundo entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal,¹⁷⁷ sufragado também pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁷⁸ considera-se que tal sentença jamais teria transitado em julgado. Apesar da distinção de efeitos entre recurso voluntário e reexame necessário, o paralelo ilustra bem a situação.

Esse raciocínio pode se aplicar a outros atos processuais, isto é, sempre que se tratar de controle da regularidade dos atos das partes, o juiz estará livre das preclusões para, se for o caso, rever o que já tiver decidido, mesmo à falta de provocação do interessado.¹⁷⁹

8.5.3 Poderes instrutórios do juiz

Prosseguindo, passamos à análise da preclusão de questões decididas na fase instrutória. Aqui, avulta a importância dos, hoje, amplamente reconhecidos poderes instrutórios do juiz,¹⁸⁰ especialmente por força do art. 130 do CPC.¹⁸¹

¹⁷⁷ Súmula 423: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex lege’.”

¹⁷⁸ RSTJ 105/438.

¹⁷⁹ Chegamos à conclusão similar àquela alcançada por CALMON DE PASSOS: “Até esta data ainda não consegui identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes do processo, daí afirmar que, entre nós, a preclusão não ocorre” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, cit., p. 136).

¹⁸⁰ Cf., por todos, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, na monografia *Poderes instrutórios do juiz*.

¹⁸¹ Na mesma esteira de ampliação do ativismo judicial na busca da verdade sobre os fatos litigiosos, vêm os arts. 342 (“o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”); 382 (“O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se a soma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas”); 418 (“O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte; II – a acareação de duas (2) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações”); 437 (“O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”); 440 (“O juiz de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse a decisão da causa”); e, finalmente, o art. 1.107, aplicável aos procedi-

Referido dispositivo já encontrava similar no Código de Processo Civil anterior (art. 117), mas as modernas teorias que pregam a instrumentalidade do processo, e que realçam o interesse público de que ele se reveste na solução dos conflitos, impuseram uma interpretação mais profunda de seu preceito.

Sob essa (moderna) ótica, a concepção de que o juiz, no processo civil, contenta-se com a *verdade formal* e no processo penal com a *verdade real* soa completamente ultrapassada.¹⁸²

Também se revela absolutamente inaplicável, hoje, a máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata parium* (apesar de continuar ser comumente invocada em doutrina), haja vista que a lei impõe ao juiz o poder(-dever) de atuar de ofício na instrução probatória, não se cingindo apenas àqueles elementos trazidos pelas partes.¹⁸³ Assim, segundo essa ótica atual, a característica *inquisitória* do processo civil acaba claramente enrijecida.¹⁸⁴

O espírito que norteia essa interpretação vem muito bem sintetizado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: "Se o processo é *direito público*, toda questão ligada ao interesse das partes fica, sob essa ótica, esmaecido. Não tem sentido, assim, falar-se em que o juiz tenha 'favorecido' uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade e, se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver 'favorecendo uma das partes', isso importa nada ou muito pouco. Quando os fatos a serem esclarecidos fazem com que emergja a verdade, no sentido de que B, e não

mentos especiais de jurisdição voluntária ("Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas").

¹⁸² Seja porque também no processo civil o juiz mostra-se empenhado em buscar, por seus próprios meios (conferidos, em nosso Código de Processo Civil, pelo art. 130), aclarar os fatos litigiosos (não se contentando com aquilo que resultar das provas aportadas pelas partes), seja porque o conceito de verdade traz sérias implicações filosóficas e, pode-se dizer, é inatingível no processo (civil ou penal), que se contenta em aceitar que os fatos sejam esclarecidos com um grau sempre crescente de probabilidade de certeza (cf. ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 35).

¹⁸³ Aliás, anteriormente já havíamos observado que o aumento dos poderes do juiz implica que haja uma série de questões cognoscíveis de ofício, de modo que ele não julgue mais *secundum allegata parium*. Agora, reconhecidos os seus poderes instrutórios, deixa também o magistrado de julgar *secundum probata parium*.

¹⁸⁴ Essa mudança de ótica acerca dos poderes do juiz se manifesta no direito material, também. Colhemos, ao acaso, o art. 1.191 do CC vigente: "O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. § 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão."

A tem direito, não se pode dizer que o juiz esteja perdendo a sua neutralidade, dependendo de ser imparcial ou 'pendendo' para uma das partes."¹⁸⁵

Apenas haveria divergência na doutrina atual quanto ao grau de variação do ativismo judicial, dependendo da natureza dos interesses em jogo.

BEDAQUE¹⁸⁶ defende que "mesmo aqueles que admitem um certo nexo entre a disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte defendem a iniciativa oficial quanto à prova", de modo que pouco importaria a natureza do direito material litigioso (apóia essa tese o disposto no art. 130 do CPC, que não distingue a natureza do litígio para conferir ao juiz poderes instrutórios).

No entanto, JOSÉ CARLOS B. PUOLI,¹⁸⁷ a nosso ver coberto de razão, pondera que "o grau de intensidade dessa atuação irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse. Essa ressalva atende à própria realidade do cotidiano forense, de forma que, não sendo possível fechar os olhos à situação fática, não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isso seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível".¹⁸⁸

Ademais, há certo limite (material) à atuação do juiz na determinação de provas de ofício. Com efeito, nos casos em que se mostra indispensável o concurso da parte – por exemplo, para realização de uma perícia determinada de ofício, o autor deve pagar os honorários respectivos, a teor do art. 19, § 2º, do CPC –, a omissão desta não dá outra alternativa ao juiz senão deixar de lado a realização da referida prova ou, como defendem ARAÚJO CINTRA¹⁸⁹ e CRUZ E TUCCI,¹⁹⁰ extinguir o feito sem exame de mérito, nos termos do art. 267, III, do CPC.

¹⁸⁵ *O novo regime do agravo*, p. 313, destaques do original.

¹⁸⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 93.

¹⁸⁷ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 27.

¹⁸⁸ O STJ proferiu lapidar acórdão, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (RT 729/155), segundo o qual o juiz deve exercer seus poderes instrutórios quando se está diante de causas de direito indisponível, ou quando se acha em estado de grande perplexidade, ou ainda quando houver manifesta desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. O entendimento acaba afinado com o que ensinava LIEBMAN (Fondamento del principio dispositivo, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 554, 1960) no sentido de que as causas cujo objeto envolva interesse público preponderante exigem uma atuação mais ativa do Estado. No entanto, o auto italiano infenso que era à idéia de poderes instrutórios amplos do juiz (haja vista sua concepção de princípio dispositivo e a idéia de que isso comprometeria a imparcialidade e neutralidade do juiz), afirma que nesses casos o Estado faz atuar o Ministério Público, mantendo a desvinculação do juiz da instrução probatória.

¹⁸⁹ *Abandono da causa...*, cit., p. 172-173.

¹⁹⁰ *Temas polêmicos...*, cit., p. 24.

Inobstante essas últimas questões, quando se trata da preclusão incidente sobre o exercício dos poderes instrutórios do juiz, é de se ver que se mostra ela bastante atenuada,¹⁹¹ de modo que o juiz que tenha indeferido produção de determinada prova pode, *a posteriori*, reconsiderar sua decisão,¹⁹² ou mesmo o inverso (muito embora, quanto a esse segundo aspecto, a doutrina prevalente seja contrária).¹⁹³ Atende-se, assim, à natureza dinâmica que a fase instrutória – diferentemente das demais fases do processo – ostenta.¹⁹⁴

Em linhas gerais, aplica-se aqui o mesmo raciocínio desenvolvido para as condições da ação e pressupostos processuais (item 8.5.1, *supra*) e controle da regularidade formal do processo (item 8.5.2, *supra*), ou seja, se a lei confere ao juiz o

¹⁹¹ Percucientemente, JOÃO BATISTA LOPES sustenta que a afirmação contida da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de que “para indagação da verdade, o juiz não estará adstrito a preclusões” aplica-se igualmente no processo civil (Breves considerações..., cit., p. 49).

¹⁹² Assim, dentre outros, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 90-91) e JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 52). Afinal, como frisa CRUZ E TUCCI, “o processo dos sistemas da *civil law*, em matéria probatória, é caracterizado por um *work in progress*, uma obra aberta, não existindo preclusões no exercício dos poderes instrutórios do juiz” (*Tempo e processo*, p. 37).

¹⁹³ Como já expusemos no texto Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido (*Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 8, p. 208, nota 136): “Essa possibilidade já era admitida pelos doutrinadores que estudaram o art. 851, II, do CPC/39: ‘Não admitir a prova requerida’ é expressão usada em sentido lato. Cabe assim o recurso, não só quando o juiz inicialmente a não admite, como ainda quando a admitiu, mas posteriormente impede a parte de a produzir (FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 4, p. 229, com amparo em lição de ALFREDO BUZARD). Hoje, à vista do incremento dos poderes do juiz na direção do processo, com muito mais razão soa-nos lógico admitir essa possibilidade. Mesmo porque o art. 130 do CPC dá poderes ao juiz para indeferir diligências inúteis, e a inutilidade de uma determinada prova pode ser superveniente a seu deferimento quando, por outro meio, o juiz já tenha se convencido do fato incontroverso probando.” No mesmo sentido aqui defendido, pronunciou-se FLÁVIO LUIZ YARSHÉLI (*Ação rescisória...*, cit., p. 112). No entanto, contrariamente a essa posição manifestaram-se vários monografistas já amplamente citados neste estudo, quais sejam, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 92), TALAMINI (Saneamento do processo, cit., p. 104) e DANIEL ASSUMPTÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 255-258), todos entendendo haver aí “cerceamento de defesa”. Não atinam referidos autores para o fato de que o prejuízo de decisão desse jaez é meramente potencial, pois a parte que seria beneficiada pela prova cuja produção foi indeferida poderá sagrar-se vencedora independentemente dela, de modo que só se poderia falar em *cerceamento de defesa* após o proferimento de sentença.

¹⁹⁴ Ensina-nos BONA CAVALLARI (Le preclusioni e l'istruzione probatoria..., cit., p. 903): “Le attività probatorie, invece, non rappresentando momenti necessari di collegamento o di passaggio da un atto all'altro del procedimento, si pongono alla stregua di un criterio diverso da quello di un ordine cronologico necessario. Il loro compimento è previsto, ma entro stadi o fasi processuali oltre i quali l'assunzione di prove è preclusa.”

poder de agir de ofício no terreno probatório, também é razoável que se desvincule o poder de rever decisão anterior da iniciativa da parte de dela recorrer.¹⁹⁵

Veja-se, aqui, que não pretendemos discutir se os poderes instrutórios do juiz seriam *concorrentes*, *substitutivos* ou *subsidiários*¹⁹⁶ à iniciativa das partes – até porque estranha é essa questão ao objeto do nosso estudo –, mas simplesmente afirmar que o art. 130 do CPC deixa as decisões nesse terreno a salvo da preclusão, pois dota o juiz – enquanto autoridade a quem compete a direção do processo – de poderes para definir que provas têm de ser produzidas. E essa iniciativa independe daquela das partes.

Contudo, é necessário ressaltar que, como a produção de provas é destinada não só ao magistrado singular, mas também ao tribunal, uma prova que aquele reputou desnecessária pode ser reconhecida útil pelos membros deste, e sua produção pode ser determinada por ocasião do julgamento de um recurso de apelação (pelo instituto, pouco usado infelizmente, da conversão do julgamento em diligência, previsto no art. 560, parágrafo único, do CPC e agora reforçado pelo art. 515, § 4º, introduzido pela Lei nº 11.277/2006).¹⁹⁷ E isso nos parece válido mesmo se a parte a quem a prova poderia beneficiar não tiver recorrido da decisão do juiz *a quo* que a dispensou, e mesmo que não tenha alegado na instância *ad quem* o chamado “cerceamento de defesa”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ TALAMINI (Saneamento do processo, cit., p. 103) observa justamente que o art. 130 do CPC não dá apenas poder ao juiz de ordenar provas de ofício, mas que seu texto permite a interpretação de que ele não fique amarrado por preclusão, podendo deferir prova que antes houvera indeferido.

¹⁹⁶ Sintetizando a doutrina que estudou o *ônus da prova* em três correntes principais, confira-se PUOLI (*Os poderes do juiz...*, cit., p. 48-50), com vasta referência bibliográfica.

¹⁹⁷ Já lamentamos a escassa aplicação prática desse dispositivo de lei no nosso Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 209. Parece-nos que o legislador também atentou a esse detalhe, e resolveu (por meio da Lei nº 11.277/2006) introduzir um novo parágrafo (o 4º) ao art. 515 do CPC, que do ponto de vista técnico nada acrescenta ao art. 560 (exceto pela sua redação mais clara e precisa). Resulta claro que o escopo dessa reforma foi muito mais educativo, do que propriamente técnico, eis que o arcabouço legislativo para a conversão do julgamento em diligência já existia.

¹⁹⁸ Aliás, é de notar que, se a parte não recorre da decisão que indefere prova cuja produção requerera, não poderá posteriormente acoirar de *inválida* a sentença que lhe for desfavorável sob o fundamento de *cerceamento de defesa*. Nesse sentido, vem acórdão do 2º TAC/SP que entendeu que: “Não há que se falar em *cerceamento de defesa*, por preclusão da questão, se da sentença que dispensou a produção de prova oral não foi interposto nenhum recurso” (Ap. s/ Rev. 711.197-00/3, 10ª Câm., rel. Juiz Nestor Duarte, j. 03.09.2003). Com efeito, a reforçar os argumentos do aresto citado, seria caso aqui de *nulidade relativa*, pois a parte tem de levantar-se contra a restrição na citada, sob pena de preclusão, *ex vi* art. 245 do CPC (nesse sentido, CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 156-157). Todavia, nem por isso o juiz ficaria impedido de, *a posteriori*, rever, *ex officio*, a decisão que a parte prejudicada deixou de impugnar, máxime porque o art. 130 do CPC lhe dá esses poderes. Por deradeiro, convém observar que a decisão que defere produção de provas antes indeferida não é, propriamente, um reconhecimento da nulidade da decisão anterior (pois, se nulidade alguma havia, foi ela sanada pela inércia da parte interessada), mas sim demonstração do exercício regular de um

Essa parece ser a interpretação do art. 130 do CPC mais consentânea com o princípio basilar do processo, que é servir de instrumento ao *acesso da ordem jurídica justa*, o que influi de modo marcante no regime de preclusões.

8.5.4 Poderes do juiz na utilização dos meios de apoio à execução e à efetivação da tutela antecipada

As recentes reformas processuais dotaram o juiz de poderes antes quase desconhecidos em nosso sistema. E dentre eles destacam-se, justamente, os meios de apoio para a execução definitiva de obrigação de fazer e não fazer (art. 461), da coisa (art. 461-A), bem como, no que couber, para a efetivação das medidas antecipatórias de tutela dessa natureza (ex art. 287 do CPC).

A tônica dessas modificações é, sem nenhuma sombra de dúvida, privilegiar a execução específica das obrigações, tornando-a sempre preferível à conversão em ressarcimento de danos.

Para tanto, o sistema permite ao juiz valer-se de duas ordens de meios: os de sub-rogação e os de coerção. Os primeiros substituem a vontade do devedor recalcitrante e promovem o cumprimento do comando judicial mediante ordem a ser cumprida por auxiliares da justiça.¹⁹⁹ Os segundos agem no íntimo do agente, compelindo-o a adimplir o dever que lhe é exigido para afastar situações desvantajosas para si.

Para demonstrar que o exercício de tais poderes não se sujeita à preclusão, o primeiro dado relevante, aqui, é que o exercício de tais poderes independe de pedido da parte. De fato, o art. 461 do CPC, que trata da execução das obrigações de fazer e não fazer, dispõe em seu *caput* que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Mais explicitamente, no seu § 4º vem disposto que o juiz poderá impor multa diária ao réu “independentemente de pedido do autor”. Ademais, o rol de medidas trazido no § 5º pode ser utilizado “de ofício ou a requerimento”. E, finalmente, o § 6º dispõe que o juiz pode, “de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. No § 3º do art. 461-A, instituído pela Lei nº 10.444/2002, relativo à execução das obrigações de dar coisa, aplica-se subsidiariamente o art. 461.

Poderíamos seguir a mesma lógica que permeou os itens anteriores, e afirmar que em se tratando de matérias que o juiz conhece de ofício, desconsiderando-

poder (-dever) do magistrado, que, uma vez inspirado no interesse público, não se condiciona pelo princípio dispositivo que informa as posições jurídicas das partes. Sob essa perspectiva, põe-se em relevo novamente a idéia de que preclusão de ônus processuais é diferente da preclusão que recai sobre questões incidentais.

¹⁹⁹ Vide, a propósito, MARINONI (*Tutela específica*, p. 71-77).

se a inércia da parte em alegá-las, também seria forçoso desconsiderar a inércia da parte interessada em recorrer de decisão que verse referidas questões. Assim, poderia o juiz revogar ou modificar decisão anterior nesse mister, de ofício, e a qualquer tempo. Entretanto, não só isso nos conduz à conclusão de inexistir, na espécie, preclusão.

De fato, as normas acima referidas orientam-se pelo (louvável) propósito de efetivação prática das decisões judiciais. Desse modo, até que esse resultado seja alcançado, pode o juiz tomar todas as medidas que se apresentarem como necessárias para o caso concreto. O espírito que norteia esses dispositivos, sem dúvida, inspira-se no interesse público de eliminar uma crise de satisfação e extirpá-la definitivamente do mundo dos fatos, como condição para a pacificação social e restabelecimento da ordem jurídica.

Ademais, o § 5º do art. 461 do CPC – aplicável às execuções de obrigação de fazer e não fazer, e aplicável às execuções de obrigação de dar (ex § 3º do art. 461-A) – faz uma enumeração meramente exemplificativa dos meios de apoio,²⁰⁰ de maneira que outros não contemplados no texto da lei podem ser empregados pelo magistrado, desde que – como leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO – “se mostrem necessários, suficientes e proporcionais”.²⁰¹ É o que se convencionou chamar de *amplicidade dos meios de apoio*.

Com isso, o legislador atende à natureza dinâmica que os fatos concretos ostentam, e permite que, à vista dessas características, o juiz tenha liberdade para eleger o meio de apoio que, ao caso concreto, mais pareça adequado.

De outro lado, se aquele determinado meio de apoio eleito demonstrar-se incapaz de produzir o resultado prático que do processo se espera, é lógico que o juiz está livre para substituí-lo por outro, mesmo sem requerimento da parte. Trata-se de dado intrínseco ao sistema, que se revela, ademais, no art. 461, § 6º (que contém permissão de elevação ou diminuição do valor ou da periodicidade da multa cominatória imposta ao devedor). Tem-se, afinal, o que DINAMARCO chamou de *princípio da adaptabilidade*.²⁰²

Assim, emerge absolutamente indubitoso que o juiz, ao valer-se desses meios coercitivos ou sub-rogoratórios, não poderá estar amarrado pela preclusão, de tal maneira que, mostrada a ineficiência de um determinado meio de apoio eleito, pode o magistrado substituí-lo por outro, até que se obtenha a execução específica ou equivalente.

Aliás, tecnicamente (e de acordo com as premissas lançadas no item 8.3.1, *supra*), é de se ver que não se poderia cogitar de preclusão para o juiz *alterar o*

²⁰⁰ Cf., v. g., TALAMINI (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 268-270).

²⁰¹ *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1413, destaque do original.

²⁰² *Instituições...*, cit., v. 4, p. 455.

meio de apoio eleito para uma execução de obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa para que seja ele mais efetivo, já que a decisão sobre a alteração da medida de apoio se embasa em uma situação fática diversa daquela que havia quando o meio foi originalmente eleito. Sendo diferentes as bases fáticas de uma e de outra decisão, sequer se poderia cogitar de preclusão. Está aqui implícita a mesma idéia que permeia tanto o art. 471, I, quanto o art. 805, ambos do CPC.

8.5.5 Poderes administrativos do juiz

É comum ouvir que o magistrado, além de exercer poderes jurisdicionais, também desempenha poderes administrativos, e que estes não estariam sujeitos à preclusão.²⁰³

Sem adentrar no emaranhado de classificações acerca dos provimentos judiciais – inclusive para não nos desviarmos do nosso foco de atenção –, realmente não há dúvida de que o juiz não só desempenha funções jurisdicionais, mas também administrativas. BARBOSA MOREIRA²⁰⁴ faz essa exata observação e arrola, como exemplo, os “poderes de polícia” previstos no art. 445 do CPC, como “manter a ordem e o decoro na audiência” (inc. I), “ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente” (inc. II) e “requisitar, quando necessário, a força policial” (inc. III).

Para tentar confirmar a assertiva lançada no primeiro parágrafo deste item, pensemos, por exemplo, nas decisões tomadas pelo magistrado ao determinar às partes que paguem custas ou emolumentos judiciais.

Aqui, pode-se considerar que a atividade do juiz tem conteúdo administrativo, não jurisdicional, pois não diz respeito à entrega de um bem da vida em litígio, mas sim ao controle arrecadatário de uma tarifa pública, que é paga pela prestação do serviço público pelo próprio magistrado e seus auxiliares.

Caso tenha o magistrado se olvidado desse mister, por exemplo, despachando a petição inicial que não veio acompanhada do comprovante de pagamento de custas judiciais, ou ordenando citação mesmo a despeito de a parte não ter pago as despesas necessárias, ou de qualquer forma tenha reputado válido pagamento que não o tenha sido, nada o impedirá de voltar atrás, independentemente de recurso ou pedido da parte interessada.

Aqui não se aplica a preclusão porque existe a absoluta preponderância do interesse público, que gira em torno do controle da regularidade da arrecadação de um preço público, não se justificando em absoluto esteja o juiz amarrado por preclusões. Franqueia-se, assim, ao magistrado tanto a iniciativa de tratar dessa

²⁰³ Cf. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 153-161).

²⁰⁴ Reformas processuais e os poderes do juiz, *Temas de direito processual – oitava série*, p. 55.

matéria de ofício como de modificar ou revogar decisão anterior a respeito independentemente de recurso da parte interessada.

Essa discussão pode suscitar a delicada questão da impugnação ao valor da causa. De fato, o Código impõe ao réu o ônus de impugnar o valor da causa atribuído pelo autor, estipulando, em seu art. 260, um prazo peremptório (o mesmo da contestação) e uma forma específica (apresentação em peça apartada à contestação, para autuação em apenso).

Ora, uma das principais repercussões da atribuição do valor da causa é, sem dúvida, o pagamento da taxa judiciária (em alguns casos, como na justiça cível paulista e na justiça cível federal, não só das custas iniciais, pagas quando do aforamento da ação, mas também do preparo do recurso de apelação).

Se assim é, parece razoável que, para fins de controle de arrecadação dessa taxa, o juiz esteja investido de poder para ordenar, de ofício, a correção do valor da causa para maior, quando devido independentemente da impugnação ao valor da causa. E, tendo em vista o interesse público que inspiraria tal medida, é razoável que não haja preclusões. Não faz sentido realmente que nesse caso em específico (correção do valor da causa para maior) se deixe ao alvedrio do réu impugnar o valor da causa (ainda mais dentro de prazo preclusivo), se a este também pode interessar a manutenção do valor da causa em patamares inferiores ao devido, por ser a base de cálculo de eventual preparo de apelação.

Por isso justifica-se que, havendo a finalidade arrecadatória, o juiz possa alterar para maior o valor da causa, de ofício, e sem incidência de qualquer tipo de preclusão, tendo em vista a preponderância do interesse público e o caráter administrativo dessa atuação. Aliás, de forma geral, sempre que a alteração do valor da causa atender ao interesse público (já que tal critério serve de parâmetro para definição de competência dos juízes, ou a definição do procedimento, por exemplo), justifica-se que o juiz possa agir *ex officio*, não podendo deixar ao arbítrio do réu promover o incidente de impugnação.

Entretanto, a despeito disso, a doutrina e a jurisprudência, provavelmente ainda apegadas a uma concepção ainda residualmente privatista do processo, e sem levar em conta a natureza desse ato judicial em especial, têm assentado que o juiz pode proceder de ofício, nessa hipótese, logo que recebesse a peça inicial. Depois disso, haveria preclusão. MONIZ DE ARAGÃO²⁰⁵ leciona justamente nesse sentido.

Não há, contudo, como avalizar tal opinião. Ou o juiz está agindo como agente arrecadador de recursos destinados ao erário (e, dessarte, não pode ficar amarrado pela preclusão, podendo ordenar de ofício e a qualquer tempo a majoração do valor da causa e conseqüente recolhimento de diferença de custas devida), ou se deixa à disposição do réu provocar a revisão do valor atribuído à causa, não cabendo ao juiz proceder de ofício (seja antes, seja depois de despachar a peça inicial).

²⁰⁵ Preclusão (processo civil), cit., p. 181.

Justamente por isso é que também não podemos concordar com aresto do STJ que assentou que: "As regras sobre o valor da causa são de ordem pública; portanto, não o modificando o juiz de ofício, nem o impugnando a parte contrária, preclui para esta o direito de discutir a matéria posteriormente."²⁰⁶

A prevalecer a opinião consagrada no v. acórdão do STJ supra-aludido, bem como aquela defendida por MONIZ DE ARAGÃO, teríamos uma preclusão por omissão do juiz em decidir, ou então uma preclusão recaindo sobre uma decisão implícita, o que não se admite.

No item 8.3.5, *supra*, tivemos ensejo de refutar a idéia de que haja preclusão sobre decisão implícita ou preclusão da questão por omissão do juiz, lá afirmando que decisões implícitas não existem e que o juiz não pode perder o direito de proferir uma decisão, pois não se sujeita a nenhum ônus processual. Exemplificamos com a situação da incompetência relativa (item 8.1.3, *supra*) e da nulidade relativa (item 8.5.2 *supra*). A presente hipótese, por ser análoga aos exemplos anteriores, recebe a mesma solução.

Ademais, se o sistema reconhece ao juiz o poder de obrar de ofício quanto a tal matéria, não se pode conceber que haja, para ele, limites temporais para assim proceder, depois dos quais ocorreria a extinção do poder respectivo. Admitir isso seria aceitar que o juiz estaria sujeito a prazos próprios, o que a doutrina unanimemente rejeita.

Se o interesse que move o juiz em determinar a revisão do valor da causa é público, pode ele proceder de ofício, sem se cogitar da preclusão.

Se, de outro lado, não há interesse público a ser tutelado, a revisão do valor da causa só pode ocorrer mediante a provocação do réu, na forma e tempo previstos na lei. Nesse segundo caso, o juiz não pode agir de ofício porque a lei lhe veda esse poder e sujeita seu exercício à iniciativa da parte, não se podendo falar em *preclusão da questão por omissão do juiz*, ou muito menos de *decisão implícita* coberta pela preclusão. Simplesmente, para isso, o juiz está desprovido de poder.

Superada essa questão, podemos também observar a ausência de preclusão de questões nos processos de jurisdição voluntária, pois, afinal, aqui há apenas "administração pública de interesses privados".²⁰⁷

²⁰⁶ 3ª Turma, v. u., BAASP 1793/173, citado por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 320, nota 258, 1b).

²⁰⁷ Conforme expressão da doutrina tradicional, como bem ressaltam, dentre outros, FREDERICO MARQUES (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 97 ss); CINTRA, GRUNOVER E DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 153); DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 319). Ainda a robotar tal entendimento de que a jurisdição voluntária, a rigor, não tem conteúdo *jurisdicional*, mas sim *administrativo*, confira-se, na doutrina estrangeira, BIENVENIDO GONZÁLEZ POVEDA (*La jurisdicción voluntaria*, esp. p. 61-66).

Assim, não só o exercício dos poderes das partes é diverso,²⁰⁸ mas também do juiz. E isso especialmente porque nos processos de jurisdição voluntária o exercício dos poderes-deveres do magistrado tem conteúdo administrativo e vem informado pelo art. 1.109, que dispõe que "o juiz não é, porém, obrigado a observar o critério de legalidade estrita".²⁰⁹

Isso nos autoriza a afirmar que o juiz pode rever suas decisões tomadas no curso de processos de jurisdição voluntária, mesmo que a parte interessada não tenha recorrido tempestiva e regularmente da referida decisão. Note-se, contudo, que isso só vale para os processos de jurisdição voluntária por excelência, em que não se verifica nenhum traço de litigiosidade.²¹⁰

8.5.6 Considerações conclusivas sobre as questões não sujeitas à preclusão – regra e exceção

O traço comum de todos os casos citados é um só: a preponderância do interesse público sobre o privado.

De fato, seja quando se trata do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (item 8.5.1, *supra*), seja também quando se enfoca o controle da regularidade formal do processo (item 8.5.2), seja ainda quando se cuida dos poderes instrutórios (item 8.5.3), coercitivos (item 8.5.4) ou administrativos do juiz (item 8.5.5), a lei determina que a ausência de iniciativa da parte seja desconsiderada e que o juiz possa conhecer de tais questões de ofício e a qualquer tempo.

Em alguns dos casos tratados, há dispositivo legal expresso que confere ao magistrado tais poderes(-deveres),²¹¹ e, quanto a alguns que não há estão previstos e, norma nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando cada vez mais que as decisões que tenham por objeto matéria processual podem

²⁰⁸ Como vimos no item 7.9, *supra*.

²⁰⁹ Isso não significa, de outra parte, que os atos dos sujeitos processuais nos processos de jurisdição voluntária estejam totalmente livres de qualquer formalidade e que poderiam bem reger-se como os atos jurídicos de direito privado (cf. BIENVENIDO GONZÁLEZ POVEDA (*La jurisdicción voluntaria*, esp. p. 121 ss). Formalidades evidentemente há, pois a atividade judicial nos processos de jurisdição voluntária é pública, mas a norma processual referida acima atenua os seus rigores.

²¹⁰ De fato, certos procedimentos, embora encartados como de jurisdição voluntária, apresentam litígio e, dessarte, deveriam ser enquadrados como de jurisdição contenciosa. É o caso do processo de alienação de coisa comum que, como ressalta BEDAQUE, foi erroneamente inserido no item reservado aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (*Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 2602).

²¹¹ Isso é válido para o controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (ex vi dos arts. 267, § 3º, 301, §§ 4º, 13, 113, todos do CPC), para exercício dos poderes instrutórios (arts. 130, 342, 382, 418, 437, 440 e 1.107, todos do CPC) ou coercitivos (art. 461, esp. §§ 4º, 5º e 6º do CPC).

(e devem) ser verificadas de ofício, a qualquer tempo, independentemente da provocação da parte.

Todavia, como já ficou claro na exposição até agora feita, parece razoável entender a aplicação dessas normas para desconsiderar a omissão das partes também para recorrer de determinada decisão que trate de referidas matérias, de modo que a ausência de recurso, pela parte interessada, não opera a preclusão sobre a questão decidida, podendo o juiz revogar ou modificar a decisão a qualquer tempo e de ofício.

É de se ter presente que a idéia que permeia a autorização de conhecimento de ofício de determinadas questões é a de que a ordem jurídica quer sejam elas enfrentadas e resolvidas corretamente. Por isso, o fato de a parte interessada não atuar seu direito de alegá-las não pode impedir o juiz de aplicar o direito objetivo escorreitamente.

Ora, se o juiz equivoca-se ao enfrentar pela primeira vez tais questões, não se pode dizer que "exauriu" sua função nesse mister, pois o ordenamento – ao conferir-lhe poder(-dever) de desconsiderar a iniciativa da parte e agir *ex officio* – toma por premissa a idéia de que, para restabelecimento da ordem jurídica, aquela determinada questão deve ser corretamente resolvida mesmo se o litigante interessado ficou inerte. Somente depois de ter dado à questão (de ordem processual, sobretudo) uma decisão conforme o direito objetivo é que o juiz terá restabelecido a integridade do ordenamento.

E veja-se que a possibilidade do juiz em equivocar-se se baseia na constatação óbvia de que se trata de um ser humano e, como tal, sujeito a uma natural e atávica falibilidade.²¹² Já vimos que não é por outra razão que o sistema institui uma série de meios de impugnação às decisões judiciais: o faz, porque tem por premissa a possibilidade de que os magistrados se enganem.

Assim, se se desconsiderou a inércia da parte em suscitar determinada questão para que ela pudesse ser resolvida *ex officio* pelo juiz, caso ela não tenha sido corretamente decidida, não pode o ordenamento contentar-se com a omissão da parte interessada em recorrer. Pelos mesmos princípios que regem, nesses casos, a iniciativa oficial do juiz em analisar referida questão, justifica-se que, mais uma vez, se desconsidere a omissão do litigante em impugnar referida decisão, e possa o juiz alterá-la ou modificá-la a qualquer tempo, livre de preclusões.

²¹² O processualista português JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA (*Impugnação das decisões em processo civil*, p. 15) leciona que "o julgador, como todos os homens, embora imensamente rico de cabedais de inteligência, prudência e bom senso, mesmo que, no seu foro íntimo, se considere com a grandeza intelectual do sábio e a elevação moral do justo, esquecendo que no mundo tudo é vaidade, como advertia Salomão, não se acha liberto da mácula do engano".

Sobre todas as decisões judiciais que, como atos de Estado que são, recaem uma presunção de legalidade,²¹³ e a regra geral é a de que só pode ser elidida pela impugnação da parte interessada (não havendo essa impugnação, não poderão as partes furtarem-se de render obediência e respeito àquele comando judicial). Portanto, o próprio magistrado que proferiu referida decisão deve estar autorizado a revogá-la ou modificá-la de ofício, de maneira que reconheça a ilegalidade da decisão anterior, e, quebrando a presunção que sobre ela recaía, exare em seu lugar outra, mais uma vez coberta da mesma presunção de legalidade.

Quando a questão analisada pelo magistrado de modo inadequado é de cunho processual, aquela mácula pode dar ensejo a um grave *error in procedendo* que, se não for reconhecido no curso do processo, pode pôr em risco a validade da sentença que vier a ser proferida, que passará a ficar exposta, por exemplo, a uma ação rescisória.

É exatamente nesse sentido a advertência de BARBOSA MOREIRA, a qual se mostra extremamente oportuna: "Os *errores in procedendo* costumam gerar complicações coincidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesas, para o litigante que tem razão. Basta pensar nas decisões equivocadas acerca da competência, às quais se segue sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes".²¹⁴ Essa razão, ainda, justifica a ausência de preclusão.

Mas, do mesmo modo que o sistema atribui ao juiz esse poder, ele o tira no momento em que sobrevém sentença e esta passa em julgado. Aí, sim, operar-se-ia, em caráter definitivo, a impossibilidade de o juiz se pronunciar sobre aquelas matérias, com a "sanatória geral das invalidades".

Aplica-se, aqui, percuciente pensamento de LIEBMAN, colhido em um de seus últimos (senão último) escritos:²¹⁵ "enquanto de um lado as leis prevêem meios oportunos para garantir que as sentenças sejam o quanto mais possível justas e conformes ao direito, do outro lado, um esforço mais forte e intenso é dirigido a pôr um limite no prolongamento das lides". É a exigência de que aos litígios seja posto um fim, consubstanciado na coisa julgada. Deixa-se aberta a porta, apenas,

²¹³ Essa presunção de legalidade (de resto, inerente aos atos dos agentes do Estado, sejam eles do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo), explica, por exemplo, a necessidade de que seja, sempre, declarada a invalidade dos atos judiciais que desatenderem as prescrições legais (mesmo quando se trata de uma nulidade absoluta). A propósito, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 592).

²¹⁴ Reformas processuais e os poderes do juiz, *Temas de direito processual* – oitava série, p. 65.

²¹⁵ Unità del giudicato, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 235, 1986, em nossa tradução.

da ação rescisória, e mesmo assim com requisitos legais taxativos, e pelo extenso prazo bienal.

Poder-se-ia dizer – fazendo coro à doutrina majoritária – que a ausência da preclusão se justificaria pelo fato de que determinadas matérias seriam de “ordem pública”. Entretanto, o direito positivo jamais se preocupou em delimitar quais matérias seriam de “ordem pública” e quais não. Ademais, esse conceito é extremamente vago e impreciso, tendo sido por algumas vezes empregado por regimes ditatoriais para justificar supressão de direitos dos cidadãos.²¹⁶ Finalmente, a doutrina afirma que não haveria coincidência absoluta entre o rol de matérias de “ordem pública” e o elenco de matérias cognoscíveis de ofício, sendo que o segundo abrangeria o primeiro, mas não se esgotaria nele.²¹⁷

Satisfaz-nos a idéia de que se a matéria é cognoscível de ofício – sendo de ordem pública ou não – a decisão judicial que a enfrenta está livre da preclusão. Vale repetir ainda uma vez: se o sistema reputou irrelevante a inércia da parte em arguir a questão, há de consecutivamente reputar irrelevante a omissão do interessado em dela recorrer. Para nossos propósitos não importa se há em jogo normas de “ordem pública” ou não.

Seja como for, ao cabo desse item, percebe-se claramente que o número de matérias livres da preclusão é vastíssimo, muito maior do que o número de casos em que se aplica a regra preclusiva geral. Isso se deve, contudo, a duas circunstâncias básicas: a primeira é a de que a esmagadora maioria das decisões proferidas no curso do processo versa matéria processual e a segunda é a de que as normas processuais são, salvo raríssimas exceções (que tivemos até dificuldades de apontar) normas cogentes, em que impera o interesse público (como, aliás, em todas as normas de “ramos públicos” do Direito, por assim dizer, como é o processo civil). Isso não afeta, contudo, a premissa básica da qual partimos: como regra, o juiz não pode se retratar de suas decisões.

Parece-nos, então, ter ficado evidenciado o fio que conduz a interpretação aqui empreendida, a respeito da identificação das questões que não estão sujeitas à preclusão.

²¹⁶ De fato, o ditador espanhol Franco editou em 30 de julho de 1959 a “Ley de Orden Publico” que estipulava julgamentos sumários de atos que se consideravam atentatórios da “ordem pública”. A ditadura salvadorenha editou, em 1978, a “Ley de defensa y garantía del orden público”, igualmente com a finalidade de suprimir direitos civis. A versão brasileira desse tipo de diploma baseava-se em outro conceito vago, que outorgava amplos poderes ao Estado em detrimento de garantias individuais, qual seja o de “segurança nacional” (vide arts. 89-91 da Constituição Federal de 1967 e o Decreto-lei nº 314/67).

²¹⁷ A propósito, confira-se a profunda incursão de MAURÍCIO GIANNIGO nesse terreno pantanoso, com apoio nas lições de BARBOSA MOREIRA, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e outros (*A preclusão...*, cit. p. 162-175).

2.6 Preclusão de questões e sobrevivência dos pedidos de reconsideração

Como vimos,²¹⁸ sob a égide das Ordenações do Reino português, franqueava-se ao juiz o poder de rever, de ofício, toda sentença interlocutória a qualquer tempo (Ord. Af., 3.67.2; Ord. Man., 3.48.pr; e Ord. Fil., 3.65.pr). Isso representava uma contradição incontornável: se o juiz poderia rever a decisão interlocutória de ofício a qualquer tempo, não haveria razão para que se vedasse à parte que pedisse essa revisão por requerimento formulado em qualquer momento. Vale dizer, por que impor à parte prazos peremptórios para exercer o ônus de interpor recurso de agravo das interlocutórias inapeláveis, se o juiz pode mudar aquela decisão sempre que reputar conveniente? Anteriormente concluímos que isso se deve à gênese do recurso de agravo como pedido de reconsideração, sem forma de juízo, inicialmente proibido, mas que a prática passou a admitir, até redundar em sua ordinarização.

Essa contradição já não se encontrava no Código de Processo Civil de 1939, em que pese a influência que esse diploma ainda sofreu das Ordenações. Como vimos, à vista do seu art. 288 (“Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios...”), a doutrina, embora criticando sua imperfeição técnica, nele identificava o princípio de que as interlocutórias das quais não cabia recurso poderiam ser modificadas pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte a qualquer tempo.²¹⁹

Assim, sob aquela sistemática, era inevitável que houvesse pedidos de reconsideração das interlocutórias irrecorríveis (que, diferentemente dos recursos, não estão sujeitos a termos ou prazos, já que o poder do magistrado de rever as questões incidentais não teria limites), para não falarmos de outros remédios de impugnação não recursais, como a correção parcial e o mandado de segurança.

Das demais interlocutórias, tipificadas em seus arts. 842 e 851, contra as quais cabia agravo de instrumento ou no auto do processo, respectivamente, a omissão da parte em recorrer importava em preclusão. Ou seja, já se fazia, desde aquela época, a associação entre a irrecorribilidade das interlocutórias e sua imutabilidade.

A partir do momento em que, pelo Código de Processo Civil de 1973, se instituiu o regime de ampla e irrestrita recorribilidade das interlocutórias, consagrou-se definitivamente o primado de que, se a parte não recorre de qualquer das interlocutórias lançadas no curso do processo, opera-se a preclusão. Contudo, a atual lei processual passou a afirmar que determinadas questões (como as relativas às condições da ação e pressupostos processuais, conforme o art. 267, § 3º, do CPC) podem ser analisadas pelo juiz a qualquer tempo.

²¹⁸ Item 2.5.7, *supra*.

²¹⁹ Item 2.8, *supra*.

Assim, somos forçados a concluir que a contradição existente nas Ordenações do Reino português, que havia sido superada pelo Código de Processo Civil de 1939, revigorou-se em nosso atual ordenamento processual.

De fato, várias questões estão a salvo da preclusão, o que significa dizer que o juiz pode revê-las *ex officio*, e a qualquer tempo, mas todas as interlocutórias são recorríveis. Afinal, séculos depois de evolução da ciência processual, voltamos à mesma situação encontrada nas Ordenações lusitanas, pois as partes têm o ônus de recorrer de determinadas decisões apesar de os juízes poderem revê-las de ofício a qualquer tempo.

Por tudo isso é que o fato de existirem questões que não se sujeitam à preclusão implica que, quanto a elas, se admitam os pedidos de reconsideração que, apesar de comuns no cotidiano forense, não têm previsão legal. Essa conclusão decorre de razões pura e simplesmente lógicas: se o juiz pode rever a decisão de ofício, o que impediria a parte de provocar o exercício desse poder?²²⁰

É nesse sentido a acurada lição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:²²¹ “Pode-se dizer que o fato de haver ou não pedido de reconsideração é tecnicamente irrelevante. Em verdade, pois, ao pedido de reconsideração só pode seguir-se a alteração da decisão nos casos em que o juiz poderia, até mesmo sem o pedido, alterar sua decisão. E a alteração da decisão há de ser fundamentada, como se de outra decisão se tratasse, porque, na realidade, é outra decisão” (destaques do original).

Adiante a autora exemplifica: “Nada impede que a parte que viu seu pedido de produção de determinada prova indeferido, entre com um pedido de reconsideração. E o juiz, embora ‘provocado’ por este pedido, pode reconsiderar mas porque se terá convencido da importância da prova. Dessa forma, há de fundamentar esta nova decisão, que só poderá ser proferida porque a primeira não terá gerado preclusão, e não propriamente por causa do pedido de reconsideração.”²²²

Portanto, o pedido de reconsideração seria um mero ato de provocação do poder imanente que o magistrado detém, o qual poderia ser utilizado mesmo sem

²²⁰ É, *mutatis mutandi*, a mesma idéia que permeia o art. 303, II, do CPC, isto é, se o juiz pode conhecer de determinadas matérias de ofício, o réu pode provocar o exercício desse poder mesmo se sua contestação não versou sobre referidas questões. E tanto é verdade que o sistema aceita essa idéia de que a parte pode provocar uma decisão que o juiz poderia tomar de ofício, que o art. 267, § 3º, *fine*, do CPC prevê uma penalidade (pagamento das custas pelo retardamento) para a parte que não suscita na primeira oportunidade as matérias referidas nos incisos IV a VI do mesmo artigo, isto é, falta de condição da ação ou de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, perempção, litispendência e coisa julgada.

²²¹ O novo regime do agravo, p. 308.

²²² *Ibidem*, p. 319.

o pedido. E, como assevera TERESA WAMBIER, o exercício desse poder não é feito para atender ao pedido da parte.^{223,224}

Assim, o tal pedido de reconsideração não apresenta autonomia científica alguma ou sequer previsão legal, não impõe seja exercitado em contraditório e nem está sujeito a formas ou prazo, mas é logicamente insito ao sistema, quando se trata de focar questões que não se sujeitam à preclusão.

Desenhado esse quadro, conseguimos, mais uma vez, enxergar traço de distinção entre a preclusão de ônus processuais e a preclusão de questões: uma vez transcorrido o prazo para agravo de decisão que, por exemplo, rejeita preliminar de falta de interesse processual, sucede a preclusão do direito ao recurso; mas a questão resolvida, por sua natureza, não ficará preclusa, e o juiz poderá reanalisá-la de ofício (ou por provocação da parte, a qual não se revestirá das formalidades de um agravo).²²⁵

²²³ OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 217) tece consideração que, *mutatis mutandis*, se aplica muito bem à argumentação por nós expendida: “O princípio da preclusão, todavia, não alcança as nulidades absolutas das quais o juiz poderia conhecer de ofício (artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil), nada impedindo, nestes casos, que a própria parte, que deixara de alegar oportunamente a existência de nulidade, o faça tardiamente. Contudo, nesta hipótese, a intervenção da parte corresponderia mais a uma colaboração sua do que propriamente a um pedido de decretação de nulidade”.

²²⁴ Realmente, ao formular um pedido de reconsideração, a parte não está exercendo um direito textualmente assegurado pela lei. De fato, não se poderia cogitar uma interpretação extensiva do art. 303, II, do CPC, de modo a autorizar a parte não só a suscitar pela primeira vez a questão cognoscível de ofício a qualquer momento, como também provocar o poder do juiz em revê-la. A norma refere-se apenas à alegação nova, e não à repetição de alegação já feita, enfrentada e superada pelo juiz. Não cabe, na espécie, um paralelo com a interpretação que se deu a vários dispositivos, como aos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC (conforme 8.5.1, *supra*), isto é, de maneira a afirmar que o juiz não está limitado pela iniciativa da parte somente para conhecer da questão pela primeira vez, como também para rever decisão nesse mister que tenha restado irrecorrida. A interpretação desses últimos dispositivos aludidos, como se viu, governa-se por princípios diversos justamente porque têm em foco os poderes-deveres do juiz e a necessidade que o sistema impõe de que referidas questões recebam correta decisão, inobstante a inércia da parte interessada em fazê-la valer. Assim, essa mesma interpretação extensiva, *mutatis mutandis*, não valeria para os ônus das partes insculpidos nos arts. 300 e 303 do CPC, haja vista que as posições jurídicas por essas ocupadas são bastante diversas daquela assumida pelo juiz.

²²⁵ Acolhendo precisamente esse entendimento, tem-se acórdão proferido em 21.09.1993 pela 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP sob relatoria do Des. Corrêa Vianna, nos autos da Apelação 218699-2, e publicado na RJ 149/22: “Em se tratando de pressupostos processuais e das condições da ação, pode haver preclusão para a parte, não porém para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição, reexaminá-los, não estando exaurido seu ofício na causa.”

E tanto esse pedido é plenamente dispensável que a sua apresentação não gera efeito algum de interrupção ou suspensão do prazo para agravo, conforme, aliás, assenta a torrencial jurisprudência de nossos tribunais.²²⁶

Por derradeiro, poder-se-ia pensar que essa possibilidade de formulação de pedidos de reconsideração seria um direito assegurado pelo sistema à parte e que sua prática, ainda que reiterada, não poderia gerar pena, por exemplo, por litigância de má-fé (tratar-se-ia de uma excludente de ilicitude, consistente no exercício de direito assegurado pela lei).

Entretanto, tal afirmação não pode ser aceita. Primeiramente, como vimos, o pedido de reconsideração não tem embasamento legal (nem mesmo no art. 303, II, do CPC), mas surge, como decorrência do modo como o sistema é estruturado. De outro lado, ainda que se pudesse reconhecer que o direito ao pedido de reconsideração estaria implícito no sistema, a saída está em distinguir o uso regular do uso abusivo do direito, sendo este último aquele manifestamente desproporcional aos fins que a lei lhe destina, e que, dessarte, se equipara ao ilícito, na esteira, aliás, do art. 187 do CC vigente.

Assim, aquele que, invocando sempre as mesmas razões, procura provocar a retratação de decisão que, expressamente, as rejeitou está agindo de modo abusivo e, portanto, pode ser reputado como litigante de má-fé.²²⁷

8.7 Preclusão relativa às decisões sobre tutelas de urgência²²⁸

Discute-se muito se haveria preclusividade acerca das decisões liminares que concedem tutela jurisdicional de urgência, ou seja, se a decisão que denega limi-

²²⁶ RSTJ 95/271; JTA (RT) 85/410, 97/251, 104/347; JTA 97/251; RT 595/201, e ainda, no STJ (2ª T. - REsp 13.117-CE - rel. Min. Hélio Mosimann - j. 16.12.1991 - v. u. - BAASP 1738/108, de 15.4.1992); no TJSP (3ª Câmara de Direito Privado - AI 83.786-4-SP - rel. Des. Antonio Mansur - j. 11.8.1998; v. u. - JTJ 228/213) e no 2ª TAC/SP (5ª Câmara - AI 502.018-0/8 - rel. Juiz Dyrceu Cintra - j. 27.8.1997 - v. u. - BAASP 2027/77-e, de 3.11.1997).

²²⁷ Conforme já entendeu a jurisprudência: JTA 172/69; JTJ 162/79, conforme THEOTONIO NEGRÃO, notas 19 e 28 ao art. 17 do seu Código de Processo Civil, e legislação processual em vigor, p. 120-121.

²²⁸ Em que pese o longo esforço doutrinário de se afirmar a autonomia do processo cautelar (e, conseqüentemente, da diferença da liminar nele concedida e da antecipação de tutela ex arts. 273 e 461 do CPC), a reforma operada pela Lei nº 10.444/2002, ao inserir o § 7º do art. 273, deu à questão conformação diversa, tornando despicienda, a essa altura, qualquer tentativa de diferenciação entre as espécies. E isso sobretudo em face do entendimento doutrinário de que a fungibilidade de meios prevista nesse novel dispositivo seria de "mão-dupla" (assim, DINAMARCO, em A reforma da reforma, p. 92). O capítulo presente trata, então, do gênero tutela de urgência, com clara devoção ao trabalho de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).

nar pleiteada pode ser posteriormente desconsiderada para concessão da medida e vice-versa, bem como se é possível (nos termos do art. 273, § 4º, e art. 807, ambos do CPC) alterar decisão liminar anteriormente prolatada.

Alguns defendem que a liminar poderia ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo juiz, sempre que este se convencesse de que a medida não fosse acertada, seja no terreno das medidas cautelares,²²⁹ seja em antecipação de tutela.²³⁰

Todavia, a questão já foi objeto de nossa preocupação anteriormente, oportunidade em que chegamos a conclusão diversa²³¹ - na esteira, aliás, de robusta doutrina²³² -, ou seja, de que a revogação ou modificação de liminar anteriormente concedida (assim como, parece-nos, a concessão da liminar anteriormente denegada) só tem lugar quando o estado de fato se alterou, ou se foram coligidos aos autos outros elementos probatórios, permitindo um aprofundamento na cognição judicial.

Há, portanto, preclusão. Explicamos.

É milenar a concepção de que as decisões judiciais devem tornar-se estáveis, a fim de evitar a eternização dos litígios (e das incertezas jurídicas) e suas conseqüências negativas para a agregação da sociedade. Tanto assim que, desde a Antiguidade, todas as sociedades civilizadas que atingiram alguma evolução na distribuição da justiça criaram mecanismos para impedir que litígios, já resolvidos, fossem novamente repetidos, de maneira que o bem da vida atribuído ao litigante vencedor ficasse definitivamente em seu poder, imune a ataques do litigante vencido. Exatamente por isso que se costuma dizer que a coisa julgada, antes de

²²⁹ V. g. GALENO LACERDA (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, p. 280-281).

²³⁰ Há muitos autores que se limitam a afirmar a revogabilidade ou modificabilidade da decisão antecipatória a qualquer tempo, sem nenhuma ressalva (v. g., NERY JR. e ROSA NERY, Código..., cit., p. 651, nota 36 ao art. 273).

²³¹ "Na seara das liminares (tanto no âmbito cautelar quanto no da antecipação de tutela), a doutrina pacificou o entendimento de que, apesar de sua natureza intrinsecamente provisória e precária, a revogação da liminar concedida, ou a concessão da liminar antes indeferida, só pode ocorrer quando houver uma mudança no estado dos fatos objeto do litígio, ou quando o aprofundamento da cognição apontar situação diversa daquela que embasou a decisão concessiva ou denegatória anterior" (Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 183, nota 72).

²³² Defendendo a mesma tese ARRUDA ALVIM (Manual..., cit., v. 2, p. 410-411); CALMON DE PASSOS (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, p. 47); J. E. CARREIRA ALVIM (A tutela antecipada na reforma processual, Reforma do Código de Processo Civil, p. 91) e JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, t. 1, p. 292-293), dentre outros.

ser uma exigência jurídica, é uma imposição sociológica,^{233,234} ou mesmo de ordem lógica.²³⁵

Ora, se é verdade que a pacificação social exige a coisa julgada como fato que confere estabilidade à detenção de determinada situação jurídica ou bem da vida pelo litigante vencedor, em face do vencido, é evidente que as tutelas de urgência – que também asseguram ao contendor beneficiado o gozo de uma situação jurídica ou de um bem da vida, ainda que provisoriamente –, devem ter uma estabilidade similar, por não se poder aceitar a insegurança que se provocaria se o juiz pudesse, a todo o momento, alterar essa atribuição provisória a um dos litigantes, sem qualquer tipo de freio.

Nesse diapasão observa DANIEL ASSUMPTÃO NEVES²³⁶ que “a insegurança jurídica advinda de mudanças de opiniões de juízes seria mais prejudicial do que a manutenção de certas situações que ocasionem prejuízo a uma das partes, ainda que fundadas em erros de interpretação do juiz quando analisa a liminar”. O autor ainda adverte dos riscos que a sucessiva mudança de juízes – tão comum nas grandes comarcas – poderia gerar aos processos em curso.²³⁷

E nem se diga que a exigência de fundamentação, prescrita pela parte final do art. 273, § 4º, do CPC para as decisões que modificam ou revogam provimentos antecipatórios de tutela, já seria suficiente para permitir que o juiz alterasse decisões nessa seara quando lhe conviessem.

²³³ Nesse sentido é a emblemática lição de CHIOVENDA: “Savigny osservò giustamente che questo istituto non ha nulla di assoluto e necessario. Infatti, dal concerto dell’ufficio del giudice deriva bensì naturalmente que la sentenza debba mandarsi ad esecuzione forzata, finchè essa sta, ma non che debba tenersi in futuro come norma immutabile dal rapporto deciso: il riesame indefinito della controversia parrebbe anzi più conforme a giustizia. Sono ragioni d’opportunità. Riguardi all’utilità sociale, che fanno porre un termine alla indagine giudiziaria, e trattare la sentenza come legge irrevocabile pel caso concreto. [...] Solo di mano in mano, col moltiplicarsi dei rapporti, coll’estendersi dei commerci, si frena quella libertà di critica, fino a restringerla a termini perentorie. Cominciano dunque col liberarsi dall’idea, spesso ritornante ancora nei nostri scritti, che la cosa giudicata sia un istituto di ragion naturale ‘comune a tutti i popoli’” (Sulla cosa giudicata, cit., p. 409).

²³⁴ O processo da *common law* (tecnicamente muito diferente do processo de base romano-germânica) também abraça a necessidade de estabilidade das decisões: “Litigation is troublesome and expensive, not only for the litigants themselves, but also for society in general, some of whose impartial members may be directly involved as jurors. The parties should not be allowed to litigate the same matter again. One fair day in court is enough. There must be an end to litigation” (CASAD, *Res judicata*..., cit., p. 2-3).

²³⁵ “Non si dovrebbe, secondo me, costurare una teoria del giudicato senza prima cercar di pensare il valore lógico; il valore giuridico ha, invero, nel valore lógico del giudicato la sua premessa” (CARNEVATTI, *Diritto e processo*, p. 255).

²³⁶ *Preclusão pro iudicato*..., cit., p. 181.

²³⁷ *Ibidem*, p. 203.

Essa regra não se mostra apta a garantir segurança jurídica aos litigantes, seja porque a exigência de fundamentação é inerente a qualquer decisão judicial (ex art. 93, IX, da CF), seja porque cada “mudança de idéia” do juízo acerca da situação fática deduzida em juízo pode ser tão ou mais fundamentada que a anterior, seja ainda porque uma mesma situação litigiosa pode acolher dois ou mais pontos de vista iguais e plenamente sustentáveis sob os prismas fático e jurídico,²³⁸ e as inclinações do magistrado por um ou por outro ao longo do *iter* processual não podem implicar modificação ou revogação pura e simples das decisões anteriormente lançadas.

Enfim, por melhor que seja a motivação da decisão que revoga ou modifica a decisão antecipatória anteriormente proferida, ainda assim a exigência de segurança jurídica impõe uma interpretação mais restritiva e responsável quanto ao art. 273, § 4º, do CPC.

A exigência de fundamentação feita pelo dispositivo processual citado, quando muito, servirá para que os jurisdicionados fiquem cientes de quais elementos probatórios novos contribuíram para que a decisão antecipatória fosse modificada ou revogada (ou para que a liminar, antes negada, seja concedida), ou para que se demonstre de que modo a nova situação fática que deu ensejo à segunda decisão implicou entendimento diverso daquele esposado na primeira. À falta de elementos novos (fáticos ou probatórios), qualquer fundamentação, por melhor que seja, recairá sobre os mesmos elementos que havia quando prolatada a decisão anterior.

De outro lado, não se pode negar que a controvérsia acerca da existência ou não de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para concessão de medida liminar em ação cautelar, ou da existência de “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável”, para antecipação de tutela ex art. 273, I, do CPC, não deixa de ser *questão*, na acepção do termo acima delineado (item 8.2.1, *supra*), de tal modo que, resolvida, não pode ser alterada.

E isso sem falar nas medidas liminares que, a despeito de antecipatórias de tutela, não se fundam nos requisitos do art. 273 do CPC. É o caso das liminares em ações possessórias de força nova (art. 927 do CPC). Uma vez reconhecido que a posse invocada pelo autor não é de menos de ano e dia – mesmo depois de produzida a prova cabível, inclusive em audiência prevista no art. 928 do CPC –, e a decisão respectiva reste irrecorrida, opera-se a imutabilidade da questão.

Assim, a decisão do juiz que afirma ou nega a existência de força nova encerra solução de questão que – apesar de não fazer coisa julgada material (com efeitos extraprocessuais sobre demandas de *eadem re* futuras), por não se tratar de sen-

²³⁸ Sobretudo se comungarmos do entendimento de EROS ROBERTO GRAU (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 35), de que “a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada”.

tença de mérito, como prevê o art. 467 do CPC – não pode ser revista no curso do processo, seja a requerimento das partes, seja por iniciativa do julgador.²³⁹

DANIEL ASSUMPTÃO NEVES²⁴⁰ põe justamente em relevo, com amparo em vasta doutrina, que a revogabilidade da liminar em ação possessória difere substancialmente da revogação de decisão antecipatória de tutela baseada no art. 273 do CPC, e TERESA WAMBIER²⁴¹ cita inúmeros julgados nesse sentido,²⁴² afirmando tratar-se de corrente majoritária.

Mas nem por isso se nega a natureza provisória e precária dos provimentos concessivos ou denegatórios das tutelas de urgência em geral, dentro de determinados parâmetros.

Com efeito, aprofundada a cognição judicial sobre os fatos controvertidos (com colheita de novas provas), ou alterado o estado de fato que havia embasado o provimento anterior, concessivo ou denegatório da liminar, não há impedimento algum para que a mesma questão volte a ser apreciada.²⁴³ Não fosse assim, estaríamos admitindo o absurdo de que decisão proferida com base em cognição superficial e, muitas vezes, sem exercício do contraditório vincule o juiz que a proferiu em momentos subseqüentes, em que já houve aprofundamento da cognição.

Presentes tais circunstâncias (alteração fática ou probatória), não se cogita de preclusão da questão, pois sequer haveria identidade entre a primeira e a segunda decisão acerca da tutela de urgência pleiteada por um dos litigantes: a primeira baseou-se em um estado fático e probatório; a segunda embasou-se em uma situação diversa (seja porque a produção probatória lançou novas luzes sobre a cognição judicial, seja porque a alteração do estado de fato torna diversa a análise dos pressupostos necessários à concessão ou revogação de uma medida de urgência). TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER entende, de modo irrepreensível a nosso ver, que, “neste caso, não se trata propriamente de alteração de decisão anterior-

²³⁹ Assim há tempos lecionou CÂNDIDO DINAMARCO: “quando o E. Tribunal confirmou a denegação da liminar possessória – que se qualifica como medida antecipatória de tutela – e a partir de quando essa decisão se tornou irrecorrível, abateu-se sobre essa questão uma inafastável preclusão, a impedir que a ela se tornasse. Tal é o que emana de clara disposição contida no artigo 473 do CPC” (*Fundamentos...*, cit., v. 2, p. 1343). Nesse exato mesmo sentido se pronunciou o STJ (*RSTJ* 42/494).

²⁴⁰ *Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 169-170.

²⁴¹ *O novo regime do agravo*, p. 325.

²⁴² V. g., *RT* 561/140, 585/162, 589/224, 589/224, 611/220, 639/166, 639/167; *JTACSP* (*RT*) 91/280.

²⁴³ Não pretendemos adentrar na espinhosa questão se é ou não possível a concessão de tutela antecipada *ex officio*, por ser absolutamente estranha ao objeto do presente trabalho. Pensemos, então, genericamente, na possibilidade de o juiz voltar a apreciar a questão, sem se cogitar se houve ou não provocação da parte.

mente proferida, mas de nova decisão, o que distancia esta hipótese da problemática da preclusão”.²⁴⁴

No terreno das medidas cautelares, há norma expressa nesse sentido, qual seja, aquela contida no art. 805 do CPC: “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”

Mas, ainda que não houvesse dispositivo desse jaez, podemos, para sustentar tal posição, traçar uma analogia com o que dispõe o art. 471, I, do CPC: pensando a relação processual e as relações jurídicas de direito material que nele vêm deduzidas como situações dinâmicas e mutáveis, o sistema não pode aceitar que a imutabilidade de uma decisão tomada com base em determinado suporte fático e probatório se mantenha se houve alteração dos fatos ou da prova. O mesmo entendimento acharia acolhida pelo art. 462 do CPC.

Assim, parece-nos serem essas as diretrizes que levam a uma interpretação mais razoável dos arts. 807 e 273, § 4º, do CPC, atenuando-se os excessos que sugeririam uma interpretação literal e mais afoita,²⁴⁵ sobretudo da expressão a qualquer tempo contida em ambos os dispositivos citados.

Enfim, avalizamos a precisa síntese de CASSIO SCARPINELLA BUENO, “Ao contrário do que é bastante comum ver na jurisprudência e, mais ainda, na ‘prática’, nem o ‘revogar’, nem o ‘modificar’, podem ser entendidos como um ‘pensar de novo’ ou, pior, ‘pensar melhor’. Esse luxo, de aprimorar pensamentos e decisão, não é dado a magistrado nenhum”.²⁴⁶

Poderiam dizer alguns que a interpretação aqui alvitrada é excessivamente rígida, se considerado que o juízo acerca da concessão ou não da tutela de urgência é sempre lastreado em cognição superficial, sem análise mais acurada do caso, e muitas vezes sem exercício do contraditório.

Mas a necessidade de conferir alguma estabilidade às decisões liminares recomenda a interpretação por nós aqui defendida. Com efeito, se o réu não traz nenhum elemento fático ou probatório novo, no momento em que contesta a ação e formula pedido de reconsideração de liminar *inaudita altera parte* anteriormente concedida, é porque a cognição judicial desenvolvida no momento de deferimento da liminar já fora exauriente (abrangendo todos os elementos de fato e de prova pertinentes) e não superficial.

²⁴⁴ *O novo regime do agravo*, p. 319.

²⁴⁵ Para usarmos, aliás, a feliz expressão de JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, p. 289).

²⁴⁶ *Tutela antecipada*, p. 66.

Do mesmo modo, a falta do exercício do contraditório no momento de concessão de liminar *inaudita altera parte* não pode autorizar o juiz a simplesmente “voltar atrás”, porque se “arrependeu” da decisão anterior. O controle do desacerção da decisão liminar pode ser feito pela eficaz via do agravo de instrumento, na qual o interessado terá plena oportunidade de demonstrar o engano ocorrido.

Poder-se-ia pensar que o magistrado, como ser humano que é, está sujeito a natural falibilidade. Ora, a falibilidade humana pode gerar sentenças e acordos equivocados em qualquer órgão do Poder Judiciário (o que, aliás, serve de argumento para que se defenda a existência e manutenção de recursos variados em nosso sistema).

Dessa forma, esse argumento não se mostra apto, em absoluto, à defesa da completa modificabilidade das decisões em questão de tutelas de urgência, de modo que estamos plenamente convencidos da aplicação da preclusão nesse terreno, atenuando-se os excessos a que uma interpretação literal dos arts. 273, 349, e 807 do CPC conduziria.

8.8 Eficácia e autoridade das decisões sobre questões incidentais

O título deste item é abertamente inspirado no título da clássica monografia de LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*,²⁴⁷ pois nos parece que as conclusões a que lá chegou o processualista servem-nos, com os devidos temperamentos, ao objeto do nosso estudo no presente capítulo.

De fato, tomando-se por base a teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada – que é largamente aceita na doutrina brasileira e segundo a qual, ao lado da eficácia normal da sentença, temos a coisa julgada, identificada com a *imutabilidade* de seus efeitos, como qualidade deles –, podemos traçar um paralelo para explicar a relação entre preclusão de questões incidentais e eficácia das decisões interlocutórias.

Ressalve-se desde já que, propositalmente e para fins didáticos, desconsiderou-se que a coisa julgada material, e apenas ela, se alarga extraprocessualmente, e a simples preclusão de questões opera apenas endoprocessualmente.

Como bem ensinou LIEBMAN, o fato de a sentença ter sido prolatada já gera uma eficácia normal, enquanto ato imperativo de Estado, ainda que não seja ela imutável, por não ter havido trânsito em julgado, ou seja, sua eficácia não depende do advento da coisa julgada. Essas constatações não se anulam à vista do fato de que a eficácia natural da sentença possa ser obstada por um recurso (como o de apelação que, em nosso sistema, por força do art. 520, *caput*, do CPC, suspen-

²⁴⁷ Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires.

de regra a eficácia da sentença),²⁴⁸ e uma evidência disso é a existência da coisa julgada judiciária (art. 466 do CPC), como efeito secundário da sentença.

Com os comandos emergentes das decisões interlocutórias, podemos identificar um fenômeno similar. A decisão interlocutória, assim como a sentença, é dotada de efeito logo de eficácia e pode de imediato produzir efeitos, estando preclusa ou não. Se interposto o recurso de agravo, evita-se o surgimento da *preclusão* sobre a questão, mas sua eficácia só ficará obstada na excepcional hipótese de o agravo ser de instrumento, e lhe for concedido efeito *suspensivo*.

Caso o recurso seja retido ou, mesmo de instrumento, se processe sem efeito *suspensivo*, a decisão será plenamente eficaz e produzirá todos os seus efeitos, mas nem por isso será imutável (justamente porque não foi coberta pela preclusão). É eficaz, porquanto ato imperativo emanado de autoridade estatal, mas não imutável, pois não imunizada pela preclusão.

Para termos idéia da repercussão que essas assertivas trazem ao processo, pensemos no caso de uma decisão interlocutória que acolhe uma exceção de incompetência relativa (decorrente de critério territorial). Atacada essa decisão por agravo retido, ou por agravo de instrumento que não recebeu efeito *suspensivo*, a decisão começa a produzir efeitos desde logo, de modo que a partir de então o processo deverá ser remetido ao juiz declarado competente.

A decisão, nessa hipótese, produziu seus efeitos normais; entretanto, a questão não está preclusa, ou seja, não é *imutável*, de modo que ulterior provimento do agravo retido ou do agravo de instrumento importará no *reenvio do processo ao primeiro magistrado que nele oficiou*. E, tratando-se de *error in procedendo*, a decisão agravada restará *anulada*, assim como todos os atos processuais que se lhe seguiram, e que não puderem ser aproveitados, nos termos dos arts. 248 e 249 do CPC.

Seria, em linhas gerais, o mesmo raciocínio aplicável à execução provisória. Realmente, já desde a reforma operada pela Lei nº 10.444/2002, a execução provisória pode dar azo à satisfação efetiva do credor, ou melhor, a eficácia do título no qual se embasa é equiparável àquela da sentença transitada em julgado, mas, como não é definitiva, sua revogação ou modificação implica o retorno das partes ao estado anterior (quando isso for materialmente possível).

²⁴⁸ Apenas uma ressalva deve ser feita a essa construção: BARBOSA MOREIRA observa, com agudeza, que a sentença sujeita à apelação não tem sua eficácia *suspensa* em razão da apelação: a eficácia já estaria represada no momento do proferimento (ou *sob condição suspensiva*, aguardando-se o transcurso do prazo para apelação), de tal modo que o advento do recurso apenas daria continuidade a essa suspensão (*Comentários...*, cit., p. 255). Parece-nos, contudo, que isso não negaria a doutrina de LIEBMAN, já que, em razão de a sentença não produzir efeitos durante o prazo em que se aguarda a interposição de recurso pelo vencido (ou o trânsito em julgado), significa, em nosso entender, apenas um reconhecimento do fato de que a mera possibilidade de haver o recurso dotado de efeito *suspensivo* desaconselha que se realizem quaisquer dos efeitos da sentença.

Com essas considerações, cremos ter avançado mais um passo na conceitualização de preclusão, equiparando-a à coisa julgada no sentido de que ambas geram para a decisão sobre a qual recai uma “imunização de efeitos”.

8.9 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais

As conclusões alcançadas no item 7.11, *supra*, aplicam-se igualmente a essa segunda acepção de preclusão, isto é, a incidente sobre as questões processuais. De fato, e pelas mesmas razões invocadas naquela passagem, são de descartar as concepções de que essa modalidade de preclusão seria *fato processual*²⁴⁹ ou *sanção*.²⁵⁰

Assim, também essa modalidade de preclusão representa manifestação de um *princípio* (por apresentar-se como uma viga de estruturação do sistema procedimental, que decorre de uma interpretação sistemática das normas que o disciplinam, e que serve como base de orientação da regulação dos poderes do juiz no processo), sem deixar de ser um *instituto* (por apresentar contornos próprios, que o diferenciam de outros fenômenos processuais, e que podem ser entabulados cientificamente, como estamos aqui fazendo), e se revela uma *técnica processual* (pois, ao instituí-la, o legislador se inspira no propósito de dar objetividade e racionalidade no desenvolvimento do processo, cingindo os poderes do juiz dentro de determinados limites, impedindo-o de voltar a tratar de matérias que já tenha enfrentado e que a parte legitimada e interessada não tenha impugnado).

Todavia, o tema desenvolvido no item 8.8 *supra* suscita a equiparação da preclusão de questões com a coisa julgada. Partindo do mesmo raciocínio, poder-se-ia cogitar qual seria a natureza da preclusão de questões incidentais a partir dos estudos que, ao longo de inúmeros anos de elaboração doutrinária, foram desenvolvidos para explicar a natureza jurídica da coisa julgada.

Se a nossa doutrina processual amadureceu a ponto de abandonar vetustas teorias que explicavam a autoridade da coisa julgada como presunção (absoluta) de verdade, ficção jurídica, verdade formal, ou coisa que o valha, em prol de uma concepção processual do fenômeno – consistente na *imunização* de efeitos da sentença de mérito (ou do comando nela contido), eliminando a incerteza e tornando virtualmente inútil perquirir se seria possível outra solução para o litígio –, com

²⁴⁹ A impossibilidade de o juiz rever determinada questão incidental é consequência jurídica da inatividade da parte interessada em recorrer da decisão (ou da inadequação do recurso apresentado). E esse dado, do qual decorre a preclusão sobre questões, pode, sim, ser considerado um fato processual.

²⁵⁰ Vale aqui acrescentar, com maior ênfase, quão ilógico seria entender que o juiz fosse *penalizado* com a impossibilidade de rever uma decisão incidental em face da omissão da parte em dela recorrer.

quanto mais força é de notar a natureza *processual* do fenômeno que implica esta-
bilização das questões resolvidas no curso do processo.

Aqui, nem mesmo os adeptos de teorias substanciais da coisa julgada mate-
rial poderiam alvitrar que a decisão sobre questões processuais seria apta a cons-
tituir verdade formal, presunção ou ficção de verdade; simplesmente imuniza-se
aquela decisão tomada no curso do feito, de maneira que não possa mais ser ela
modificada ou revogada.

Diferenças entre a Preclusão de Ônus Processuais e a Preclusão de Questões Incidentais: Proposta de Acomodação dos Conceitos

9.1 Diferenças entre a preclusão dirigida à atividade das partes e a preclusão de questões incidentais

Depois das considerações tecidas nos últimos três capítulos, podemos extrair algumas conclusões parciais:

- (i) as posições jurídicas processuais das partes, de um lado, e do juiz, de outro, são essencialmente diversas, em razão dos interesses a que cada um deles atende (as partes atendem imediatamente a interesses próprios, o juiz ao interesse público);
- (ii) a preclusão dirigida às partes impede-as de realizar certos atos processuais (dentre os quais suscitar determinadas questões no momento oportuno), podendo ser *omissiva* (derivar da omissão da parte) ou *comissiva* (surgir em razão de ato da parte em momento antecedente), isto é, pode ser a preclusão temporal ou lógica; e
- (iii) a preclusão que recai sobre as questões incidentais tem a finalidade de impedir que o juiz redecida questões já resolvidas, não afetando *diretamente* as partes.

Assim, emerge claro que o fenômeno que impede que as partes pratiquem atos processuais em determinadas circunstâncias dá-se de modo e por razões diferentes daquelas que obstam o juiz a redecidir questões incidentais já superadas.¹

¹ Contrariamente entende a maioria da doutrina. MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit.) é enfático ao afirmar que a preclusão atinge, sim, o juiz e que seria o mesmo fenômeno que alcança as partes. MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO sugere que se abandone o "preconceito" de que a preclusão não se dirigiria também ao juiz (*A preclusão...*, cit. p. 24). DANIEL ASSUMPCÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*,

A parte pode perder o direito à prática de um ato, seja pelo decurso do tempo (*preclusão temporal*), ou por ter tomado atitude incompatível em momento anterior (*preclusão lógica*). Todavia, não se pode dizer que o juiz possa "perder" um "direito" de resolver questão incidental anteriormente resolvida, simplesmente porque o juiz não tem "direito" de decidir, e sim um "poder-dever" de fazê-lo. Além disso, não há "perda" pela omissão,² mas tão-somente "exaurimento" pelo exercício.³

Por isso é que, apesar de termos por princípio evitar confusão entre a preclusão que recai sobre a atividade das partes e sobre os poderes do juiz de reapreciar questões incidentais já superadas, e a despeito ainda de refutarmos a existência da preclusão consumativa para os direitos das partes, essa figura parece adequada justamente para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais,⁴ já que o único meio de obstar o poder do juiz de decidir alguma questão se baseia exclusivamente no fato de já tê-lo feito antes.

Ademais, como ressalta a unanimidade da doutrina, é impossível pensar em limitações *temporais*, pois o juiz está sujeito a chamados "prazos impróprios" (cujo descumprimento não acarreta qualquer consequência processual),⁵ tampouco em limitações *lógicas*, pois não pode haver, na atividade do juiz, a prática de atos incompatíveis uns com os outros.⁶ A idéia de preclusão de questões refere-se apenas

cit., p. 23-24) afirma: "É evidente, entretanto, que, por ser sujeito processual com atuação diversa das partes, os atos praticados pelo juiz no processo são diferenciados, mas não o suficiente para ser criada uma preclusão particular a ele." No mesmo sentido pronunciou-se MAURÍCIO GIANNICO (*A preclusão...* cit., p. 48).

² Essa é mais uma razão para reforçar o quanto foi dito no item 8.1.3, *supra*, que fenômeno de todo diverso da preclusão de questões incidentais, tal como delineada neste trabalho, é a impossibilidade de o juiz apreciar questão que não tenha sido proposta oportuna e regularmente pela parte. Nesse segundo caso, a lei não conferiu poder ao magistrado de enfrentar referida questão de ofício (se trata de uma *ausência* de poder), ao passo que o primeiro fenômeno decorre do *exaurimento* do poder de decidir determinada questão. Assim, a preclusão que advém do fato de a parte não ter suscitado oportunamente uma questão ou instalado determinado incidente processual projeta efeitos somente para ela própria, e não para o juiz. Se este não pode apreciar a referida questão, não é porque se operou, para ele também, uma preclusão, mas sim porque a lei jamais lhe conferiu poderes para apreciar a questão de ofício e sem provocação da parte.

³ Cf., na Itália, ATTARDI (*Per una critica...*, cit., p. 5) e, entre nós, BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 516).

⁴ Assim entende MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 25).

⁵ Item 6.3, *supra*.

⁶ Cf. preceituam ARENHART e MARINONI (*Manual do processo de conhecimento*, p. 656). De fato, o juiz está impedido de modificar decisão anterior irrecorrida pelas partes não porque o sistema repudia eventual falta de coerência lógica entre elas, mas porque a preclusão importa na *imutabilidade da decisão* (impedindo, então, que haja até mesmo uma alteração que não seja logicamente conflitante com a decisão original). Em todos os casos em que a lei permite que o juiz reveja sua decisão (seja em via de retratação provocada pelo agravo, seja quanto às matérias sobre as quais não se opera a preclusão), não se cogita de qualquer impedimento lógico, pois a lei investe o juiz de poder(-dever)

àquelas efetivamente decididas pelo magistrado, que restam estabilizadas pela inércia da parte em impugná-las.

Todas essas constatações já desaconselhariam a utilização do termo *preclusão* para ambas as situações. Mas não são as únicas que militam nesse sentido.

Como vimos, para as partes, a preclusão recai sobre direito de suscitar incidentes processuais em geral e, em particular, sobre o direito de suscitar determinadas questões no momento e forma oportunos. Ora, a preclusão que se dirige aos poderes do juiz recobre questões incidentais efetivamente por ele decididas, tenham sido suscitadas ou não, já que há inúmeras questões que o juiz conhece de ofício, independentemente de provocação das partes, como ficou demonstrado.

Além disso, é conveniente lembrar que a perda da possibilidade da parte em suscitar questões oportunamente se opera *ipso facto*, independentemente de decisão judicial (art. 183 do CPC). Aqui, basta a omissão para que se caracterize a preclusão. O mesmo se diga quanto à preclusão lógica: aquilo que extingue o direito da parte é a prática de ato com ele incompatível. O reconhecimento do juiz a esse respeito, ocorrido em momento posterior, tem efeito meramente *declaratório* (*ex tunc*).

Já a preclusão que recai sobre as decisões incidentais se opera somente após terem sido proferidas e ter se escoado o prazo para interposição do recurso cabível pela parte. Daí por que podemos explicar a associação (mais comum alhures do que entre nós, como vimos) da preclusão de direitos das partes e a decadência⁷ (com as ressalvas intransponíveis de que o primeiro instituto é de direito processual e o segundo, de direito material,⁸ e de que a preclusão se dá não só pelo transcurso do tempo, mas também com a prática de ato incompatível em momento antecedente).⁹ Do mesmo modo, a preclusão de questões surge assemelhada à coisa julgada, como imunização dos efeitos das decisões interlocutórias.¹⁰

Outro aspecto que merece menção, no propósito de realçar a distinção entre as duas modalidades de preclusão *sub examine*, reside no estudo do direito (ônus) de recorrer. Passado o prazo para recurso, a parte perde a possibilidade de praticar esse ato processual específico (preclusão de ônus processual), fica impe-

de rever a questão decidida. É o que sucede com as partes que, na petição inicial e na contestação, podem ser contraditórias (em atenção ao princípio da eventualidade), sem que se cogite a preclusão lógica, justamente porque há norma expressa autorizando essa postura (vide itens 7.4.4.1 e 7.10, *supra*).

⁷ Atinando para essa aproximação entre o conceito clássico (chiovendiano) de preclusão como "impossibilità di esercitare" um direito processual e o conceito de decadência para o direito material, tem-se passagem de estudo de LUIGI PAOLO COMOGLIO (Preclusioni istruttorie..., cit., p. 972).

⁸ Item 4.2, *supra*.

⁹ Esta ressalva também é feita por COMOGLIO (Preclusioni istruttorie..., cit., p. 973).

¹⁰ Item 8.8, *supra*.

da de rediscuti-la, seja de que forma for. Nos casos em que se trata de matéria disponível – que, como vimos, é restrita no campo do processo –, esse transcurso do prazo para recurso gera também para o juiz a preclusão (impossibilidade de revisão, pela imunização de efeitos).¹¹

Assim, verificam-se dois diferentes fenômenos coincidindo no tempo: o primeiro é o transcurso do prazo, que *inexoravelmente* leva à perda da faculdade da parte em impugnar a decisão;¹² o segundo *pode ou não estar presente*, e consiste na imutabilidade da decisão (vale dizer, na impossibilidade de o juiz revê-la de ofício ou após ser instado pelo litigante interessado).

Esses dois fenômenos diferentes, *no mais das vezes*, são jungidos em uma relação de antecedente e conseqüente. Fica fácil visualizar essa idéia tendo-se em conta que, com o transcurso do prazo para apelação, opera-se a preclusão temporal do direito a recorrer e, concomitantemente, surge a imutabilidade dos efeitos da sentença, i. e., a coisa julgada.¹³

No entanto, *nem sempre* há essa relação entre preclusão à apelação e o advento da coisa julgada: o escoamento do prazo para apelação é *necessário* para que haja a formação da coisa julgada, *mas não suficiente*. É como no caso da sentença sujeita a *reexame necessário*: independentemente da teoria que se adote para explicá-lo, tem-se que o simples decurso do prazo para apelação gera efeitos, unicamente,

¹¹ CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 277-278), com precisão e acuidade, distingue o efeito da ausência de recurso da possibilidade de o próprio juiz revogar sua decisão, demonstrando serem fenômenos distintos: "Esclusa la possibilità di una (ulteriore) impugnazione rimane la possibilità della revoca. Invero, la revoca è un rimedio contro l'ingiustizia dell'atto, oltre l'impugnazione; impugnazione e revoca sono due rimedi diversi, tra i quali non esiste alcuna logica dipendenza. Non è pertanto logicamente escluso che lo stesso giudice, il quale ha pronunciato la decisione, prima o dopo che questa sia impugnata, in quanto si comunica di aver commesso un'ingiustizia, la ripari revoca in luogo della precedente." E demonstra que a exigência de segurança jurídica justifica que a possibilidade de revogação fique condicionada à iniciativa da parte (no fenômeno que chamou de absorção do poder de revogação pelo recurso): "Altro è il problema sul piano pratico quando si tratta di processo contencioso, in quanto la revoca è scongiata dalla esigenza della composizione della lite: se il giudice potesse, con o senza istanza di parte, revocare, riconoscendone la ingiustizia, la sua decisione, la lite finirebbe per riaccendersi e il fine del processo sarebbe frustrato. Per questa ragione, che è propria del processo contencioso, avviene un fenomeno, che si definisce come assorbimento della revoca nell'impugnazione; in forza di ciò il giudice non può revocare la propria decisione se non in certi casi ammessi nella legge" (*Diritto e processo*, p. 277-278).

¹² Excetuada a excepcional prova de justa causa, *ex vi* do art. 183, § 1º, do CPC.

¹³ A construção já havia, em linhas gerais, sido trazida por CHIOVENDA (*Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 234): "poissiamo dire che la cosa giudicata ha sempre la sua base in una preclusione". No mesmo sentido, entre nós, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 310): "alguns autores não distinguem coisa julgada formal e preclusão, entendida aqui como a perda de facultades processuais pelo decurso do tempo. Mas na verdade a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subseqüente".

para as partes, mas não para a relação jurídica processual, pois a coisa julgada só aparecerá depois de cumprido o que preceitua o art. 475 do CPC.¹⁴

Imaginemos que se tenha escoado o prazo para que o réu interpusse agravo contra decisão interlocutória que rejeitou preliminar de ilegitimidade de parte. A partir de então, o demandado não poderá mais agravar, porquanto esse ônus processual foi fulminado pela *preclusão*. Todavia, como já enfatizamos,¹⁵ nem por isso a questão deixará de ser passível de reanálise pelo juiz, por se tratar de matéria que, a teor do art. 267, § 3º, do CPC, pode ser conhecida “em qualquer grau de jurisdição”. O direito de a parte recorrer foi extinto pela preclusão, mas a questão não está preclusa.

Reafirma-se, então, a idéia de que a preclusão que atinge a parte não é a mesma que alcança o juiz. Quando a parte não impugna determinada decisão incidental, isso não implica *necessariamente* preclusão para o juiz.

Portanto, o engano recorrente na doutrina está em identificar, *sempre*, a preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em impugná-la, quando apenas como regra a segunda é causa da primeira.¹⁶

Resulta de todo o exposto que um fenômeno é a parte perder seu ônus ou direito de impugnar a decisão que soluciona determinada questão e outro, que *pode ou não* lhe estar associado, é a impossibilidade de o juiz rever essa mesma questão de ofício em momento posterior.

E esse efeito preclusivo, incidente sobre a iniciativa do juiz, é afastado em uma série de casos tratados anteriormente (item 8.5).

Especialmente quando se trata de decisão sobre matéria processual, para que se opere a preclusão para o juiz, a norma respectiva deve tutelar preponderantemente o *interesse da parte*, não o *interesse público*, de maneira que a revisão da questão dependa de provocação do litigante interessado. Quanto a essas matérias, justifica-se a limitação dos poderes do juiz pela iniciativa da parte. No mais, quanto às matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz – segundo rol elencado no item 8.5,

¹⁴ Aliás, para reforçar o argumento convém lembrar do teor da Súmula 423 do STF: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex legge’.”

¹⁵ Item 8.5.1, *supra*.

¹⁶ Trecho da obra de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 303) serve de exemplo a respeito do que ora estamos discorrendo: “Esta situação processual, ou seja, a preclusão, pode ter lugar num campo a que nós chamamos *positivo*, e noutro, que denominamos *negativo*. Esse campo positivo refere-se à atividade das partes, consistente em *criar* elementos, baseados nos quais o juiz deverá proferir decisão de mérito. Esses elementos são, *grosso modo*, a produção de provas, a dedução de argumentos, e a formulação de pedidos. Já o campo negativo diz respeito à possibilidade de a parte praticar atos com escopo de *arguir defeitos do processo* [...]. É justamente nesse campo negativo que nós inserimos a preclusão de questões, no sentido de que não se pode rediscutir, quanto às partes, e rededir (quanto ao juiz) o que já foi argüido, respondido e decidido.”

supra –, não se opera a preclusão, porque aí se justifica que a iniciativa da parte seja desconsiderada, e o juiz tenha liberdade de decidir e rededir de ofício.

Esperamos assim ter demonstrado que a utilização do mesmo termo para dois fenômenos essencialmente diversos contribui decisivamente para tornar nebuloso o nosso campo de estudos. Cumpre-nos, então, investigar que razões levaram os estudiosos a avaliar essa concepção dúbia do instituto.

9.2 As razões da (equivocada) unificação dos fenômenos sob o mesmo conceito

Todos os fatores mencionados no Capítulo 5 ajudam a entender por que os dois fenômenos em exame são, via de regra, tratados em conjunto, sem que os estudiosos tenham dado importância para as diferenças já identificadas. De fato, inegável que ambos os institutos se voltam precipuamente a reger a marcha processual, e têm por fundamentos o princípio da celeridade e o da segurança jurídica, como vimos anteriormente.

Todavia, essas semelhanças parecem não ser suficientes a explicar esse verdadeiro imbróglio doutrinário. Realmente, há explicação mais profunda que aquelas já encontradas para se compreender o porquê de dois institutos processuais que apresentam diferenças tão significativas entre si serem tratados sob a mesma denominação.

Após a longa análise empreendida até esse momento, estamos convencidos de que a identificação da preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em recorrer ou suscitar incidentes processuais deve-se a uma concepção privatista do processo, pois se baseia no condicionamento da atividade do juiz à iniciativa da parte.

Colocar toda a atividade do juiz no curso do processo sob o jugo da iniciativa da parte é postura que, hoje, não se pode mais aceitar, à luz das modernas doutrinas processuais que põem o juiz como protagonista do processo e o interesse público como seu pano de fundo, sobreposto ao interesse particular dos litigantes.

De fato, como muito bem anota JOSÉ CARLOS B. PUOLI,¹⁷ apesar de os operadores do direito terem há muito tempo despertado para o fato de que o juiz é agente do Estado, que visa, mediante o processo, aplicar o direito e pacificar a sociedade com justiça, isso “não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente”.¹⁸

¹⁷ *Os poderes do juiz...*, cit., p. 21.

¹⁸ É justamente esse ranço privatista que conduz ao entendimento de que a preclusão seria fenômeno que importa na impossibilidade de modificar decisão acerca de questão resolvida por decisão incidental quando a parte interessada dela não recorresse. Como vimos, o que sucede é

Mesmo quando a doutrina atenta para o fato ora posto em foco, a perspectiva de análise da superação dessa arraigada herança privatista não tem sido, a nosso ver, totalmente adequada. Dizem então os doutrinadores que essa nova concepção do processo civil, baseada principalmente no incremento dos poderes do juiz, seria fruto da atenuação do "princípio dispositivo",¹⁹ com o que não podemos concordar.

O enfrentamento dessa questão é importante para que possamos nos aprofundar no estudo das diferenças entre as duas faces do fenômeno preclusão. Façamos, pois, uma digressão sobre o conceito de *princípio dispositivo*.

Primeiramente, tem-se por premissa que a idéia de princípio dispositivo vem sempre associada à de processo, como – nos dizeres de LIEBMAN²⁰ – uma regra "que as partes devem observar para adequar-se às exigências próprias do mecanismo que elas mesmas puseram em movimento".²¹ O problema é, então, delimitar seu conteúdo.

Não se olvida que a denominação *princípio dispositivo* é ampla e pode conduzir a equívocos,²² máxime porque vem, amiúde, embaraçada com outros princípios, como o *princípio da demanda* e seu correlativo *princípio da congruência entre pedido e sentença*.

BARBOSA MOREIRA²³ tenta enfrentar esse problema terminológico, defendendo que a denominação *princípio dispositivo* deveria ser reservada para a *disponibilidade da relação litigiosa*, e não para a disponibilidade sobre o desenvolvimento do processo.²⁴

que nem há sempre essa imutabilidade decorrente da omissão da parte, de modo que lançar os dois fenômenos (perda do direito da parte em impugnar a questão e imutabilidade desta para o próprio prolator) sob o mesmo termo mostra-se-nos equívocado no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual.

¹⁹ Para exemplificar, confirmam-se, na doutrina estrangeira, JOSE RODRÍGUEZ URRACA (*Autoridad del juez y principio dispositivo*, p. 122) e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 62) e, entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 52).

²⁰ *Fundamento del principio dispositivo*, p. 554.

²¹ Na esfera do direito privado, a expressão *princípio dispositivo* é estranha: ao contrário, fala-se de *autonomia da vontade*, mas com contornos bem diversos daqueles em que o princípio dispositivo se aplica ao processo, sobretudo porque nele as relações jurídicas são de direito público e inspiradas fortemente pelo conceito de ônus, em vez de simplesmente direitos subjetivos.

²² A confusão ocorre inclusive em outros sistemas processuais. Para se ter uma idéia, veja-se que há doutrinadores portugueses que diferenciam o *princípio dispositivo* (relativo ao fim que se espera obter do processo, ou seja, o *pedido ou demanda*) e o *princípio da disponibilidade* (relativo aos meios para atingimento desse fim, seja no domínio sobre os fatos a alegar, seja sobre os meios de prova a utilizar). Assim, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA (*Aspectos do novo processo civil português*, cit., p. 177).

²³ Em *O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e as partes*, cit., p. 7-14.

²⁴ Para entender essa idéia, indispensável transcrever o seu pensamento: "afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem

Outros autores – dentre os quais, por exemplo, MAURO CAPPELLETTI, que se dedicou ao assunto com inigualável profundidade²⁵ – preferem, contudo, alargar a expressão para qualquer situação em que a parte pode livremente dispor de seus direitos, seja antes de dar início a um processo e fixar-lhe os limites, bem como no seu desenvolvimento, e finalmente quanto ao seu termo final. Nessa gama ampla, poder-se-ia fazer ainda a distinção entre *princípio dispositivo material* (tocante ao direito material objeto do litígio) e o *princípio dispositivo processual* (para os casos em que o objeto de disposição é um direito processual).²⁶

Sem negar a validade dos esforços pelo aprimoramento terminológico, e sem esquecermo-nos da advertência que fez BARBOSA MOREIRA em utilizar o *princípio dispositivo* como "slogan cômodo, capaz de dar solução rápida a uma série de questões", preferimos adotar tal expressão como a regra geral que permite às partes livremente dispor tanto de direitos materiais que constituam o fundo da demanda quanto de direitos previstos na órbita do processo em si.

No núcleo da idéia de princípio dispositivo está a possibilidade (expressa em uma faculdade ou, como melhor convém falar no âmbito do processo, em um ônus) de a parte livremente dispor dos direitos que o ordenamento lhe confere.²⁷ Isso é válido tanto para o direito material quanto para o processual.

divida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível –, mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado 'dispositivo'. Quanto aos outros, que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para dizer o menos, a propriedade da correlação" (O problema da "divisão do trabalho"... , cit., p. 11). Na mesma esteira, colhe-se a lição de José Roberto BEDAQUE, para quem, "diante de uma polêmica em torno da terminologia adequada, para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo na exata configuração deles, preferível que a denominação 'princípio dispositivo' seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial" (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 68). A conclusão é também acolhida por PUOLI (*Os poderes do juiz...*, cit., p. 26).

²⁵ *La testimonianza*, p. 308 ss. No mesmo sentido, na Espanha, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 60), em Portugal, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES (*Temas da reforma do processo civil*, v. 1, p. 29 ss) e, no Brasil, CAROLINA ESTEVES ((In)disponibilidade do direito processual civil, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de José Roberto dos Santos Bedaque, p. 106-109).

²⁶ Em sentido similar, com amparo na doutrina alemã, MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 68-69).

²⁷ Assim, na doutrina estrangeira, ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 24); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117) e BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 67 ss).

Ademais, se focarmos o princípio dispositivo somente sobre os direitos materiais em litígio, que nome se daria ao princípio que rege a disponibilidade, pela parte, do direito de recorrer de uma decisão, ou de pedir a produção de determinada prova, por exemplo? Não há como se dissociarem as hipóteses, pois o mesmo fenômeno explica a disponibilidade de ambas as esferas de direitos dentro do processo.

Finalmente, entendemos que a expressão *princípio dispositivo* já é consagrada na mentalidade jurídica do processualista com a acepção ampla a que nos referimos, de tal sorte que, para nossos escopos, a reputamos adequada.

Assim, definido o conteúdo do *princípio dispositivo*, a primeira distinção que impende ser feita é entre este e o *princípio da demanda*: este último impõe seja o processo iniciado por impulso da parte (arts. 2º e 262, ambos do CPC) e que a ela incumbiria delimitar seu conteúdo, o qual também condicionaria a sentença (arts. 128 e 460).²⁸

Os dois princípios (da demanda e dispositivo) realmente não se confundem, pois o primeiro foca apenas o momento inicial do processo, ao passo que o segundo aplica-se em qualquer momento da relação processual.²⁹

Ademais, e principalmente, mesmo quando o direito em litígio for indisponível (vale dizer, o seu titular não pode dele abdicar no curso do processo), para que o processo tenha início é necessária a provocação da pessoa legitimada, em face do princípio da *inércia do poder jurisdicional* (a qual é praticamente absoluta e excepcionada em raríssimos casos),³⁰ ao passo que o âmbito de atuação do princípio dispositivo no curso do processo é consideravelmente maior (em qualquer das duas acepções acolhidas na doutrina, como se viu anteriormente).³¹

²⁸ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 60-64) preferem contrapor ao princípio dispositivo o *princípio da disponibilidade*, este último relativo, sim, à possibilidade de o interessado optar por deduzir em juízo sua pretensão ou não.

²⁹ Podemos dizer que, em linhas gerais, o *princípio da demanda* seria uma das primeiras (e uma das mais importantes) manifestações do *princípio dispositivo* (assim, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES, *Derecho procesal: introducción*, p. 60).

³⁰ Acha-se esse rol de exceções em RUI PORTANOVA (*Princípios do processo civil*, p. 117).

³¹ Conforme leciona PORTANOVA (*ibidem*, p. 117), com apoio em obras de MAURO CAPPELLETTI e DALL'AGNOL JR., a disponibilidade do direito da parte assume uma feição antes de movimentada a máquina do Judiciário (consistente na possibilidade de intentar ou não a ação e definir-lhe os limites) e após a ação ter sido aforada (sujeitando-se a parte "às exigências próprias de um instrumento estatal posto à sua disposição").

Outra idéia recorrente na doutrina é contrapor o *princípio dispositivo* ao *princípio inquisitório*,³² enfocando a questão relativa à *instrução probatória*.³³ No entanto, a vinculação cai no equívoco de esquecer que a disponibilidade da parte na órbita do processo não se resume à questão probatória e inclui uma série de outros direitos processuais (a começar pelo direito de recorrer). Assim, a contraposição entre os dois princípios induz a uma errônea redução do âmbito de incidência do princípio dispositivo.³⁴

Finalmente, não é demais registrar uma opinião – razoavelmente disseminada na doutrina – de que a característica inquisitória do processo (ou seja, a atribuição ao juiz de poderes para investigação da verdade acerca dos fatos litigiosos) está intrinsecamente relacionada aos sistemas que, ao longo da história, previram a instauração do processo civil de ofício.³⁵ Em verdade – e muito embora essa questão não esteja diretamente relacionada ao tema deste livro –, nada impede que se mantenha no sistema o princípio da demanda, mas se atribuam ao juiz poderes instrutórios (exatamente como ocorre no processo civil brasileiro).³⁶

Em suma, assentado o que, para nós, pode ser entendido como *princípio dispositivo*, e tendo sido ele diferenciado de outros princípios que lhe estão em torno, podemos então refutar o argumento da doutrina de que o incremento do *ativismo judicial* importa em eliminação ou redução do *princípio dispositivo* sobre a esfera dos direitos processuais.

³² E. g., CARNACINI (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 762-764); entre nós, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 62) e CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 64).

³³ Segundo essa concepção, que é a tradicional, não haveria sistema puramente *dispositivo*, tampouco exclusivamente *inquisitório*, mesclando-se ambos os princípios, e prevalecendo em maior ou menor grau em cada situação (vale dizer, em causas em que os direitos fossem indisponíveis, predominaria o segundo; do contrário, o primeiro).

³⁴ Os espanhóis CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 26), com amparo na doutrina alemã, anotam que, de um lado, contrapõem-se os princípios da "aportación" e da "investigación" (aqui, sim, tratando da iniciativa para a apresentação dos fatos litigiosos e a produção da prova a eles relacionada) e, de outro, contrapõem-se os princípios "dispositivo" e "oficial". No entanto, muito embora esses dois binômios de princípios sejam separados entre si e encontrem fundamentos diversos (o princípio dispositivo se fundaria em razões econômicas, derivadas do reconhecimento do direito de propriedade, ao passo que a aplicação do princípio da "investigación" se deveria a razões políticas, ligadas à medida de intervenção do Estado na sociedade), é comum ocorrer que em um processo dominado pelo princípio da "aportación" prepondere o princípio *dispositivo*, do mesmo modo que em um processo marcado pela aplicação da "investigación" normalmente vem consagrado o princípio *oficial*.

³⁵ V. g., DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 68-69).

³⁶ Constatação similar é feita por BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 68 ss).

Malgrado o notável incremento dos poderes do juiz na condução do processo e na busca da mais justa solução para o litígio que lhe for submetido, as partes continuam investidas do poder de livremente dispor, dentro dos limites da lei, não só do direito material que constitua objeto do litígio, mas também dos direitos processuais conferidos pelo sistema.

Com efeito, a evolução do ativismo do juiz não interferiu no exercício das posições jurídicas processuais das partes, de modo que o processo continua a ser iniciado por provocação delas, a quem cabe delimitar o objeto litigioso do processo (sobre o qual recairá a sentença, não podendo ela se afastar, sob pena de nulidade, *ex vi* dos arts. 128 e 460 do CPC), e continuam elas livres para dispor sobre o objeto do litígio (de regra podendo o autor, a qualquer momento, renunciar ao direito reclamado e o réu reconhecer juridicamente o pedido contra si formulado), bem como podem os litigantes renunciar ao direito de praticar determinado ato processual na tutela de seus próprios interesses (ou omitir-se, ou ainda praticá-los em desacordo da forma prevista em lei, o que, em todos os casos, dá no mesmo, já que os litigantes continuam sujeitos à preclusão e, de um modo geral, ao preenchimento dos pressupostos processuais e forma em sentido amplo).

A idéia de *ônus*, que é insita à maioria dos atos que as partes praticam no processo,³⁷ traz consigo, necessariamente, a de *princípio dispositivo*.³⁸ De fato, se a parte pode escolher exercer determinada atividade ou não, é porque o princípio dispositivo inspira essa posição jurídica por ela ocupada.

A única diferença é que essa ampliação dos poderes judiciais implica a *desvinculação da iniciativa do juiz em relação às partes, quando se trata de aplicar as normas processuais*.³⁹

Essa nova ótica acerca da dinâmica dos poderes processuais do juiz implica, justamente, que este não fique dependente da iniciativa das partes, podendo se retratar quanto a uma decisão incidental equivocada e contrária a uma norma processual independentemente do recurso do litigante interessado, ou determinar de ofício as providências necessárias para que a situação litigiosa receba a mais justa decisão, *mesmo que as partes tenham renunciado ao direito de pedir referidas*

³⁷ Excetua-se apenas as faculdades (ou faculdades puras), raríssimas, como vimos no item 6.2.1, *supra*, e os deveres, que são residuais no sistema (conforme conclusões a que chegamos nos itens 6.2.1 e 6.4, *supra*).

³⁸ Cf. anotou FREDERICH LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 156).

³⁹ Parte dessa idéia veio captada na já referida obra de CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 28), cujo excerto vale aqui transcrever: "En estrecha relación con el principio de investigación se encuentra el de 'examen de oficio de los presupuesto procesales' (*vom ants wegen*), cuya vigencia en un ordenamiento procesal autoriza el órgano jurisdiccional a sugerir, de oficio, a las partes su subsanación, o a estimar su ausencia, con independencia de que hayan sido o no evidenciados por la parte interesada. La vigencia de este subprincipio en modo alguno contradice el principio dispositivo, ni el de aportación."

providências, ou se omitido em fazê-lo regularmente.⁴⁰ Pelo mesmo princípio, opera-se um alargamento das questões cognoscíveis de ofício, mesmo sem provocação da parte.⁴¹

Se aceitássemos a idéia de que as modificações que o processo civil vem sofrendo nos últimos tempos importam em atenuação do princípio dispositivo, teríamos que admitir também que as partes estão cada vez menos sujeitas a ônus processuais quando, em verdade, *quase nada mudou quanto a suas posições jurídicas*; apenas desvinculou-se a iniciativa do juiz da iniciativa das partes para uma enorme gama de matérias.

Essa é, portanto, mais uma constatação que denota que os processualistas não têm dado a devida importância para a distinção entre as posições jurídicas ocupadas pelas partes daquelas em que o juiz se encontra; e, mesmo dizendo-se despidos de concepções privatistas ultrapassadas, continuam a analisar fenômenos processuais sob a mesma ótica, isto é, condicionando a atividade do juiz à iniciativa ou provocação da parte.

9.3 Proposta de acomodação dos conceitos

Chegamos, finalmente, ao ponto em que devemos optar pela adoção de uma das proposições terminológicas existentes na doutrina, quais sejam, continuarmos chamando indistintamente os dois institutos analisados de *preclusão*, denominar o primeiro de *preclusão* e o segundo de *preclusão "pro iudicato"*, conceituar o primeiro de *preclusão* e o segundo de *preclusão judicial* (reservando a expressão *preclusão "pro iudicato"* para as situações para as quais REDENTI a cunhou),⁴² adotar *preclusão para as partes* em contraposição à *preclusão para o juiz*, ou finalmente adotar o conceito de coisa julgada interna para o segundo fenômeno, como na

⁴⁰ MICHELE TARUFFO (*La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, p. 252) assinala, com acuidade, que o princípio dispositivo pode continuar imperando mesmo se o juiz tem poderes de direção do processo (que incluem poderes "inquisitórios"), haja vista que esse papel do magistrado não implica interferência na autonomia das partes. Em sentido similar, TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 154-155) afirma que a acentuação do caráter inquisitório do processo não significa abandono do princípio dispositivo, mas apenas a limitação de seus efeitos com relação ao juiz.

⁴¹ Os exemplos dessa afirmação são inúmeros. Pensemos em todas as questões que o juiz conhece de ofício a despeito da omissão das partes em suscitá-las e debatê-las (itens 8.5.1 e 8.5.2, *supra*). Observou-se ainda, no item 8.5.3, *supra*, a possibilidade de colheita de provas, mesmo se a parte deixou de requerê-las ou não o fez adequadamente. Lembra-se ainda da suspeição do juiz, que, se não foi suscitada pela parte oportuna e regularmente, nem por isso o juiz necessariamente deixará de reconhecê-la. E assim por diante.

⁴² Como sugeriu, de modo inovador, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*, p. 16-19).

doutrina italiana (que usa a expressão *giudicato interno*). Todas as opções apresentam inconvenientes, mais ou menos graves.

A primeira solução, como já vimos, peca por chamar de *preclusão* dois institutos que são *diferentes entre si*, não deixando transparecer, em absoluto, essa distinção.

A segunda carece de base científica, já que o termo *preclusão "pro iudicato"* foi cunhado para situações particulares de eficácia *extraprocessual* de determinadas decisões não passíveis de ser cobertas pela coisa julgada *material*. Não há como equiparar a situação à simples imutabilidade *endoprocessual* de uma questão incidental.

A terceira, apesar de embasada em raciocínio irrepreensível, introduz conceito estranho à doutrina, e que, justamente por não ser reconhecido, perde sua razão de ser. Quiçá no futuro (e fazemos votos disso) a expressão se generalize. Afinal como aponta CRUZ E TUCCI, "qualquer definição contida em um vocabulário processual tem valor hoje e aqui [...] amanhã, a acepção pode transformar-se".⁴³

Os inconvenientes da quarta opção terminológica já foram por nós postos em destaque no item 8.1.4, *supra*.

A quinta e última talvez seja própria para o direito italiano apenas, mas não para o nosso. A palavra *giudicato*, se traduzida como *julgado*, não teria sentido em nossa experiência jurídica processual, e se traduzida como *coisa julgada*, identificaria-se imediatamente com *sentença*, ante a definição que nossa lei processual traz acerca do instituto. Isso não ocorre na Itália.⁴⁴ Ademais, o âmbito de incidência do *giudicato (sostanziale)* trazido pelo art. 2.909 do *Codice Civile* é consideravelmente mais amplo do que aquele oferecido por nossa lei pátria (lá se dispõe genericamente sobre qualquer sentença que contenha um *accertamento*, mesmo as *non definitive*, ao passo que aqui apenas sobre a sentença de mérito com as limitações do art. 469 do CPC).⁴⁵ Isso sem falar que o processo italiano apresenta casos de *giudicato interno* com efeito extraprocessual, inclusive sobre matéria processual,⁴⁶ o que nos é absolutamente estranho.

Assim, entre nós é imprescindível o conceito *autônomo* de *preclusão sobre questões incidentais*, mesmo porque, conforme mais uma vez CRUZ E TUCCI, "as pe-

⁴³ *Tempo e processo*, p. 42.

⁴⁴ Para PUGLIESE (*Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., n.º 1, tradução inédita de Ricardo de Barros Leonel): "Giudicato" é, sob este aspecto, termo mais neutro, porque se refere a um qualquer elemento que tenha sido objeto de julgamento, mesmo se não compreenda a inteira relação litigiosa e não tenha, portanto, os caracteres para ser qualificado 'lide' ou 'controvérsia', mas constitua, por exemplo, uma questão contida na lide ou a esta prejudicial."

⁴⁵ Ainda que se entenda que seja necessário, no processo italiano, um *accertamento* de mérito para que se verifique o surgimento da coisa julgada substancial.

⁴⁶ Item 3.2, *supra*.

similitudes da linguagem valem, apenas, no âmbito de um ordenamento legal específico".⁴⁷

Em vista de toda a exposição – e como já se poderia inferir dos títulos dos capítulos 7 e 8 –, preferimos falar em *preclusão dirigida à atividade das partes e preclusão sobre questões incidentais*, com a consciência do rebuscamento de tais definições, mas sem romper totalmente com a terminologia científica corrente e sem deixar de expressar as idéias por nós defendidas.⁴⁸

Note-se, por fim, que a terminologia proposta acaba por reconhecer que entre os dois institutos há semelhanças, por nós antes já ressaltadas (Capítulo 5, *supra*), porquanto vem mantido em ambos o termo *preclusão*, mas com inseparáveis indicativos acerca do objeto sobre o qual recaem.

⁴⁷ *Tempo e processo*, p. 42.

⁴⁸ Em sentido um tanto similar, essa distinção foi também proposta por MAURÍCIO GIANNICO, que sugere uma classificação da preclusão, quanto ao objeto, entre "preclusão de ônus processuais (ou de direitos das partes)" e "preclusão de questões (ou de poderes do magistrado)" (*A preclusão...*, cit., p. 129).

Preclusão e Dinâmica do Processo

10.1 Considerações iniciais

Até agora, enfocaram-se as duas faces da preclusão sob o ponto de vista estático, vale dizer, como fenômeno processual que fulmina o direito da parte à prática de determinado direito processual, ou que torna imutável questão incidental individualmente considerada.

Todavia, apesar de o fenômeno *preclusão* possuir enorme valor em si mesmo, sua importância realmente sobressai se analisado no conjunto de atos encadeados no procedimento.¹ Sem ter essa visão, a abordagem do instituto acaba revelando-se insuficiente, porquanto limitada à sua definição, classificação e distinção de figuras afins (falta, no geral, preocupação com o aspecto dinâmico do instituto).

Para esses objetivos, pouco importa de qual das acepções de preclusão se está falando. Apesar das fundamentais diferenças entre ambos, ainda assim as semelhanças autorizam que possamos fazer um tratamento até certo ponto conjunto das espécies não só no presente capítulo, como também no próximo, concernente à interpretação das normas acerca da preclusão.

10.2 Impulso processual

Impossível pensar em dinâmica processual sem mencionar a quem incumbe seu *impulso*.

¹ É nesse sentido a precisa constatação de TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 11-12).

Cada processo, de cada país e de cada época histórica, atribui o impulso processual, em maior ou menor medida, ou às partes, ou ao juiz. Está-se, aqui, diante de um dos principais aspectos do que BARBOSA MOREIRA² chamou de “divisão do trabalho” no processo.³

Já há muito a doutrina processual apregoa que, em virtude do caráter público das normas processuais e da atividade jurisdicional, o impulso do processo não deve ficar a cargo das partes, que não podem, como se diz habitualmente, fazer dele “coisa privada”.⁴

Com efeito, abandonadas as concepções individualistas e liberais, vigentes no século XIX, e desenvolvida a concepção científica do processo como meio público de solução de controvérsias, apto a gerar uma relação jurídica própria, entre autor e juiz, diversa daquela de direito material que lhe constitui o mérito, perde totalmente o sentido permitir aos litigantes que exerçam total controle sobre a marcha do processo (tal como ocorria no Código de Processo Civil napoleônico, e mesmo, ainda que em menor grau, no Código de Processo Civil italiano de 1865, na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola em sua redação original de 1881, e na ZPO alemã, em sua redação original de 1877 (itens 3.1, 3.4 e 3.3, respectivamente)).

Vigora no nosso processo civil – assim como na maioria dos ordenamentos atuais – a regra do *impulso oficial*, como deixa expresso o art. 262 do CPC (“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”),⁵ o qual é reforçado pelo art. 125, II (“o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio”).

Contudo, *impulso oficial* não significa (diferentemente do que uma leitura mais apressada dos artigos supracitados sugeriria) *impulso pelo juiz*. De fato, a marcha é ditada, em muito maior medida, pelas normas processuais, do que propriamente pela atividade pessoal do juiz (ele se limita a aplicá-las).

Salta realmente aos olhos que a fixação de prazos preclusivos para as partes – que é obra da lei processual e não propriamente do juiz – não é outra coisa senão

² O problema da “divisão do trabalho”..., cit., p. 7-14.

³ A idéia de que o processo é uma divisão de trabalho já vem impressa na obra de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 124), que afirmava: “Giurisdizione e azione, azione e giurisdizione sono le due forze, centrifuga e centripeta, che fanno muovere il meccanismo processuale. Si spiega, con quello che è stato detto nel capitolo precedente, che il processo è lavoro: lavoro del giudice, delle parti e dei loro ausiliari.”

⁴ Usam esta recorrente expressão, dentre outros, PUGLIESE (*Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 834); GRASSO (*L'interpretazione della preclusione*, cit., p. 645), TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 12) e, na Espanha, MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 44).

⁵ Nesse ponto, DINAMARCO faz a precisa distinção entre *iniciativa e impulso* (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 132).

manifestação do princípio do impulso oficial, daí por que a íntima relação do tema com o objeto deste livro.⁶

Ao limitar a atividade das partes à *forma* (em sentido amplo) prescrita em lei, o nosso ordenamento processual inegavelmente retira das partes o poder de dispor sobre a cadência do procedimento. Ao juiz cabe, apenas, verificar a regularidade de tais atos, *a posteriori*, já que a lei é que impõe às partes limitações aos seus direitos processuais.

Por isso mesmo é que ao processo de impulso oficial se contrapõe àquele dominado pelo chamado *princípio da liberdade*.⁷ Mas em um ou outro caso a ordem dos atos processuais existe (isto é, existe impulso processual): a única diferença – repetimos – é a quem incumbe o impulso, se preponderantemente oficial (por meio das normas processuais concernentes ao procedimento e que impõem preclusões) ou às partes.^{8,9}

De outra parte, impende ressaltar que dificilmente existe – ao menos no âmbito do processo civil – um processo cuja marcha seja exclusivamente *oficial*, a começar pelo *ato inicial* do processo, que é justamente a *veiculação da demanda*. Para a prática desse ato é indispensável a iniciativa da parte, exceto em raríssimos casos,¹⁰ em razão do princípio da inércia do Poder Judiciário.

Dessarte, quando se fala em *impulso oficial*, deve-se entender que não pode ser ele absoluto, pois, como bem apontou CALAMANDREI,¹¹ adotar o princípio do *impulso oficial* é aceitar que o impulso processual feito pelas partes seja *meramente residual*, praticamente relegado ao início (demanda) e final (recursos contra a sentença final).¹²

⁶ Precisamente, no *Diccionario de derecho* escrito pelo espanhol LUIS RIBÓ DURAN, o verbete *impulso procesal* vem associado ao verbete *preclusión*, explicando-se o primeiro conceito dessa forma: “los derechos [...] que habieran podido ejercitarse y non lo fueran, se consideraran abandonados; este efecto del impulso procesal se denomina preclusión” (p. 327).

⁷ Cf. anota MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 151).

⁸ No procedimento regido pelo *princípio da liberdade*, “la legge considera facoltativa l'osservanza dell'ordine stabilito”, conforme leciona GRASSO (L'interpretazione della preclusione..., cit., p. 643).

⁹ Do mesmo modo, é a lei que estabelece que a decisão interlocutória, uma vez tendo restado irrecorrida, torna-se imutável, inclusive para o juiz que a prolatou. As normas de direito processual impõem esse efeito preclusivo, sempre no intuito de impulsionar o processo (ou melhor, de impedir que sua marcha retroceda). Aqui fica ainda mais claro que *impulso oficial* não é exatamente *impulso pelo juiz*, mas sim *impulso pela lei processual*.

¹⁰ Vide referência no item 9.2, *supra*.

¹¹ *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 323.

¹² Nessa esteira, em linhas gerais, vem a lição de COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 172-173): “Se denomina impulso procesal al fenomeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”, o qual por vezes compete às partes (“cargas procesales”) e às vezes ao juiz (estabelecendo por si próprio, ou impondo o prazo da lei,

Os momentos em que o impulso processual incumbe às partes são justamente aqueles em que materialmente se mostra impossível ao juiz dar o direito à prática de determinado ato por precluso e dar prosseguimento ao processo até final, bem como nos casos em que o interesse particular prepondera completamente sobre o público.

Esse primeiro aspecto ressaltado se comprova à vista do fato de que a aplicação do disposto no art. 267, III, do CPC se faz presente apenas em casos excepcionais, em que – como aponta com precisão ARAÚJO CINTRA¹³ – houver atos e diligências “cuja omissão constitua obstáculo intransponível para o funcionamento do impulso oficial e, por conseguinte, para a marcha do procedimento”.¹⁴ E mesmo assim, conforme preconizam doutrina¹⁵ e jurisprudência,¹⁶ deve ficar evidenciada a intenção do autor de abandonar o processo, devendo o réu requerer que o processo seja extinto (conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 240).

Nesses raros casos, não se pode dizer que a preclusão estaria afastada, pois ao juiz se impõe, apenas, tomar uma providência mais complexa antes de dar o ato por precluso e aplicar à espécie outro efeito associado ao preclusivo, qual seja, a extinção do processo sem apreciação de mérito. Isto é, após intimado o advogado para promover o ato necessário, e este tenha se omitido, o juiz determina a intimação pessoal da parte. Mas, passadas as 48 horas dessa intimação, operam-se a preclusão (perda do direito de praticar o ato) e, associada a ela, a extinção do processo sem exame de mérito.¹⁷ Novamente se mostra pertinente aqui a distinção entre a preclusão e outros efeitos a ela associados (item 7.6, *supra*).

Em todo e qualquer outro caso, a perda do direito da parte em praticar o determinado ato ocorre de *imedato* e pelo *simples decurso do prazo*. O processo *não* é extinto e caminha, então, com o impulso oficial.¹⁸

sob pena de *preclusão*, de maneira que “el propio interés de las partes el que les mueve a realizar los actos dentro del término que los señala”).

¹³ Abandono da causa..., cit., p. 171.

¹⁴ Também no processo civil espanhol o fato de se instituir o impulso oficial não exclui de toda a possibilidade de que o processo seja extinto por inatividade das partes. Como leciona JAVIER SEGOANE PRADO (*Ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 540), ainda existe margem, ainda que limitada, para que se verifique a “caducidad en la instancia”.

¹⁵ E.g., MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 422).

¹⁶ E.g., RF 132/431 e RT 162/114.

¹⁷ Como preceitua ARAÚJO CINTRA (Abandono da causa..., cit., p. 172).

¹⁸ Talvez a única exceção a essa tese que poderia ser levantada diz respeito ao pagamento, pelo autor, de despesas para realização de prova determinada *de ofício* ou requerida pelo Ministério Público (art. 19, § 2º, do CPC). Conforme entendem ARAÚJO CINTRA (Abandono da causa..., cit., p. 172-173) e CRUZ e TUCCI (*Temas polêmicos...*, cit., p. 24), se o autor omitir-se na prática deste ato, mesmo

Quanto ao segundo aspecto ressaltado (preponderância do interesse privado sobre o público), é de se ver que são raros de ocorrer no processo.

Logo que a petição inicial é entregue à autoridade jurisdicional, verifica-se apenas, uma relação entre o subscritor da peça e o Estado, cujo conteúdo é o exercício do direito de ação, ainda sem participação do réu. Há renomados doutrinadores que entendem que, somente após determinada e realizada a citação pelo ente estatal, a relação jurídica processual pode efetivamente se instalar, com a participação dos três sujeitos (*iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*).¹⁹ Outros, ao contrário, sustentam que já existe processo antes da citação, mas apenas a relação jurídica ainda não se “angularizou” entre os três sujeitos.²⁰

Seja como for, o conteúdo dessa fase “pré-citação” (que, segundo a teoria tradicional, faz parte da fase postulatória, como veremos adiante) tem contornos diversos daquela que se instala posteriormente ao ato citatório; naquela é muito mais marcante o *princípio dispositivo*, facultando-se ao autor não só emendar a petição inicial quando determinado (art. 284 do CPC), como também alterar livremente o pedido e a causa de pedir (art. 294), e desistir da ação, independentemente da aquiescência do réu (art. 267, § 4º).

Depois da citação, nenhum desses atos é mais permitido: a alteração do pedido é vedada (exceto com a concordância do réu, mas mesmo assim somente até o saneamento do processo, a teor do art. 264, parágrafo único, do CPC)²¹ e a desistência da ação depende de aquiescência deste (mesmo se for ele revel, *ex vi* do art. 321 do CPC).

depois de pessoalmente intimado, o juiz estaria autorizado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, III, do CPC. Todavia, há acórdão do TJSP (publicado em *JTJ* 166/193) que entendeu que, se a prova cuja produção foi determinada de ofício interessa ao réu, ele deve adiantar a despesa respectiva (o que, *data venia*, é um contra-senso, pois não há como saber, de antemão, se o resultado da prova será favorável ao réu ou ao autor).

¹⁹ A respeito, cumpre transcrever as palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES: “a ação é o direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado no tocante a uma pretensão insatisfeita. Seu instrumento formal é a petição inicial onde o litigante, dirigindo-se ao juiz, formula pretensão, com seus fundamentos, e requer a citação do outro litigante, para que se instale a relação jurídica processual” (*Manual...*, cit., v. 1, p. 169). Nessa linha de raciocínio, existiria ação sem processo, eis que “da ação é que nasce a relação jurídica que se forma com o processo” (*ibidem*, v. 1, p. 170). Comungam do mesmo entendimento CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 256): “sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional”.

²⁰ Assim, e com essas palavras, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 11, p. 98). Na mesma esteira, TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 84), que acrescenta que “o réu é réu simplesmente porque o autor contra ele formula pedido. Assim melhor se explicam as liminares que o juiz pode conceder, mesmo sem ouvir o réu. Ademais, é como réu, e não como terceiro, que o réu pode eventualmente intervir no processo, mesmo antes da citação”.

²¹ Esse dispositivo demonstra, particularmente, que o processo é “coisa pública” e não privada, pois, uma vez estabilizado o objeto do litígio, nem mesmo o consenso das partes é capaz de mudá-lo.

É como se, antes da citação, a relação jurídica entre particular e Estado fosse *menos pública* que após a citação (com o perdão da expressão inadequada, mas ilustrativa), de tal sorte que tanto o regime de preclusões quanto o rigor do controle quanto à forma dos atos processuais se tornam mais flexíveis.

Flexíveis, porém, não significam *inexistentes*, como parece óbvio.²²

Antes da citação, o principal ato processual praticado pelo autor é, evidentemente, a petição inicial. Quando este ato se apresenta inadequado quanto à forma (em sentido estrito), e houver possibilidade de corrigi-lo, o juiz não o indefere (abstendo-se de reconhecê-lo inadmissível) de plano. Ao contrário, o juiz assina prazo para a emenda (art. 284 do CPC) e, se a parte não atende à determinação judicial, o juiz “indeferirá a petição inicial” (art. 295, VI) e extinguirá o processo sem exame de mérito (art. 267, I). Do mesmo modo sucede nesta fase pré-citação, quando o autor deixa de demonstrar estar preenchido qualquer pressuposto processual a ele concernente e passível de emenda. A preclusão incide apenas após dada essa chance de correção.

Ao lado dessas situações de preponderância do interesse particular sobre o público – que já são excepcionais –, existem outras em que há verdadeiro *domínio* do interesse privado. Essas são ainda mais raras.

O advento da Lei nº 11.232/2005, ao suprimir (quase por completo²³) a autonomia da liquidação de sentença e da execução de título judicial, convertendo-as em meras fases do “processo sincrético”, não se desvencilhou da regra de que ambas exigem iniciativa da parte (vide os arts. 475-A, § 1º, e 475-B, § 1º, quanto à liquidação, e o art. 475-J, *caput* e §§ 3º e 5º, todos do CPC, a respeito do cumprimento de sentença). Aqui, tem-se uma clara ressalva ao *impulso oficial*.

Chama também a atenção o preceito contido no art. 791, III, do CPC, em que a falta de indicação, pelo credor, de bens do devedor para penhora no prazo que o juiz estipular não acarreta a perda do direito de fazê-lo (*preclusão*), tampouco importa em extinção da execução de título extrajudicial (*efeito associado à preclu-*

²² Mesmo nos procedimentos *elásticos*, como era o italiano antes da *Novella* de 1990, a aplicação da preclusão se fazia sentir, mas de maneira atenuada; ou nas palavras de GRASSO (*Interpretazione della preclusione...*, cit., p. 642), nesses sistemas “gli effetti dell'inosservanza dell'onere sono ridotti al minimo”.

²³ Diz-se que o abandono dessa dicotomia não foi completo, porque continua a existir a execução de título judicial autônoma contra a Fazenda Pública (arts. 730-731 do CPC), e tendo por objeto sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória (da qual constem valores de dano líquidos), bem como acordo extrajudicial homologado judicialmente (art. 475-N, inc. II, IV, V, VI, do CPC), nas quais não se cogita de prévia fase de conhecimento perante o juízo que processará os atos executivos. Nesse sentido, J. E. CARREIRA ALVIM (*Execução de sentença penal, arbitral e estrangeira* (art. 475-N, parágrafo único, do CPC) – Processo de execução ou execução sincrética (cumprimento)?, *Aspectos polêmicos da nova execução*, p. 330-338).

ção), mas simplesmente a suspensão de seu trâmite.²⁴ A razão para essa particular disposição legal gira em torno do art. 569 do CPC, que prevê a livre disponibilidade da execução.

Do mesmo modo, em vários procedimentos de jurisdição voluntária – exceto naqueles poucos iniciados por obra do juiz ou do Ministério Público e naqueles em que se verifica, ainda que residualmente, litígio²⁵ – há uma completa flexibilização do princípio da preclusão. Aqui, por não haver qualquer litígio a ser dirimido, mas tão-só “administração pública de interesses privados”, é natural que o interesse público se apresente esmaecido. Se não há litígio a ser composto, o sistema não exige que o procedimento se encaminhe de modo acelerado para o seu final, e, dessarte, não se aplica a preclusão. Aliás, o art. 1.109 do CPC – que autoriza o juiz, nos processos de jurisdição voluntária, a não aplicar a legalidade estrita – é justamente a base para essa ausência de preclusividade.

Nos processos de arrolamento e inventário, a questão mostra-se um pouco mais delicada. Analisá-los em face do princípio do impulso processual significa falar das incumbências do inventariante, sobretudo aquelas contidas nos incisos III a VI do art. 991 do CPC. Se este se furtar de apresentar as declarações e documentos exigidos pela lei (leia-se *se este se omitir quanto ao impulso do processo*), quais são as consequências dessa omissão?

Parece de se descartar a hipótese de extinção do processo sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, II ou III, do CPC, e a jurisprudência é enfática nesse sentido.²⁶ Não é para menos, afinal o art. 995, II, do CPC é expresso em afirmar a possibilidade de remoção do inventariante caso não lhe dê andamento regular.²⁷ Assim, quando muito poder-se-ia promover o incidente de remoção, pelo inte-

²⁴ Parece-nos que essa hipótese de suspensão é taxativa, isto é, nos demais casos em que a execução se paralisar, por inércia do exequente em praticar determinado ato indispensável à marcha do processo, poderá ser ele extinto, respeitando-se previamente o que dispõe o art. 267, § 1º, do CPC, em homenagem à aplicação subsidiária do Livro I do Código ao Livro II, prevista no art. 598. É o que defende ARAÚJO CINTRA (Abandono da causa..., cit., p. 175), dando como exemplo o pagamento de despesas de avaliação do bem penhorado.

²⁵ Como o processo de alienação de coisa comum que, como ressalta BEDAQUE, foi erroneamente inserido no item reservado aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (Código de processo civil interpretado, cit., p. 2602). Aqui, pode haver litígio quanto ao valor do bem a ser alienado.

²⁶ Vejam-se como exemplo dois acórdãos do TJSP assim ementados: “Inventário – Extinção por abandono – Inadmissibilidade – Recurso provido” (Apelação Cível 124.885-4 – Guarulhos, 10ª Câm. de Direito Privado, rel. Maurício Vidigal, j. 14.12.1999, v. u.) e “Inventário – Extinção do feito – Determinação de arquivamento dos autos que não equivale na espécie à extinção do processo sem julgamento do mérito nos moldes do art. 267, VIII, do CPC. Possibilidade de extinção apenas quando inexistirem bens a inventariar. Recurso provido para dar prosseguimento ao feito” (AI 196.923-4/3-00-Iguape-SP, 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Elliot Akel, j. 10.4.2001, v. u.). BAASP 2240/474-e, de 3.12.2001.

²⁷ Exige-se, contudo, que se demonstre que haja omissão culposa do inventariante (RT 479/97 e Bol. AASP 877/273).

ressado ou de ofício.²⁸ Não existiria propriamente preclusão, tampouco o efeito a ela associado, que é a extinção do processo sem julgamento do mérito. Haveria, apenas, a substituição do inventariante (por um dos herdeiros ou legatários, ou inventariante dativo).

Contudo, a prática admite largamente a suspensão do curso do inventário, mesmo que tal alternativa não encontre abrigo em nenhuma das hipóteses do art. 265 do CPC.

Só há um meio de entender essa saída, tão comum na prática. Quando se trata de herdeiros capazes, e não há litígios entre eles, ou entre estes e terceiros intervenientes, a paralisação do processo, mesmo que por desídia do inventariante, não justifica a extinção do processo, já que aqui se está diante de um procedimento de jurisdição voluntária por excelência, desaconselhando-se a extinção do feito sem exame de mérito,²⁹ no esteio, inclusive, do art. 1.109 do CPC.

Enfim, deve-se ter presente a idéia de que o impulso processual caberá exclusivamente à parte, excluindo-se a preclusão, somente nos raríssimos casos em que o interesse privado for absolutamente dominante. Quando houver relativa preponderância do interesse privado sobre o público, o regime de preclusões mostra-se mais elástico, mas ainda assim presente.

É curioso notar, ainda, que em determinados casos a preclusão é atenuada também em atenção à prevalência absoluta do interesse público quanto ao objeto do processo.

Na ação popular e na ação civil pública, por exemplo, o abandono do processo pelo ente legitimado não implica necessária e imediatamente a extinção do processo sem apreciação do mérito. Em realidade, em virtude do disposto, respectivamente, no art. 9º da Lei nº 4.717/1965 e no art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/1985, pode ocorrer a substituição do pólo ativo pelo Ministério Público (e, no caso da ação popular, também por qualquer cidadão).

O mesmo sucede com as causas de interdição, em que o Ministério Público pode assumir o processo abandonado pelas pessoas legitimadas e referidas pelo art. 1.177 do CPC, desde que o feito verse uma das causas do art. 1.178.³⁰ Revela-se, então, o interesse público na tutela dos direitos do incapaz, que pode emer-

²⁸ Como admite a jurisprudência: RTJ 109/751 (maioria); RJTJESP 132/309; JTJ 192/205.

²⁹ Com efeito, apesar de o inventário e o arrolamento virem encartados no Título I do Livro IV do Código (jurisdição contenciosa), a doutrina (e. g., MARCATO, Procedimentos especiais, p. 165-166) os considera de jurisdição voluntária, sobretudo por estar mitigada a matéria objeto de controvérsia e decisão àquelas questões referidas no art. 984 do CPC, remetidas as demais (denominadas de “alta indagação”) às vias ordinárias.

³⁰ Assim, entendem NERY JR. e ROSA NERY (Código..., cit., p. 1242), com amparo na jurisprudência (JTJ 164/111).

gir em outros casos por nós não lembrados aqui, em que o *Parquet* substituiria a parte desidiosa.

Assim, apesar de se operar a preclusão com respeito à pessoa ou ente responsável pelo abandono das referidas causas, o principal efeito associado a ela previsto em lei (extinção do processo nos termos do art. 267, III, do CPC) é excluído e o ente omissor é substituído na titularidade da demanda e, por conseguinte, na incumbência de dar impulso ao processo, praticando o mesmo ato sobre o qual o demandante original se omitiu.

Aquí se revela a idéia de que a preclusão dos direitos das partes atende a um escopo publicista, à medida que determina a marcha do processo adiante, mas se funda na idéia de que as partes podem livremente dispor de seus direitos na órbita do processo. Vale dizer, a preclusão tem fundamento publicista, mas se assenta sobre o princípio dispositivo, que é consagração do aspecto privatista que continua a inspirar as posições jurídicas ocupadas pelas partes no processo.

Todavia, quando não há necessidade de que o processo caminhe aceleradamente para o seu final (nas hipóteses, reveladas anteriormente, em que prepondera o interesse da parte), a aplicação da preclusão é mais flexível.

Do mesmo modo, quando, ao contrário, o interesse público prepondera relativamente ao objeto do processo (como em causas que versam direitos transindividuais ou dos incapazes), a preclusão para o autor continua aplicando-se, pois, quando este abandona a causa e é substituído por outro ente legitimado, não poderá mais nela intervir e praticar o ato sobre o qual antes se omitira. Mas o ente legitimado poderá, sim, praticar o ato que o demandante original deixou de executar, e, no mais, a lei subtrai os demais efeitos associados à preclusão sobre a relação jurídica processual (notadamente a extinção do processo sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, III, do CPC).

10.3 Decisão de questões e fases processuais

Convém agora enfrentar a seguinte (tormentosa) questão: *nosso processo é, de fato, dividido em fases, como se costuma dizer?*

Tomando-se por paradigma o procedimento comum ordinário, que serve de base a todos os demais (art. 272, parágrafo único, do CPC), é possível identificar com razoável clareza em que fases é ele estruturado, sobretudo em razão do fenômeno da preclusão.

A primeira delas seria a fase postulatória, que – consoante assinala MONIZ DE ARAGÃO³¹ – é perfeitamente delimitada por dois dispositivos: o art. 264 e o art. 303,

³¹ Preclusão..., cit., p. 153.

caput, ambos do CPC, que encerram a postulação das partes na inicial e contestação, vedando-se seja ela diferida para momento posterior, justamente em função da regra da preclusão.

Duas outras fases são delimitadas pelas audiências: a ordinatória pela audiência de saneamento (art. 331 do CPC) e a instrutória pela audiência de instrução (art. 448 do CPC). Uma está centrada no saneamento do processo (ato pelo qual se declara que o processo está livre de vícios e que concorrem os pressupostos necessários ao julgamento do mérito, definem-se os pontos de fato controvertidos e defere-se a produção de provas necessárias para esclarecê-los), mas compreende as providências preliminares de que tratam os arts. 327 e 329 do CPC. A outra compreende todos os atos pelos quais se dá a produção da prova (incluindo, por exemplo, a intimação de perito para estimar honorários e dar início a seu trabalho pericial, a expedição de intimações a testemunhas arroladas pelas partes, a realização da inspeção judicial etc.).³²

Encerrando o que antes se chamava de “processo de conhecimento”, tem-se ainda a fase decisória, que se inicia com as alegações finais (orais, ao final da audiência de instrução, ou, como mais comumente acontece, substituídas por memoriais escritos), abrange o proferimento de sentença, e para alguns alcança até mesmo a oposição e julgamento de embargos declaratórios.

Agora, com o advento da Lei nº 11.232/2005, há que se reconhecer a possibilidade de existência de duas outras fases, uma eventualmente dedicada à liquidação de uma sentença genérica, e outra para o seu cumprimento forçado. Todavia, não nos interessa, para os objetivos deste trabalho, esmiuçar nenhuma dessas duas “fases” do “processo sincrético” (que antes giravam na órbita do processo autônomo de execução de título judicial).

Feita essa análise, forçoso reconhecer as inúmeras provas de que essas fases são razoavelmente flexíveis.

A primeira delas – aclamada no início de vigência do Código de Processo Civil de 1973 – repousa justamente sobre o “julgamento antecipado da lide”, permitindo que, se a matéria em debate for apenas de direito, ou se os fatos já estiverem superados pela incontrovérsia ou por quadro probatório suficiente, a fase instrutória seja descartada, passando-se diretamente à decisória.³³

³² Concepção similar é hoje adotada pelo Código de Processo Civil italiano, após a *Novella* de 1990: como ensina BONA CAVALLARI (*Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 887), a primeira fase, de introdução da demanda, é regida pelo art. 180 do CPC, a segunda, denominada *trattazione*, e prevista no art. 183 (a qual se dá em audiência e marca a fixação do objeto litigioso do processo), e uma terceira, de instrução propriamente dita, conforme o art. 184.

³³ Essa alternativa do Código de Processo Civil de 1973 foi recebida com festa, pois sob a égide da lei processual anterior o procedimento ordinário era pautado por excessiva rigidez, sendo impossível o julgamento antecipado do processo (DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 277). LIEBMAN, enquanto esteve no Brasil, defendeu o julgamento do mérito no despacho saneador, sob a égide

Outra constatação que derruba o mito de que as fases do procedimento comum são rígidas e estanques decorre do fato de que *não apenas no saneamento do processo o juiz faz a verificação da concorrência dos pressupostos processuais e condições da ação e realiza o controle da regularidade formal do processo.*

Com efeito, nada impede – pelas razões já expostas em momento precedente deste livro³⁴ – que o juiz que haja declarado saneado o feito reconheça *a posteriori* que o autor carece da ação, ou que falta algum pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, ou mesmo que pronuncie invalidade que antes passara despercebida. E, consoante as conclusões a que já chegamos, esse poder não se resume a conhecer das questões pela primeira vez, de ofício e independentemente da iniciativa da parte interessada, mas se estende também para a possibilidade de revogação e modificação de decisões tomadas nesse mister, mesmo sem oportuna provocação da parte (por meio do recurso de agravo). Aplicadas essas regras, afrouxa-se, por óbvio, a divisão do processo em fases.

Ademais, algumas inovações apresentadas pelas recentes reformas processuais alteraram profundamente a dinâmica do processo. Notadamente aqui está a generalização da antecipação de tutela – consoante os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC –, que pode trazer para qualquer das fases do processo a outorga (ainda que provisória) de bem da vida reclamado por um dos litigantes. O impacto dessa modificação sobre o procedimento é brutal, sobretudo porque pode abrir uma fase de execução da tutela antecipada no bojo do mesmo processo de conhecimento (inclusive nos mesmos autos). E isso sem trazer novamente à baila o § 6º no art. 273 do CPC, oferecido pela Lei nº 10.444/2002, e as implicações do novo conceito de sentença ditado pela Lei nº 11.232/2005, que, segundo vimos (itens 8.3.4 e 8.3.6), abrem margem para sentenças parciais de mérito.

Por tudo isso é que a estruturação do processo em fases estanques é incompatível com a atual (e aparentemente irreversível) tendência de aumento dos poderes do juiz. Fechar o processo em fases, a cada qual cabendo um rol estrito de questões, significa limitar a atividade do juiz. E a principal ferramenta *endoprocessual* para operar tais limitações é, justamente e como já asseveramos em momento oportuno, a preclusão.³⁵

do Código de Processo Civil de 1939 (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 81 ss), mas ao que consta essa teoria não foi aceita pelos estudiosos e pela jurisprudência pátria (cf. afirma DINAMARCO, Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 65).

³⁴ Itens 8.5.1 ss, *supra*.

³⁵ Oportuno lembrar da lição de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 157), no sentido de que o *principio da elasticidade do procedimento* (o qual permite que, dependendo da causa, seja o procedimento alongado ou reduzido e que justifica, em nosso sistema, o “julgamento antecipado da lide”) só consegue se implementar se ao juiz são conferidos amplos poderes ordinatórios (“È chiaro che una struttura elastica, nel senso ora indicato, non si può dare al procedimento se non mediante una larga attribuzione al giudice della potestà ordinatoria”).

Enfim, que há fases no processo, certamente que sim, mas apenas quando se segue o modelo padrão previsto no Código, pois a aplicação de diversos dispositivos nele previstos desfigura esse sistema dito rígido e, conseqüentemente, altera o regime de preclusões sobre questões incidentais.

10.4 Sistemas rígidos e flexíveis

Dependendo da maior ou menor liberdade franqueada às partes quanto ao exercício de seus poderes e faculdades processuais é que surge a conhecida distinção entre sistemas processuais *rígidos e flexíveis*.³⁶ Para essa doutrina tradicional, as “ferramentas” com as quais os legisladores trabalham para definir a rigidez do sistema são, principalmente, a *regra da eventualidade* e a *preclusão*.

Parece-nos, contudo, que duas razões principais impõem seja essa distinção recebida com ressalvas.

A primeira delas é a de que certamente não lograríamos encontrar sistemas puramente rígidos e sistemas flexíveis, e sim graus diferentes de rigidez.³⁷

A segunda e mais importante delas é a de que a distinção é feita tomando-se por base principalmente a questão da estabilização do objeto litigioso do processo, isto é, do momento em que se tolhem do autor o direito de alterar os pedidos que deduziu e as respectivas causas de pedir e do réu os meios e razões que lhe tocam para resistir à pretensão do demandante. Contudo, esse é apenas um dos aspectos que confere rigidez à dinâmica do processo de conhecimento.

A análise da rigidez ou flexibilidade do sistema, focada que está na estabilização do objeto litigioso do processo, desconsidera o regime de preclusões sobre as demais atividades das partes (além da dedução dos meios de ataque e defesa) e, sobretudo, das questões incidentais.

A preclusão, como emerge evidente do quanto já foi aqui exposto, não atua apenas no momento de fixação do objeto do litígio. É também fundamental no desenrolar das demais fases processuais, especialmente nos direitos das partes quanto à produção de provas.

³⁶ Cf., e. g., CRUZ E TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, p. 140); DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455 ss) e, profundamente, JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO (*Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda, Causa de pedir de pedido no processo civil (questões polêmicas)*, p. 63).

³⁷ Assim também pondera MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 18).

Por isso mesmo, e como já vimos,³⁸ a associação da preclusão com o princípio da eventualidade, tão recorrente, não nos parece adequada, pois o segundo fenômeno é consequência de apenas uma das manifestações do primeiro.

E, por fim, o outro erro de perspectiva dessa conceituação é deixar de lado a preclusividade que incide sobre os poderes do juiz de reapreciar o que já tiver sido decidido.

Também esse aspecto influi sobremaneira na maior ou menor rigidez do procedimento, já que, seja de ofício, seja por meio de pedidos de reconsideração, a ordem dos atos encadeados no procedimento pode se flexibilizar, permitindo-se que retorne a fases anteriores para reanálise de questões que já haviam sido superadas.

E quando atenta para esse aspecto da maior rigidez ou não do procedimento, não raro a doutrina afirma que em sistemas rígidos as partes têm pouca liberdade para suscitar matérias de ataque e de defesa e de pedir a produção de provas, e também o juiz estaria impedido de retornar a questões incidentais anteriormente resolvidas.³⁹

Evidencia-se, aqui, a influência da concepção há muito sedimentada na mente dos estudiosos (a qual já foi por nós refutada nos itens 8.5.1 ss e Capítulo 9, *supra*): a de que a preclusão do poder da parte em impugnar determinada questão incidental opera para o juiz, *invariavelmente*, a impossibilidade de rever a decisão. Como vimos, esses fenômenos estão ligados entre si por uma relação de causa e efeito, mas não são indissociáveis. Em suma, a rigidez do procedimento quanto à atividade das partes e aquela quanto à atividade do juiz não necessariamente apresentam-se ao mesmo tempo no sistema.

Um sistema pode ser mais rígido quanto à fixação do objeto litigioso do processo e rígido quanto ao regime de preclusão das questões incidentais (como no processo de conhecimento regrado pelo Código de Processo Civil brasileiro ou o processo civil espanhol, posterior à LEC de 2000),⁴⁰ rígido quanto à fixação do objeto litigioso e flexível quanto às questões incidentais (como no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na Lei nº 9.099/1995),⁴¹ flexível quanto ao princípio da eventualidade e rígido quanto às questões incidentais (como no processo civil alemão, anterior à reforma que entrou em vigor em 1977)⁴² e fle-

³⁸ Item 7.10.1, *supra*.

³⁹ Confira-se, à guisa de exemplo, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 18).

⁴⁰ A rigidez do sistema brasileiro no que toca à estabilização das questões incidentais vale como regra geral, mas, como vimos, as exceções a ela são tantas, de modo que, assim interpretado, nosso sistema não é absolutamente rígido como a doutrina costuma dizer.

⁴¹ Vide, a propósito, o item 10.5, *infra*.

⁴² Vide item 3.3 *supra*.

vel nas duas disciplinas (como no processo italiano, após a *Novella* de 1950 e as reformas de 1990).⁴³

Essas considerações nos parecem pertinentes para que se tenha a exata dimensão da dicotomia sistemas rígidos e sistemas flexíveis.

10.5 Sistemas escritos e orais

Já tivemos oportunidade de ressaltar em estudo anterior⁴⁴ que a oralidade em nosso processo civil é, historicamente, mitigada, em que pese ter tido ardorosa defesa pelos defensores.⁴⁵

O Código de 1939, que se proclamava instituidor de um processo oral,⁴⁶ de fato trazia alguns institutos que, em teoria, contribuiriam para a implementação desse princípio.⁴⁷ Todavia, outras normas forçavam a predominância da escrita e o alongamento do processo em diversas fases.⁴⁸ Isso sem falar que, na prática

⁴³ Vide item 3.2, *supra*.

⁴⁴ Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 173 ss.

⁴⁵ O primeiro, e mais notável deles, como é curial, foi CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 167 ss), o qual lançou as bases doutrinárias para definição desse princípio processual (e seus quatro corolários básicos, isto é, *imediatez, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias*) e até hoje suas lições influenciam fortemente processualistas de seu país ("L'ideale... è espresso da queste tre parole: concentrazione, oralità, imediatezza"). São essas as enfáticas palavras de SERGIO LA CHINA para defender a oralidade na Itália (*Diritto processuale civile*, p. 2).

⁴⁶ Na Exposição de Motivos, subscrita por FRANCISCO CAMPOS, dizia-se: "recomendei desde o princípio que o futuro Código não poderia deixar de afeiçoar-se ao sistema a que quase todos os Códigos de Processo no mundo se vêem progressivamente conformando, tão uniformemente se fazem sentir por toda a parte as inconveniências do processo escrito tradicional. Impunha-se uma reforma de fundo do nosso processo. [...] a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente". Adiante, a Exposição abre o título "Críticas e objeções ao processo oral", destinado exclusivamente a rebatê-las, sob a idéia de que "tais objeções fundam-se, porém, no desconhecimento do sistema e, particularmente, ao nome que lhe foi geralmente atribuído". Ressaltava-se o chamado "poder das palavras".

⁴⁷ Leia-se: recorribilidade restrita das interlocutórias (arts. 842 e 851), unicidade de audiência (art. 270), identidade física do juiz (art. 170) e, como é curial, o despacho saneador.

⁴⁸ MACHADO GUILMARÊS (*Estudos de direito processual civil*, p. 9) chega a dizer que o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 1939 só era oral a partir do despacho saneador, pois antes disso vinha estruturado em fases inteiramente escritas e marcadas pela preclusão (no mesmo sentido, e acrescentando que o procedimento ordinário não era concentrado, e sim pautado por excessiva rigidez, especialmente porque impossível o julgamento antecipado do processo, modernamente DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 277).

judiciária, as normas que determinavam a prática de atos oralmente eram sistematicamente inobservadas.⁴⁹

Com o Código de 1973, o princípio da oralidade foi ainda mais abandonado,^{50,51} e nem mesmo a Lei nº 8.952/1994, que reformou o procedimento comum ordinário e instituiu a *audiência preliminar*, conseguiu reverter esse quadro. Prevaleram as históricas dificuldades de aplicar o processo oral.⁵² Tanto que a Lei nº 10.444/2002 restringiu as hipóteses em que esse ato se realiza.⁵³

Trata-se de fator que influi decisivamente na amplitude do regime de preclusões, já que a adoção do princípio da *oralidade* implica a aceitação de seus corolários básicos (*concentração, imediatidade, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias*)⁵⁴ e, conseqüentemente, a estrutura do procedimento recebe uma conformação completamente diversa.

Assim, não podemos concordar com ANTÔNIO ALVES BARBOSA, ao afirmar que “o que resulta do exposto, de resto, é que, se é evidente a importância da preclusão no processo escrito, também o é no processo oral [...] é de se concluir que muito

menos à forma do procedimento – oral ou escrito – e muito mais à estrutura do processo está vinculada a preclusão”.⁵⁵

Segundo entendemos, quanto mais concentrado for um processo, maior será o rigor preclusivo para as partes no exercício de seus direitos processuais e menor importância terá o problema da estabilização das questões incidentais.

Para entender essa afirmação, pensemos em um processo exclusivamente oral, apenas para orientar nosso raciocínio, embora saibamos que não existe processo que não conte com atos escritos, e que não apresente uma certa divisão em fases. Nessa hipótese extrema, se reuniriam em uma única audiência a articulação da demanda e da defesa, a instrução probatória, a solução de questões incidentes e o proferimento de sentença, de modo que as partes só poderiam exercitar seus direitos processuais nesta audiência, ao mesmo tempo em que as questões incidentes seriam resolvidas quase que simultaneamente ao proferimento da sentença, não havendo tempo para que o juiz sequer cogitasse a reapreciação do que já passara.⁵⁶

Ou seja, a adoção da oralidade não implica, necessariamente, que o procedimento abra mão de uma ordem das atividades e, por conseguinte, da preclusão.⁵⁷ Muito pelo contrário: a concentração de todas as atividades das partes em um único ou em poucos momentos dentro do processo só tem condições de se implementar se for mantida a regra da preclusão (impedindo as partes de ditar a marcha do procedimento e dilatar a sua duração para praticar atividades sobre as quais se omitiram no momento apropriado). Em síntese, a ordem procedimental desenvolvida sob a oralidade se mantém: apenas reduzem-se os intervalos entre um ato e o seu sucessivo.

No que toca à preclusão sobre questões incidentais, é evidente que, quanto mais concentrado o procedimento, menos tempo terão as partes para recorrer em separado de cada decisão incidental, do mesmo modo que haverá menos tempo para que o juiz possa cogitar a revisão de decisões anteriores. Mais uma vez se

⁴⁹ JOSÉ FREDERICO MARQUES, em 1958, já afirmava que: “Infelizmente o foro brasileiro não se acomodou de todo ao sistema oral. O Código é violado, neste particular, com progressivas infrações. A princípio, eram os memoriais escritos apresentados em audiência. Posteriormente, a preguiça ou a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua intervenção efetiva, e tão-só com os advogados das partes. Hoje, quase tudo está postergado, como se o procedimento escrito tivesse sido restaurado” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 130).

⁵⁰ A própria Exposição de Motivos do Código de 1973 procurava demonstrar alguns inconvenientes da oralidade e as dificuldades de aplicá-lo à risca em um país com as dimensões territoriais do Brasil, a fim de justificar as diversas normas nele instituídas que atentavam contra esse princípio: “O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender as peculiaridades da extensão territorial do país” (Capítulo IV, Seção II, item 13).

⁵¹ A começar pelo princípio da ampla recorribilidade das interlocutórias, mas também maiores restrições ao princípio da identidade física do juiz (art. 132), e as exceções aos princípios da concentração e imediatidade (§ 3º do art. 454).

⁵² BARBOSA MOREIRA já havia assinalado essa e outras variadíssimas dificuldades da efetiva implementação de um procedimento por audiências, como o despreparo técnico dos magistrados para conduzir a tentativa de conciliação, a imensidão territorial do país e as dificuldades de locomoção, a precariedade dos prédios onde se realizam as audiências, a má distribuição de advogados pelo Brasil etc. (Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências, *Temas de direito processual – sexta série*, p. 95-106).

⁵³ Para uma análise mais completa a esse respeito, confira-se o nosso *Recorribilidade das interlocutórias...*, cit., p. 178-179.

⁵⁴ A conexão dos temas “processo oral” e preclusão é recorrente na doutrina (e.g., SERGIO LA CHINA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 2; DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 73).

⁵⁵ *Da preclusão...*, cit., p. 94-95.

⁵⁶ No item destinado ao estudo do processo formular, no direito romano (2.2.2), observamos que a concentração do procedimento implicava acentuação da preclusividade, mesmo à falta de uma regra processual específica a respeito. A rigidez preclusiva decorria naturalmente do modo como o processo vinha estruturado. Adiante, tratando da adoção do “Modelo de Stuttgart” pelos tribunais alemães no século XX (item 3.3, *supra*), notamos que a doutrina identificou uma acentuação do caráter preclusivo do processo. Mas isso ocorreu não porque as normas previam preclusões (além daquelas já presentes no ordenamento), mas sim porque a concentração dos atos não dava às partes outra alternativa senão praticar todos os seus atos de uma só vez, pois, uma vez proferida a sentença, a oportunidade de fazê-lo restava invariavelmente superada (nesse sentido, CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, cit., p. 107). Ou seja, com esses dois exemplos, colhidos de momentos históricos absolutamente distintos, extrai-se a evidente conclusão de que a concentração do procedimento leva inexoravelmente ao aumento da rigidez preclusiva.

⁵⁷ Como afirmam DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 62).

mostra irrepreensível a lição de CHIOVENDA, estabelecendo como um dos corolários sobre os quais se assenta o princípio da oralidade justamente a *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*.⁵⁸

Isso, contudo, não significa que diminuirá o número de decisões interlocutórias – como entendeu Ovídio Baptista da Silva⁵⁹ –, pois serão elas tantas quantas forem as questões incidentais a serem resolvidas (seja o processo oral, seja o processo escrito). Apenas serão elas proferidas de uma só vez e, possivelmente, pouco (ou nenhum) tempo haverá para que se indague se elas estão estáveis ou não, pois logo vem proferida a sentença definitiva.

Convém analisar essas assertivas em dois subsistemas em que a aplicação do princípio da oralidade é relativamente ampla (ou, pelo menos, bem mais ampla que no procedimento comum, regrado pelo nosso Código de Processo Civil).

O primeiro deles é o processo perante os Juizados Especiais Cíveis. Conforme já tivemos oportunidade de comentar em outro trabalho,⁶⁰ a instituição de um recurso único contra a sentença final, pelo art. 41 da Lei nº 9.099/1995, implica a conclusão de que as questões incidentais poderão ser ventiladas novamente pela parte interessada nessa oportunidade.⁶¹

No Processo do Trabalho, fenômeno semelhante ocorre. O art. 893, § 1º, da CLT diz que “os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”, deixando claro que a parte, apesar de

⁵⁸ A rigor, a irrecorribilidade em separado das interlocutórias acabaria decorrendo naturalmente do sistema se ele fosse estruturado quase que inteiramente sob a forma oral. Mas como isso não é possível – e isso o próprio Chioyenda reconhecia, haja vista que o que só ocorrer na prática é que os sistemas são mistos, uns mais outros menos orais –, esse corolário deve ser implementado como regra processual, a fim de viabilizar a instituição de um processo predominantemente oral.

⁵⁹ “Se fosse praticamente possível a construção de um sistema processual que se submetesse ao princípio da oralidade absoluta e radical – com seu consectário lógico da concentração numa única audiência do inteiro tratamento da causa –, as decisões interlocutórias acabariam desaparecendo. A frequência com que elas aparecem, num determinado sistema processual, aumenta na mesma proporção em que o sistema se afasta da oralidade e da concentração e tende-se a tornar-se ordinário, com predomínio da escritura sobre a comunicação oral” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Decisões interlocutórias e sentenças liminares, Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 3).

⁶⁰ *Recorribilidade das interlocutórias...*, cit., p. 181.

⁶¹ No texto referido no item anterior transcrevemos lição de Demócrato Reinaldo Filho (*Juizados especiais cíveis*, p. 193), que aqui soa também pertinente: “Essa característica do processo especial, de não admitir recurso contra decisão interlocutória, não quer dizer que fica vedada, de modo absoluto, a repositura de questões junto ao órgão recursal. Uma vez proferida a sentença, o recurso contra ela interposto será eficaz para o reexame de todas as questões que foram objeto de decisões interlocutórias.” No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro (*Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 105), com esteio nas lições de Rogério Lauria Tucci e Cândido Dinamarco,

não poder questionar as decisões interlocutórias, poderá voltar a suscitá-las por ocasião de recorrer da sentença final.⁶²

Essa falta de preclusão dirigida às partes é *aparente*, pois permanece o ônus de impugnar a questão resolvida no recurso contra a sentença final. Ou melhor, a questão incidental *preclui*, mas o prazo recursal é, por assim dizer, mais elástico e coincide com o prazo para recorrer da sentença final, pois não se admite a recorribilidade *em separado* das interlocutórias.⁶³

Em suma, nos dois exemplos *supra*, substituiu-se o regime de ampla recorribilidade *em separado* de interlocutórias vigente no Código de Processo Civil por outro em que a possibilidade de o interessado suscitar a mesma questão permanece aberta apenas no recurso contra a decisão final. Assim, tanto nos Juizados Especiais quanto no Processo do Trabalho, há o ônus do interessado em recorrer da decisão incidental quando e se for recorrer da decisão definitiva.

Mas não se extrai desses últimos dois sistemas a consequência de que o mesmo juiz que prolatou uma decisão interlocutória possa ou não revê-la, *ex officio*, antes da sentença definitiva, ou na própria ocasião em que tiver que prolatar. Com efeito, já vimos que uma coisa é impedir que a parte suscite as questões novamente no curso do processo (seja por meio de imediato recurso em separado, seja reservando questões para, eventualmente, levá-las no recurso contra a sentença, como ocorre em ambos os sistemas já referidos), outra, completamente diversa, é permitir que, a qualquer tempo, o próprio juiz que decidiu a questão incidental se retrate.

Não pretendemos, aqui, encontrar resposta para essa questão, e é provável que os estudiosos que se debruçaram sobre o estudo do procedimento dos Juizados Especiais e do Processo do Trabalho não tenham para ela atinado, justamente porque em ambos os casos o procedimento é fortemente oral e concentrado, de modo que no mais das vezes há pouco (ou nenhum) tempo entre a decisão inter-

⁶² Apesar disso, como também já tivemos ensejo de notar (*Recorribilidade das interlocutórias...*, cit., p. 182), o Tribunal Superior do Trabalho tem vislumbrado uma *preclusão lógica tácita* quando a parte prejudicada pela decisão interlocutória contra ela não protesta (cf., v. g., Valentin Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 748). Conforme já nos manifestamos, além de tal entendimento ser *contra legem* (institui a obrigatoriedade de um ato processual não previsto em lei, ferindo, evidentemente, a cláusula constitucional do devido processo legal), se baseia em uma interpretação *absolutamente equivocada* do que seja *preclusão lógica*. Para que tal fenômeno ocorra, é necessário que haja um ato processual, e outro subsequente que lhe seja logicamente contraditório. Ora, o silêncio da parte quanto à decisão de questão incidental é a *única atitude que a lei permite ser tomada*, não havendo possibilidade de *nenhuma conduta diversa*. Ora, se o silêncio da parte é imposição da CLT, não pode ser considerada uma “omissão voluntária”, a ensejar a “presunção” de que a parte se conformou.

⁶³ Note-se apenas que no primeiro sistema referido esse particular regime de preclusividade de questões deflui de uma interpretação sistemática da lei, ao contrário do segundo, em que está expressa.

locutória e a sentença para que a questão incidental seja renovada pela parte no curso do processo.

Nesses sistemas, não desperta muita preocupação o regime preclusivo atinente às questões incidentais, porque seus efeitos não se fazem sentir de forma tão intensa quanto num procedimento inteiramente escrito e prolongado no tempo.

Em suma, o fato de nosso processo ter uma oralidade mitigada acentua o impacto que seu caráter preclusivo traz à atividade decisória do juiz. Isso ocorre não porque as normas que permitem a prática desconcentrada dos atos processuais por escrito tratem do instituto, mas sim porque tornam o procedimento em primeiro grau de jurisdição mais longo e, dessarte, há tempo suficiente para que se cogite a possibilidade de o juiz rever decisão incidental que proferira em momento antecedente.

É provável que, se o nosso processo civil de cognição adotasse o princípio da oralidade em medida próxima àquela do Processo do Trabalho, ou do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, a importância que possui a preclusão de questões incidentais na dinâmica do procedimento seria fortemente esmaecida.⁶⁴

Sem que se pratiquem mais atos processuais oralmente, dificilmente conseguirá o legislador atingir um nível de concentração comparável ao dos sistemas mencionados. Apenas a instituição do princípio da eventualidade e de uma fase escrita de saneamento (ainda que compreenda a fixação dos pontos controvertidos e o deferimento de provas) não é suficiente para alcançar o objetivo de concentrar o processo de modo a diminuir o impacto e a importância do regime de preclusões em nosso sistema.

Mas, para isso, voltamos a todos os problemas já enfrentados pelo legislador para implantar um sistema oral, isso desde o Código de 1939, até as duas recentes ondas de reformas processuais. Mais uma prova da enorme complexidade do tema objeto do presente trabalho.

⁶⁴ Para isso atentou ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 170) ao afirmar que, “num processo dominado pela oralidade, imediação e concentração, em que as fases tendem a se aproximar ou a se confundir temporalmente, com o conseqüente enfraquecimento da preclusão”. Recentemente, reafirmamos essa opinião ao analisarmos a nova lei do agravo (o agravo e o “Mito de Prometeu” – considerações sobre a Lei nº 11.187/2005, In: WAMBIER, TERESA, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 9, p. 193 ss.

Preclusão como Princípio e sua Interpretação no Sistema

11.1 Pela necessidade de interpretar cientificamente a preclusão

“A lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual” (GALENO LACERDA, *O código e o formalismo processual*, cit., p. 8).

Conforme conclusões já extraídas (itens 7.12 e 8.9), para vários estudiosos, a preclusão se revela como um dos princípios informativos do processo. Se assim é, deve ele conviver com outros dentro do processo, cabendo ao intérprete essa harmonização.

O desafio, então, está em *interpretar* as normas concernentes à preclusão em harmonia com as demais regras e princípios do sistema. E quanto a isso a epígrafe extraída de escrito de GALENO LACERDA é extremamente oportuna, pois a chave do sistema de preclusões está, sem dúvida, na interpretação de suas normas de modo mais ou menos rigoroso.

Tendo em vista todas as normas que estabelecem limites à atividade das partes e do juiz, poderá este último desconsiderar determinada preclusão, em concessão a outros princípios do sistema, sempre que parecer *justo* ou *razoável*?

Essa dúvida é decorrência de um dos problemas fundamentais do direito, isto é, o conflito entre legalidade e justiça,¹ e para que possamos enfrentá-lo na órbita

¹ Cf. LUMIA (*Legalità e giustizia, Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, p. 134 ss), que classifica esse problema não só como fundamental do direito, mas também *existencial*.

do direito processual civil, o ponto de partida é, novamente recorrendo à lição de GALENO LACERDA transcrita em epígrafe, ter em conta as finalidades do processo.

E, conforme a clássica obra de CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, trata-se ele de meio público de solução de conflitos, para restabelecimento da paz social, afirmação do Estado de Direito e aplicação do direito objetivo (escopos social,² político e jurídico).

Essa fase instrumentalista do estudo do processo impõe uma interpretação mais ampla possível do art. 5º, XXXV, da CF (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).³ Segundo essa nova visão, para implementação do “acesso à ordem jurídica justa”, não basta tornar mais acessível à população passar pelos umbrais do Poder Judiciário, tampouco basta estabelecer meios para defesa dos interesses transindividuais, pois o processo deve estar apto para a tutela adequada dos direitos, ou seja, não basta que, pelo processo, a

² E quando se fala do escopo social do processo, devemos lembrar que, na mesma medida em que a sociedade brasileira se modificou nos últimos cinquenta anos (especialmente com uma enorme urbanização e industrialização), o processo passou a atender a uma série de conflitos que em uma sociedade agrária não eclodiam. Nesta última, predominavam as causas que envolviam propriedade (especialmente de terras) e sucessão, em que a necessidade de rapidez do processo não era tão intensa (como bem anota MONTERO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 56), e nelas figurava como parte apenas uma restrita parcela da população (aquela que detinha a propriedade). Uma das únicas exigências de rapidez processual que uma sociedade essencialmente rural impunha, pode-se dizer, repousa na tutela da posse, e tanto o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 371 ss) quanto o de 1973 (arts. 920 ss) contemplam mecanismos de antecipação dos efeitos do provimento final em casos de tutela da posse de “força nova”. Assim, ambos os Códigos nacionais brasileiros foram editados tendo-se em vista essa sociedade agrária: mesmo o diploma de 1973, publicado no auge do “milagre econômico” brasileiro, não se distanciou da estrutura geral do diploma antecedente, como acentuou recentemente DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 42-43). Assim, alguns de seus dispositivos denunciam essa vocação de solução de conflitos de uma sociedade rural e arcaica, como os curiosíssimos (e ainda vigentes) art. 649 (que dispõe sobre a impenhorabilidade das “provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês” e do “anel nupcial e os retratos de família”) e art. 689 (“Sobrevindo a noite, prosseguirá a praça ou o leilão no dia útil imediato, à mesma hora em que teve início, independentemente de novo edital”). O sistema processual de uma sociedade urbana e industrializada deve, em suma, estar preparado para enfrentar litígios mais complexos (do ponto de vista fático e legal) e litígios que se repetem sistematicamente (como anota e exemplifica com riqueza ARRUDA ALVIM, Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, p. 94).

³ Nesse sentido ressalta BEDAQUE que “não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendem valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita” (Garantia da amplitude da produção probatória, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 153). Adiante (p. 159), o autor ainda acrescenta: “A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, e constitui elemento essencial do Estado de Direito.”

parte alcance qualquer solução, mas sim a solução mais efetiva e consentânea com o direito material.⁴

LUIGI PAOLO COMOGGIO, embora se referindo ao ordenamento italiano, sintetiza essa idéia de modo perfeitamente válido também para o nosso sistema processual: “a ‘ação’, em sentido constitucional, como não é mais apenas ‘direito ao processo’ (mas é um ‘direito ao justo processo’), é também um ‘direito à tutela’ (ou, se preferir, ‘direito a uma efetiva tutela’), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os ‘princípios supremos’ do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os ‘direitos invioláveis do homem’, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2º Constituição).”⁵

Em síntese, essa tomada de posição implica uma interpretação dos institutos processuais voltados para o objetivo de tornar o processo efetivo. E essa tem sido a tônica dos atuais estudos de direito processual civil não só Brasil, como também em outros países do mundo, que começam a despertar para o relevante papel do processo no Estado de Direito.⁶

Segundo BARBOSA MOREIRA,⁷ a busca pela efetividade do processo se assenta em alguns pontos: (a) o processo deve dispor de meios de tutela adequados a todos os tipos de direitos (expressos ou implícitos no sistema); (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado o conjunto de seus titulares; (c) que haja meios para que o julgamento do magistrado se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos; (d) que o sistema seja formatado de modo que o resultado do processo seja exatamente aquele que o direito material assegura ao litigante vencedor; e (e) que os resultados mencionados sejam atingidos com um mínimo de dispêndio de tempo e energia.

Vale aqui acrescentar ainda a sintética, mas profunda, observação de SCARPINELLA BUENO: “Por ‘efetividade’ deve ser entendida a necessidade de redução do binômio ‘direito e processo’; trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para realização concreta do direito material.”⁸

⁴ Enfim, traduz essa preocupação a máxima enunciada por CHIOVENDA de que “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (Dell’azione nascente del contratto preliminare, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 110).

⁵ *Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95.

⁶ Talvez uma das mais recentes e eloquentes provas desse esforço pela efetividade do processo seja dada pela Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, promulgada em 2000, e é inaugurada com a seguinte frase: “El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad”, e, para tanto, mostra-se necessária “una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas”.

⁷ Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de direito processual – sexta série*, p. 17-18.

⁸ *Tutela antecipada*, p. 10.

Esse é o programa básico da busca pela efetividade do processo e a sua adoção implica uma nova visão desse instrumento de solução de conflitos.

Entretanto, o processo continua a ser um meio típico de solução de controvérsias, no sentido de que se acha pautado sobre normas que prevêm as formas e os modelos a serem seguidos para que a prestação jurisdicional seja entregue a quem demonstrar estar protegido pelo direito objetivo, bem como no sentido de que se encontra ele estruturado sobre um completo sistema de garantias individuais do cidadão em face do Estado.

Temos de pensar, como já fizemos anteriormente,⁹ que “o magistrado é um servidor público que, no desempenho de suas atividades, representa o Estado (o ‘Estado-juiz’), e que, como tal, “há de observar, a exemplo do que fazem os servidores dos Poderes Executivo e Legislativo, o princípio da legalidade” que, no processo, se traduz na garantia constitucional do *devido processo legal*.¹⁰

Assim, se a lei processual prescreve ao juiz determinada conduta (como inadmitir atos das partes que tenham sido praticados após o advento da preclusão, ou abster-se de reapreciar o que já tiver decidido incidentalmente, exceto nas hipóteses previstas em lei), o desvio dessas prescrições implica *nulidade* de seus atos. As partes também devem seguir à risca os comandos processuais, seja porque o processo – e isso já foi dito – é meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista,¹¹ seja porque *mediatamente* a atuação de um litigante de acordo com o modelo da lei transmite segurança para a relação jurídico-processual e assegura a preservação das garantias constitucionais da parte adversa (devendo, então, o magistrado controlar a regularidade dos atos praticados pelos litigantes).

Em suma, o formalismo, em geral, e a preclusão, em particular, colocam-se à base do *devido processo legal*, pois, nas palavras de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,¹² representam “restrição à atividade do Estado”, servindo à “domesticação do arbítrio estatal” e permitindo que se minimize “o autoritarismo dentro do processo”.

O grande desafio do intérprete e do operador do direito é tornar o processo apto a realizar concreta e adequadamente os seus fins, dentro dos parâmetros do *devido processo legal*,¹³ a fim de evitar que os resultados sejam alcançados sem

⁹ Contribuição ao estudo da teoria das nulidades, cit., p. 17.

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 86) ainda acrescenta: “a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual”.

¹¹ LIEBMAN (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19).

¹² *Do formalismo...*, cit., p. 62 e 83-84.

¹³ BEDAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 166), de modo irrepreensível, assinala que “Não é suficiente afirmar que o art. 5º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional.”

observância das garantias constitucionais das partes no processo.¹⁴ Enfim, trata-se de manter uma certa ordem formal no processo, pois isso se traduz em segurança e previsibilidade para os litigantes, mas esse formalismo não pode pôr em risco os resultados práticos que do processo se espera.¹⁵

O problema é dos mais intrincados, e para enfrentá-lo em sua completude seria necessária obra extensa e profunda, incompatível com as dimensões deste livro e com os objetivos aqui propostos. Entretanto, no que toca à interpretação de um instituto em particular – a preclusão, em suas duas acepções –, acreditamos poderem ser desfiladas algumas idéias.

A premissa inafastável à seqüência da exposição, e que convém desde logo realçar, é a de que o único modo de adequar as exigências contrapostas presentes no binômio delineado é primar pelo *rigor científico* na interpretação dos institutos processuais, de modo que se busque a efetividade do processo por intermédio do trato *técnico* de seus instrumentos.

Para sustentar tal posição, valemo-nos da lição de BARBOSA MOREIRA, que há algum tempo alertou para os três riscos a que um pensamento exclusivamente orientado para a efetividade do processo está sujeito.¹⁶ O primeiro deles está em receber esse valor como absoluto no sistema, em sacrifício total de quaisquer outros. O segundo, relacionado ao primeiro, reside na possibilidade de hipertrofia de determinado mecanismo do sistema em detrimento de outros. E, finalmente, o

¹⁴ Conforme abalizada lição de CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 5), “O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa) constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LX, respectivamente).”

¹⁵ De fato, e como bem ressalta MONIZ DE ARAGÃO (Procedimento: formalismo e burocracia, *Revista Forense*, nº 358, p. 52): “tanto o formalismo quanto a burocracia têm seu lado bom e seu lado mau”. Para entender esse “lado bom”, basta lembrar, como fez MONIZ DE ARAGÃO (Procedimento: formalismo e burocracia, cit., p. 52), da clássica lição de IHERING, segundo a qual a forma seria “inimiga jurada do arbítrio” e “irmã gêmea da liberdade”. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo no processo civil*, p. 108-109) acrescenta que “seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre seus sujeitos”, pois sem ela poderia comprometer “a igualdade das partes” e a “eficiência do processo”. No entanto, de outra parte, “formalismo excessivo ou excesso ritual são males que a todo custo cumpre evitar” (MONIZ DE ARAGÃO, *Procedimento: formalismo e burocracia*, cit., p. 53), já que “ordem pela ordem não tem significado” (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, cit., p. 194). Como anota SERGIO CHIARLONI (*Formalismo e garanzia*, cit., p. 171, em nossa tradução livre), “o formalismo apresenta, assim, um lado negativo, quando as formas são empregadas com escopos exatamente opostos aos seus próprios objetivos, se tornando fonte de injustiça material, ao invés de se manterem, segundo seu conceito, como presídio de garantias fundamentais”; e, adiante, complementa: “Todas as vezes em que se assiste à degeneração formalística da interpretação de uma disciplina, isso quer dizer que entra em jogo um interesse estranho àquele que inspira a correta aplicação das regras jurídicas segundo a sua *ratio*.”

¹⁶ Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 21-27.

terceiro risco (e definido pelo autor como o mais “insidioso” deles) é o abandono das concepções técnico-científicas atingidas pelos estudiosos que se debruçaram sobre o processo civil, seja porque a deficiência técnica na redação e interpretação dos textos normativos acarreta dúvidas para os tribunais (e dispêndio de tempo para dirimi-las), seja porque geram risco de soluções inadequadas (em prejuízo, sempre, da efetividade do processo).

Resulta, então, que “o que de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho da efetividade e a convivência com a boa técnica. Acrescenta ainda o autor que “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que dão origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção”, e ainda que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”.¹⁷

A transcrição dessa importante lição nos parece plenamente suficiente para prosseguir, passando a encarar o específico problema a que nos propusemos com enfoque particular nos valores que lhe estão à volta, sempre tendo em conta a necessidade de rigor técnico no trato dos institutos processuais.

11.2 Celeridade processual e segurança jurídica

É imediata a associação da preclusão tanto com a necessidade de celeridade processual quanto com o princípio da segurança jurídica.

Quanto ao primeiro aspecto, evidentemente não é de hoje que se envidam esforços para que o processo seja um meio célere de solução de conflitos. Ao longo da história, colhem-se inumeráveis exemplos de iniciativas (a maioria delas de ordem legislativa), para acelerar o andamento dos processos. Pode-se até dizer ser este um dos problemas fundamentais da ciência processual.

A primeira ordem de iniciativas para aceleração dos processos está na enunciação da garantia do cidadão a uma rápida entrega da prestação jurisdicional pelo Estado. Aqui, podemos trazer como exemplos a VI Emenda à Constituição norte-americana que instituiu o *Right to a Speedy Trial*;¹⁸ a Constituição italiana, que recentemente passou a afirmar no seu art. 111, 2ª *comma*, que a lei assegurará que o processo tenha uma “duração razoável”; a Convenção Europeia para os Direitos do Homem, que estabeleceu, em seu art. 6º, o direito de todos ao julgamento dos processos em um “tempo razoável”;¹⁹ a Convenção Americana de Di-

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, *ibidem*, p. 23.

¹⁸ Cf. anota BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 3).

¹⁹ Cf. CRUZ E TUCCI (*Tempo e processo*, p. 67).

reitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),²⁰ que elege como direito fundamental ter um litígio resolvido em “prazo razoável”; e, para finalizar essa lista de exemplos, a própria Constituição brasileira, conforme redação que a Emenda nº 45/2004 deu ao seu art. 5º, instituindo como garantia do cidadão o direito de ter seu litígio solucionado por processo com duração razoável.

Outras iniciativas (claramente mais raras) dizem respeito a normas que impõem limites temporais para solução dos litígios e estabelecem penalidades em caso de descumprimento. BALBI dá conta de que o Império prussiano procedeu dessa forma, sujeitando a sanções juízes que não observassem os prazos prescritos.²¹ Além desse exemplo, como vimos, nos Códigos de Processo Civil dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, editados respectivamente em 1922 e 1930, havia normas que estabeleciam a imediata cessação da competência do juiz caso ele excedesse os prazos para prática de seus atos (o que acarretava a remessa dos autos ao seu substituto legal).²²

Há ainda as iniciativas legislativas de ordem técnica, que visam transformar o processo num instrumento mais ágil na composição das lides. Veja-se que tais iniciativas não se verificam apenas após o processo ter se afirmado como ciência processual autônoma. Já vimos anteriormente (item 2.5.7) que nos primórdios do Reino português D. Afonso III passou lei proibindo a apelabilidade das interlocutórias simples, apoiado no fato de que esse expediente provocava excessiva demora nos feitos (referida lei acha-se nas Ordenações Afonsinas, 3.72). Esse é apenas um exemplo de cunho histórico.

Mas é evidente que somente no século XX se sentem as alterações legislativas mais profundas nos sistemas processuais, sempre plasmadas na idéia de celeridade processual. O Código de Processo Civil italiano sofreu reforma sensível em 1990, com o intuito declarado de tornar o processo mais ágil e rápido.²³ A ZPO alemã veio a lume aos finais do século XIX, mas sofreu reformas significativas em várias oportunidades, sempre com o mesmo objetivo principal;²⁴ a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola promulgada em 2000 já alerta em sua Exposição de Motivos a necessidade de um processo civil mais rápido para atender às necessidades da sociedade atual, urbana e com alto grau de litigiosidade.²⁵ Em nosso país, é

²⁰ Em vigor desde 1978 e incorporada ao sistema jurídico brasileiro em 1992.

²¹ *La decadenza...*, cit., p. 3-4.

²² Item 2.7, *supra*. Em nosso sistema atual, essa substituição de magistrados dá-se após procedimento instaurado de acordo com o art. 198 do CPC o qual, de resto, é de escassa aplicação prática.

²³ Confira-se, a propósito e dentre outros, LA CHINA (*Diritto processuale civile*, cit., p. 2 ss).

²⁴ Como afirmam, na doutrina estrangeira, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 7) e, entre nós, CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 107) e BARBOSA MOREIRA (Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, *Temas de direito processual – oitava série*, p. 200).

²⁵ Cf. transcreve MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 56).

quase ocioso dizer, várias das modificações legislativas operadas em 1994-1995, 2001-2002 e 2005-2006 tiveram como metas principais “simplificar e agilizar o procedimento” e “evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional”.²⁶

Em muitos desses casos – dentre os quais se destacam a *Novella* italiana de 1990, a reforma da ZPO alemã de 1976 e a nova Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 2000 –, um dos métodos utilizados pelo legislador para agilizar o andamento do processo de cognição foi justamente a instituição de um regime preclusivo mais rigoroso.

Chega-se então à idéia de que “A noção [de preclusão] vem corroborada pelo valor constitucional da eficiência da disciplina do processo [...] o qual impõe que a lei deve assegurar uma duração razoável do processo.”²⁷

Esses brevíssimos e despretensiosos acenos demonstram a relevância que assume, na sociedade moderna, que os litígios sejam resolvidos de forma rápida. E pouca (ou nenhuma) dúvida há de que a preclusão se revela um instrumento para realização desse escopo de celeridade processual,²⁸ tanto que, recorrentemente, vem sendo utilizado por reformas processuais com esses objetivos.

De outro lado, tem-se a segurança jurídica com outro valor relevante e digno de tutela no sistema. Afinal, outra finalidade precípua do instituto objeto do presente trabalho, em suas duas facetas já analisadas, é permitir que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revistos. Vedando à parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará à fase seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão mais ser exercidos.²⁹ Impedindo o juiz de voltar atrás acerca de algo que tiver incidentalmente decidido, respeita-se a justa expectativa jurídica das partes que daquela decisão emerge³⁰ (vale dizer, a prolação de uma decisão e consequen-

²⁶ Conforme sintetizou CÂNDIDO DINAMARCO (Nasce um novo processo civil, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 7).

²⁷ CAPONI e PROTO PISANI (*Lineamenti...*, cit., p. 181).

²⁸ Confirmam-se, a título meramente exemplificativo, ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil*, p. 233-234); MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão (processo civil)*, cit., p. 155); ANTÔNIO CARLOS MARCATO (*Preclusões: limitações ao contraditório?*, cit., p. 105-106); CRUZ e TUCCI (*Tempo e processo*, p. 29 ss, com apoio em ampla referência bibliográfica) e, finalmente, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 28-30), com referência a CALMON DE PASSOS, ANTUNES VARELLA, MORTARA, REDENTI, BETTI e CALAMANDREI.

²⁹ Ressaltando esse aspecto, VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 30).

³⁰ Assim se pronunciou ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 142): “não faria mesmo sentido que tais resoluções permanecessem instáveis e passíveis de reexame e alteração, conforme o desejo das partes ou do magistrado”.

te transcurso do prazo para recurso de uma das partes geram à parte adversa um direito subjetivo que não pode ser ignorado).

Parece-nos que a necessidade de segurança jurídica não pode ser relegada a um segundo plano, sobretudo no momento atual, em que o processo civil é objeto de constantes reformas que, apesar de alterarem profundamente o sistema vigente como vimos (tornando o Código de Processo Civil caótico e cheio de contradições internas), sujeitam-se a períodos de *vacatio* extremamente curtos. Somando-se a falta de estatísticas para comprovar o resultado das reformas processuais,³¹ e o tempo que os tribunais (sobretudo os superiores) levam para começar a julgar causas que envolvem os novos dispositivos legais resultantes dessas modificações, tem-se um quadro de profunda insegurança quanto à aplicação da lei processual.³²

Não há só insegurança quanto à interpretação e aplicação da lei processual. A generalização das tutelas de urgência, aliada à plethora de recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais, permite que as decisões possam ser sistematicamente revogadas e restabelecidas, quase que indefinidamente, pelos diferentes órgãos hierarquizados do Poder Judiciário.

Se, além disso, ainda entendermos que os magistrados, quando bem quiserem, podem revogar ou modificar as decisões na seara das tutelas de urgência, teremos um quadro de insuportável insegurança jurídica, de maneira que a relação jurídica objeto do litígio só adquirirá algum grau de estabilidade quando vier o trânsito em julgado da decisão final (de regra muitos e muitos anos depois do início do processo).

Aliás, de toda forma, se o juiz não estiver sujeito a nenhuma preclusão para reanalisar aquilo que já tiver decidido, os litigantes jamais terão certeza de que o processo está apto a caminhar, nunca terão qualquer garantia que receberá uma decisão final, pois a todo momento poderão ser surpreendidos com o retorno a todas as questões já superadas.

Assim, a instituição de um regime de preclusões acaba atendendo não só à necessidade de conferir ao processo mais celeridade, como também à de segurança jurídica para os litigantes, durante o seu trâmite. Trata-se, justamente, do

³¹ Conforme vem acentuando, há tempos, BARBOSA MOREIRA, em diversos artigos doutrinários (Reformas processuais, *Temas de direito processual*, 7ª série, p. 2-8; As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma análise objetiva, *Temas de direito processual*, 6ª série, p. 82-93; Reformas processuais e poderes do juiz, *Revista Jurídica*, nº 306, p. 17, dentre outros).

³² Em recente e contundente artigo, CLITO FORNACIARI JR. acentua justamente esse aspecto: “[o] processo precisa de estabilidade, devendo funcionar como uma praxe conhecida de todos”. E, adiante, acrescenta que reformar o Código “somente faz tumultuar o andamento do processo, exigindo mais atenção que o direito material” (Nova execução: aonde vamos?, *Tribuna do direito*, p. 32, out. 2004).

binômio sobre o qual se funda a *eficiência* do processo, conforme entendem CAPONI e PROTO PISANI.³³

11.3 Segurança e celeridade *versus* justiça – como aplicar as normas acerca da preclusão em face do princípio da efetividade do processo?

“Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione *in adiecto*: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 154).

O trecho da obra de CARNELUTTI transcrito em epígrafe retrata, em tons fortes, um paradoxo com que os modernos anseios pela efetividade do processo devem lidar: a busca de solução *justa* e *rápida* para os litígios submetidos ao poder jurisdicional. A ela podemos acrescentar a observação de ALVARO DE OLIVEIRA de que “o processo, cuja finalidade essencial é a realização do direito, traz em si ao mesmo tempo o aniquilamento do próprio direito”.³⁴ Enfim, tem-se aí escancarada uma indistigável contradição interna do programa pela *efetividade do processo*.

Com efeito, é lógico que quanto maiores forem as oportunidades para que as partes debatam o *thoema decidendum*, quanto mais larga for a instrução probatória e quanto maiores as possibilidades de o juiz reconhecer seus enganos e voltar atrás, maior é a *probabilidade* de uma decisão final *justa*. Realmente, e como lembra FABIO MARELLI, “a rejeição de alegações das partes, em si fundadas, mas intempestivamente formuladas, além de limitar as possibilidades de defesa das partes, pode comportar uma menor aderência entre o resultado do processo e a real situação substancial deduzida em juízo”.³⁵

De outro lado, a limitação da atividade das partes pela preclusão serve – não há dúvida – para orientar o processo da maneira mais *rápida* possível a um fim, e com muito maior segurança, já que se tem a garantia de não se retornar ao que já passou, como vimos anteriormente.

Reportando-se ao processo penal italiano, GUARNIERI³⁶ faz a propósito observações que certamente servem para qualquer ordenamento processual civil ou penal, de qualquer local do mundo: “Na busca pela melhor solução, o legislador deve levar em conta duas exigências contrastantes. De um lado, há o interesse no

³³ *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 182.

³⁴ *Do formalismo...*, cit., p. 183.

³⁵ *La trattazione della causa*, cit., p. 22, em nossa tradução livre.

³⁶ *Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 571.

atingimento da verdade, o qual recomenda seja permitido a todo tempo qualquer requerimento, dedução ou exceção, de modo que ao juiz sejam fornecidos elementos para busca pela verdade; de outro lado, há o interesse pela rapidez, pela boa-fé e pela economia processual, o qual traz necessariamente consigo a prescrição de ordem e coordenação entre os atos processuais. Neste contraste, se revela a natureza dialética do processo [...]. O fato é que o Estado precisa de justiça, mas é também inderrogável a necessidade de que o processo penal se desenvolva rapidamente, e o mais ordenadamente possível, com a adoção, em maior ou menor medida, do princípio preclusivo.”³⁷

Assim, tomando-se em análise somente a preclusão dirigida à atividade das partes, já se demonstra que a busca de *rapidez* e a *segurança* são incompatíveis com a incessante procura de *justiça* das decisões.³⁸

Esse mesmo dilema se põe diante da preclusão dirigida às questões incidentais e assume contornos muito similares aos da discussão que se trava há séculos com respeito à coisa julgada.

A esse propósito, SAVIGNY – em seu monumental *Sistema del diritto romano*, obra que se revela importante marco na evolução do pensamento jurídico moderno, sobretudo no que concerne à coisa julgada – já alertava que o tema suscitava dois perigos: de um lado, a eternização de uma injustiça, e de outro, a perpetuação da incerteza.

CELSONE NEVES, na tese com a qual concorreu à cadeira de professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,³⁹ chega à seguinte conclusão: “Qual dos danos seja o maior, é questão de política jurídica, que só pode ser resolvida mediante ponderação experimental das circunstâncias e necessidades efetivas que, desde tempos remotos e nas legislações de povos vários, tem levado a reconhecer-se como perigo maior a incerteza dos direitos e à adoção de medidas necessárias para afastá-lo, através de um instituto designado como força legal da sentença, que outra coisa não é senão a ficção da verdade, mercê da qual a sentença passada em julgado é garantida contra qualquer tentativa futura de impugnação ou de invalidação.”

Não há realmente sombra de dúvida de que o tema da preclusão sobre questões incidentais reflete esse dilema, ainda que em menor escala. Assim como se

³⁷ No mesmo sentido, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA pontua que a preclusão “representa sempre uma arma que o processo usa em defesa da segurança das relações processuais, em detrimento da justiça material, que é a outra polaridade de tensão a que está submetido o fenômeno jurídico” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 207).

³⁸ BARBOSA MOREIRA (*Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 22) assume posição clara diante do dilema, pregando uma solução que equilibre esses valores dentro do sistema: “nem o valor *celeridade* deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor *verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”.

³⁹ *Cosa julgada civil*, p. 108.

deve reconhecer importância à situação jurídica emergente da sentença passada em julgado e outorgar-lhe proteção legal contra ataques, por razões similares a solução de uma questão incidental merece adquirir estabilidade e ficar imune a posteriores modificações.

Do mesmo modo, assim como sentenças judiciais passadas em julgado podem se mostrar injustas, ou até *contra legem*, também a situação jurídica que decorre da perda de um poder processual pela parte ou da preclusão de uma questão incidental pode se apresentar em desacordo com os mais elevados preceitos de ética e justiça cultuados pela sociedade.

Reportando-se especificamente à preclusividade das questões incidentais, DINAMARCO⁴⁰ defende que esse regime preclusivo deva ser atenuado pelo juiz sempre que parecer conveniente para que o magistrado faça ao litígio a melhor justiça, inclusive fora das situações normalmente apontados pela doutrina, como as questões relacionadas no art. 267, § 3º, do CPC. Não se poderia esperar postura diversa do autor: se ele já se levantou fervorosamente em favor da flexibilização da coisa julgada material (por meio de ensaio intensamente comentado),⁴¹ com muito maior facilidade poderia defender a atenuação do rigor da preclusão sobre as questões resolvidas no curso do processo.

CALMON DE PASSOS⁴² se coloca radicalmente contra essa interpretação ampliada, defendendo com “unhas e dentes” o regime preclusivo: “A construir-se diversamente estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omissor com a possibilidade de ter revista, sem 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 sói ocorrer, parece-nos que a virtude está no meio, como, aliás, já assestou há quase meio século ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA: “Oportuna e judiciosa observação feita por Stefano Riccio de que tanto no processo penal quanto no civil, se encontram em jogo duas exigências contrastantes, de um lado a de descobrir a verdade, para o que se faz necessário permitir alegações ou deduções em vários momentos, porque isso propiciará oportunidade de novos elementos de convicção; de outro lado, a exigência pela rapidez, pela boa-fé, e pela economia processual. Deftui, pois, o valor e a oportunidade do velho princípio *in melio virtus*.”⁴³

⁴⁰ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 457-458.

⁴¹ Relativizar a coisa julgada, *Nova era do processo civil*, p. 220-268.

⁴² *Comentários...*, cit., v. 3, p. 529.

⁴³ *Da preclusão processual civil*, p. 60.

Encontrar esse meio-termo é tarefa difícilíssima, sobretudo porque o problema envolve, além dos valores mencionados (celeridade, segurança e justiça), outros que são igualmente importantes e carecedores de tutela dentro do sistema.

É assente a idéia de que a preclusão atende ao princípio da isonomia⁴⁴ e, por via de consequência, da imparcialidade do juiz, de tal sorte que as partes teriam as exatas mesmas oportunidades de praticar seus direitos na órbita processual. Então, os direitos cabentes às partes na órbita do processo devem estar sujeitos às mesmas limitações, sob pena de ferir a paridade de armas entre elas e a posição de equidistância que o juiz deve delas guardar. A preclusão incidente sobre direitos processuais é justamente o instrumento que assegura essa igualdade e, conseqüentemente, atende à necessidade de imparcialidade do juiz.

Entretanto, quando o ordenamento permite ao juiz rever determinadas questões incidentais anteriormente já decididas – mesmo de ofício e a despeito da omissão da parte sucumbente em face da decisão em dela recorrer –, isso não representa afronta à isonomia processual das partes, tampouco à imparcialidade do magistrado. Nesses casos, a revisão da questão incidental interessa à ordem jurídica e as matérias que permitem essa revisão são de cunho processual, autorizando, portanto, que o regime preclusivo a elas concernente seja menos rigoroso e menos dependente da iniciativa da parte, em face da natureza pública que as normas processuais ostentam. Ao rever uma decisão incidental sobre matéria processual, *ex officio*, o juiz não o faz para beneficiar a parte que deveria ter agravado e se omitiu, mas para estabelecer a regularidade da aplicação da lei processual.⁴⁵

Além disso, não raro se levantam autorizadas vozes a defender que o princípio da preclusão se impõe por proteção à *boa-fé*.⁴⁶ Isso se aplica, entendemos, somente à primeira acepção da preclusão, no sentido de que a parte teria uma oportunidade reservada para exercer seus direitos processuais, sob pena de pre-

⁴⁴ “O fundamento último da preclusão se assenta no da isonomia constitucional (de que deflui o contraditório) e no da lealdade processual, facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inegavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos (cuja duração já é longa mesmo em países cujo ordenamento processual adota a preclusão e seus corolários)” (ALBERTO MONIZ DE ARAGÃO, *Preclusão...*, cit., p. 150). No mesmo sentido já lecionava ANTÔNIO ALVES BARBOSA (*Da preclusão...*, cit., p. 96) e já assestou a Corte de Cassação italiana: “O princípio da preclusão objetiva essencialmente manter a igualdade das partes no processo” (Secção I, 4.3.1949, apud STEFANO RICCIO, *La preclusione processuale penale*, p. 12, nota 26).

⁴⁵ O raciocínio, aqui, é semelhante para a questão dos poderes instrutórios do juiz. Ao determinar de ofício a produção de uma prova, o juiz não o faz para beneficiar a parte, mas sim para buscar a verdade dos fatos litigiosos, e isso interessa à ordem jurídica.

⁴⁶ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 29), citando em seu apoio ANTUNES VARELA, GIUSEPPE GUARNIERI, MORTARA, REDENTI e CALAMANDREI. Analogamente, MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 292) afirma o princípio de preclusão como “corolário dever de lealdade”.

clusão, de modo a evitar que, em momento posterior, o faça para procrastinar o andamento do processo. E acrescenta-se que a boa-fé é justamente o pilar sobre o qual se constrói a noção de preclusão lógica.

De fato, um dos fundamentos do princípio da eventualidade, como vimos, é justamente evitar que as partes reservem seus melhores argumentos para momento posterior do processo, impondo sejam elas francas ao deduzirem seus meios de ataque e defesa, sob pena de não poderem fazê-lo em momento posterior.

Ao instituir norma que limita os direitos processuais num regime preclusivo, o sistema traz implícito o princípio da boa-fé, e torna desnecessário que se perquirira se o exercício de um direito da parte já fulminado pela preclusão é imbuído de má ou boa-fé: simplesmente inadmite-se aquele ato processual.

Assim, reafirmamos aqui a premissa anteriormente apontada, isto é, de que o único meio de extrair parâmetros para aplicação das regras concernentes à preclusão desse rebuscado panorama de valores relevantes e conflitantes entre si (de modo a atender às exigências de efetividade do processo) é interpretá-las *cientificamente* e com *rigor técnico*.

Do contrário, a vagueza de idéias, como a de *garantia à efetividade do processo*, pode levar a arbítrios e casuísmos indesejáveis, com o risco de comprometer tanto a igualdade de todos perante a lei (pela adoção de soluções disformes em um e outro caso que se apresentam iguais) quanto as bases científicas sobre as quais se assenta o processo civil.⁴⁷

Isso tudo, em suma, pode conspirar, justamente, contra a própria busca pela efetividade do processo, conforme advertiu BARBOSA MOREIRA no item 11.1, *in fine*, *supra*.

11.4 Algumas considerações sobre a interpretação da preclusão dirigida à atividade processual das partes

Aqui podemos sintetizar, então, algumas conclusões sobre a interpretação das normas sobre preclusão de ônus processuais que, ao longo da exposição, foram apresentadas. Cogitamos apenas algumas soluções interpretativas, seja porque seria absolutamente inimaginável eleger uma única “fórmula mágica” para compor os valores e exigências contraditórias a que o processo está destinado a atender, seja ainda porque inúmeras outras soluções poderiam ser alvitadas, além dessas aqui por nós preconizadas.

⁴⁷ Vale acrescentar a advertência feita por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 84) de que “normas de conteúdo aberto outorgam ao detentor do poder e à camada política dirigente a possibilidade de concretização arbitrária, embora a aparência de legalidade e até de legitimidade de que desfrutam em razão de sua origem jurídica”.

Um dos mais importantes critérios que orientam a harmonização das exigências conflitantes delineadas anteriormente repousa justamente no respeito ao princípio do contraditório. Assim conclui o monografista italiano FABIO MARELLI,⁴⁸ no sentido de que o respeito ao princípio do contraditório – em sua acepção mais ampla atualmente aceita,⁴⁹ isto é, não só baseado na bilateralidade de audiência, mas também no diálogo entre o juiz e as partes – é, justamente, o elemento que estabelece o equilíbrio entre a exigência de rapidez e certeza, de um lado, e de busca pela justiça, do outro.⁵⁰

Para essa análise, temos que partir da idéia de que o princípio do contraditório se assenta em bases constitucionais, ao passo que o da preclusão decorre da estruturação e da técnica empregada pelo legislador ordinário.⁵¹ Desse modo, e sob a ótica estrita da hierarquia de leis e princípios no ordenamento, sempre deve prevalecer o respeito ao contraditório, antes que se cogite da preclusão.

Foi baseado nesse cotejo de princípios que emergiu, no item 7.10.2, *supra*, a idéia de que não se aplicaria a preclusão ao poder da parte em requerer a produção de determinada prova se sua necessidade surgisse à vista de fatos supervenientes, ou do resultado de outras provas colhidas.

De outra parte, assim balizada a harmonização de princípios, conclui-se também que o ônus de interpor o recurso só se iniciaria efetivamente depois de implementado o contraditório.

De fato, o instituto da preclusão, ao limitar os poderes das partes em suscitar questões e provocar incidentes processuais, só pode operar se o contraditório foi efetivamente exercido. Se às partes foram dadas oportunidades iguais de se manifestarem acerca de determinada questão, e essa oportunidade não foi aproveitada devidamente, o contraditório foi mantido e a preclusão é legítima.⁵² Do contrário, se não se implementou regularmente o contraditório, não se pode falar de preclusão.

⁴⁸ *La trattazione della causa...*, cit., p. 23.

⁴⁹ Cf., dentre outros, DENTI (*Dall'azione al giudicato*, cit., p. 46) e GRASSO (*La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 586 ss).

⁵⁰ Em sentido similar, ainda que mais amplo, COMOGUO afirma que “la effettività tecnica della possibilità di ‘agire in giudizio’ rappresenta il vero bano di prova delle condizioni di concretezza della garanzia (à efetividade da tutela jurisdicional)” (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 90).

⁵¹ Ainda que a imposição da preclusão atenda à necessidade de um processo célere e ordenado, de modo a contribuir para que termine sem dilações indevidas e num prazo razoável, em respeito à garantia constitucional do devido processo legal (CRUZ E TUCCI, *Garantia do processo sem dilações indevidas, Garantias constitucionais do processo civil*, p. 260).

⁵² Ressaltando a compatibilidade entre preclusão e contraditório, na Itália TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 160 ss) e, entre nós, MARCATO (*Preclusões: limitações ao contraditório?*, cit., p. 112 ss).

Dessa assertiva se extrai a conclusão de que, intimado de uma decisão tomada *inaudita altera parte*, o interessado só estaria sujeito ao ônus de agravar depois que houvesse se levantado contra a medida e pedido a revogação da decisão anterior. Ou seja, depois que houvesse o *contraditório diferido*.⁵³ Aliás, esse conceito – como muito bem anotou WILLIAN DOS SANTOS FERREIRA⁵⁴ – é o único argumento a embasar a constitucionalidade das liminares *inaudita altera parte*.

Isso não significa, contudo, que o réu não possa, se quiser, agravar diretamente da liminar, pois avulta inequívoco o seu interesse recursal.⁵⁵ Significa apenas que, depois de contestar a ação e pedir a revogação da medida, poderá recorrer da decisão que a mantiver, sem risco de incorrer na máxima assente nos tribunais, de que “o pedido de reconsideração não suspende o prazo para agravo”.⁵⁶

Enfim, a ora alvitada composição entre preclusão e contraditório, bem aplicada, exclui variadíssimos casos em que o primeiro instituto é utilizado de forma injusta e, por que não dizer, inconstitucional.

Além dos exemplos *supra*, podemos lembrar a contradita à testemunha (que pode ser feita depois de iniciado o seu depoimento, quando justamente nele se revelarem causas de impedimento do depoente); podemos defender, também, que, se a parte contra-arrazoar apelação, demonstrando ser ela inadmissível e requerendo seja negada sua subida, *ex vi* art. 518, 2º, do CPC, e o juiz rejeitar a alegação, o apelado pode agravar dessa segunda decisão, sem que haja a aplicação da máxima jurisprudencial brasileira de que “pedido de reconsideração não interrompe prazo para agravo”. E assim por diante, em todo caso em que se afigurar que o contraditório não foi integralmente exercido, não poderá se aplicar a preclusão.

Outra solução interpretativa, que visa dar elementos para harmonização dos valores contrastantes já identificados, vem centrada na emblemática lição de João

⁵³ Contrariamente, CLITO FERNANDES JR. (Intimação de liminar e prazo para recorrer, *Tribuna do Direito*, nº 106, p. 421).

⁵⁴ Reportando-se, de modo particular, às decisões sobre fixação de aluguel provisório em ação revisional de aluguéis, mas com valia para todo e qualquer caso (Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel, *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*, p. 1007).

⁵⁵ Diferentemente, e para nossa enorme surpresa, vem entendendo a 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP como nos autos do Agravo nº 341.996-4/1-01 (rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, *DOE* 20.05.2004, com acórdão que cita idênticos precedentes do colegiado e foi assim ementado: “Produção antecipada de prova – Agravo de instrumento manifestado contra despacho que ordenou a citação das requeridas para acompanhar a diligência e designou desde logo perito – Inadmissibilidade do recurso – Ação cautelar de antecipação da prova enseja contestação do promovido, ainda que restrita à arguição de ausência dos requisitos legais da medida – Despacho liminar que, destarte, não causa gravame à parte, que deve impugnar o cabimento da instrução preventiva em regular contestação – Negativa de seguimento do AI corretamente pronunciada pelo relator – Agravo interno não provido.”

⁵⁶ A respeito desse tema, confira-se o item 8.6, *supra*.

BATISTA LOPES,⁵⁷ para quem “o instituto da preclusão visa a assegurar a celeridade e o dinamismo processual e, por isso, sua aplicação só se justifica para atender a esses objetivos”.⁵⁸

De fato, é mais do que evidente a vocação do instituto para a regulação e celeridade da marcha processual, de tal maneira que não se pode negar a importância desse primado para interpretação das normas processuais que tratam do instituto.

Isso explica, por exemplo, por que não se pode impedir a parte de emendar o ato processual (regular ou irregular) já praticado se o prazo a ele destinado ainda não se encerrou. As regras que dão a conformação da dinâmica do processo prevêem o compasso de espera equivalente ao prazo, e se a parte se antecipa a ele, e depois emenda seu ato, não houve contramarcha: *a marcha processual estava pré-programada para aguardar o advento do termo final*. Essa constatação nos convenceu da inexistência do conceito de preclusão consumativa.

Outras conclusões, menos gerais que essas, também resultam de toda a exposição.

É comum verificar na jurisprudência um excesso absoluto de rigor com respeito à preclusividade do ônus de contestar ou recorrer⁵⁹ e uma certa flexibilidade com atos menos importantes do processo.⁶⁰

Em teoria – e consoante os fundamentos lógicos e jurídicos do instituto da preclusão – não há razão alguma para entender que, quanto aos atos mais importantes do processo, a aplicação da preclusão deveria ser mais rigorosa, e quanto aos demais, mais elástica. Ao contrário, esse entendimento subverte a lógica natural das coisas, pois é justamente em face da preclusão dos atos mais importantes das partes – contestação e recursos – que advêm as mais sérias conseqüências ju-

⁵⁷ Breves considerações..., cit., p. 52.

⁵⁸ A idéia de JOÃO BATISTA LOPES é a mesma que inspira o § 296 da ZPO alemã, com redação que lhe deu a reforma operada em 1977. De fato, conforme vimos anteriormente (item 3.3, *supra*), esse dispositivo permite que o juiz aceite uma alegação tardia de uma parte se isso não for causar prejuízo ao andamento do processo. Norma desse jaez seria extremamente bem-vinda em nosso ordenamento e se amoldaria perfeitamente ao escopo prático do instituto da preclusão dirigida à atividade processual das partes.

⁵⁹ Exemplo desse rigor no que toca ao recurso de apelação se acha nas inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas no item 7.3.1, *supra*.

⁶⁰ Ao longo da exposição, houve variados exemplos disso. Aqui e agora, destacamos dois. Em acórdão proferido em 04.06.2003, o 1º TAC/SP proveu agravo tirado de decisão que indeferiu devolução de prazo para manifestação do autor acerca da contestação da seguradora litisdenunciada pela ré, asseverando o voto condutor do julgamento que “sequer tem grande relevância o ato processual *in casu*, não se justificando tamanho rigor por parte do MM. Juiz” (AI 1163970-0, 4ª T., rel. Juiz Oséas Davi Vianna). Também citamos, no item 7.10.2, *supra*, julgado que mencionava que o prazo para a parte nomear assistente técnico não seria preclusivo.

rídicas para as partes (respectivamente, a revelia e o trânsito em julgado de uma sentença desfavorável ao litigante).

O normal seria que, quanto aos atos de maior relevância na órbita do processo, as normas atinentes à preclusão fossem interpretadas de forma menos rigorosa, justamente porque as conseqüências que vêm associadas a ela são da maior gravidade para os direitos do litigante.

Veja-se que não se pretende aqui defender que as preclusões sejam pura e simplesmente abolidas ou mesmo atenuadas sem um critério claro, ou que se ignore por completo o transcurso de um prazo para contestar ou apelar, por exemplo, só porque pareça justa a pretensão do litigante que praticou o ato a destempo. Há certos limites à atividade do juiz, os quais são impostos pelo princípio da igualdade entre os litigantes – conforme já tivemos oportunidade de ressaltar na parte final do item 11.3, *supra* – e pelo princípio *dispositivo* – na acepção por nós preconizada conforme o item 9.2, *supra* – que são inafastáveis vigas de estruturação da relação jurídica processual. Defendemos, sim, que, nos casos em que haja dúvida objetiva acerca de ter ou não ocorrido a preclusão do direito da parte em contestar, agravar ou apelar de uma decisão, se interprete favoravelmente à admissibilidade do ato.

Quanto aos demais atos, cuja repercussão no processo é menor, ao contrário, não se justifica que o processo fique esperando sua prática, e que se interprete com pouco rigor as normas atinentes à preclusão. Aqui, o rigor deveria ser, justificadamente, maior.

Têm-se, então, enunciadas algumas diretrizes de interpretação da preclusão dirigidas aos direitos das partes, extraídas das conclusões atingidas ao longo deste trabalho.

11.5 Algumas considerações sobre interpretação da preclusão de questões e seu aspecto teleológico

GALENO LACERDA, ao estudar o *despacho saneador*, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, analisa o fenômeno das nulidades processuais de acordo com o conteúdo da questão resolvida, em lição⁶¹ que influenciou de maneira decisiva a doutrina pátria.

⁶¹ Assentando que quando a norma violada pelo ato processual for de ordem pública e de natureza cogente, a nulidade seria insanável e o juiz poderia pronunciá-la de ofício, a qualquer momento do processo (seria a categoria das *nulidades absolutas*), ao passo que, quando a norma tutelasse preponderantemente interesse da parte e fosse cogente, poderia admitir fosse ela sanada, e o juiz poderia dela conhecer de ofício, determinado-se fosse corrigida (a nulidade seria *relativa*) e, finalmente, se o modelo legal não guardado pelo ato processual fosse instituído por norma de interesse precipuo da parte, e seu comando fosse dispositivo, o ato seria apenas *anulável*, e o magistrado só poderia

Na mesma obra, o mestre defende raciocínio similar para a *preclusão* que recai sobre questões incidentais. Convém transcrever o trecho em comento: “Se o excesso de preclusões é condenável, porque desumaniza o processo, porque o transforma em máquina de expedir despachos, não é possível, entretanto, banilhas totalmente do direito processual. [...] Solução certa, portanto, será a que subordinar a preclusão à natureza da questão versada. Desta forma, dosar-se-ão as necessidades de economia e certeza com os preceitos de justiça, dentro de um esquema imposto pelas exigências da realidade.”⁶²

Naquele estudo, o professor gaúcho chegou à conclusão de que tanto a decisão que atestasse estar o processo isento de *nulidades absolutas* ou *relativas* como a que reconhecesse a regularidade das *condições da ação* e *pressupostos processuais* não estaria sujeita à preclusão, mesmo à falta de impugnação recursal por parte do interessado.

Essa lição, embora tenha sido professada antes de 1973, influenciou sobremaneira a interpretação dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vigente, e, não bastasse isso, conserva sua atualidade para orientar o raciocínio para outras matérias, que não aquelas alvitradas por GALENO LACERDA ou tampouco arroladas nos referidos dispositivos do atual Código de Processo Civil.

De fato, não nos parece haver dúvida alguma de que, tal como lecionou GALENO LACERDA, a *natureza da questão resolvida* explica a ausência de preclusão.

Aqui se demonstra claramente que o sistema compara, de um lado, a necessidade de segurança jurídica e de celeridade que a estabilização da questão incidental provocada pela preclusão assegura, e, de outro, a necessidade de que aquelas determinadas matérias sejam resolvidas de forma correta, ainda que se desconsiderando a preclusão. Em determinados casos, privilegia-se o segundo valor referido, em detrimento do primeiro.

Realmente, não há como negar que essa ótica se orienta pela premissa de tornar o processo mais efetivo do ponto de vista material. Supre-se a omissão das partes e permite-se que as normas do processo sejam aplicadas de modo correto, o que contribui decisivamente para que esse instrumento atinja seus escopos práticos, especialmente se essa ausência de preclusão deixa o juiz livre para buscar elementos probatórios para formar seu convencimento e, dessarte, dar ao litígio uma decisão mais abalizada e mais apta a pacificá-lo com justiça e com observância do direito objetivo.

Poder-se-ia objetar que, ao se permitir que o juiz volte a analisar questão já superada, se comprometeria o ágil andamento do processo e se operaria quebra da expectativa das partes emergente da decisão anteriormente lançada.

reconhecê-la a pedido do interessado. À falta dessa provocação no tempo oportuno, operar-se-ia a preclusão, e o vício não mais poderia ser reconhecido.

⁶² *Despacho saneador*, p. 156-157.

No entanto, partindo-se do pressuposto, já apontado,⁶³ de que à ordem jurídica interessa (independentemente de qualquer provocação da parte) sejam referidas questões resolvidas corretamente, certamente que esses valores podem ser sacrificados em prol da regular aplicação das normas processuais. Nesses casos versados, não se cogita que o juiz possa ter *exaurido* seus poderes(-deveres) ao decidir pela primeira vez a questão, pois esse exaurimento só poderia se operar no momento em que a questão recebesse a correta decisão. Enquanto isso não ocorre, o juiz (como ser humano, falível por natureza, que é) pode voltar atrás no que tiver decidido. E somente depois de ter dado à questão (de ordem processual) uma decisão conforme o direito objetivo é que se considerará cumprido seu ofício jurisdicional (ou quando sobrevier decisão definitiva, coberta pela coisa julgada, de modo a sepultar, nos limites impostos pela lei, todas as questões deduzidas e dedutíveis, operando-se a sanatória geral de nulidades).

O fio que conduz essa interpretação não é outro senão o do reconhecimento dos fins do processo e do interesse público de que se revestem suas normas. Voltamos, então, à lição de GALENO LACERDA transcrita na epígrafe do item 11.1, *supra*. Nesses casos, atenua-se a preclusão e permite-se que as questões possam ser livremente revistas.

Mas evidentemente que essas questões, apesar de muitíssimo numerosas, não deixam de ser exceção à regra geral que identificamos no sistema, conforme o item 8.5.7, *supra*. Cai na regra geral, por exemplo, a decisão na seara das tutelas de urgência. Conforme argumentos lançados no item 8.8, *supra*, decisões desse jaez (diferentemente daquelas que recaem sobre matéria processual exclusivamente) interferem diretamente na esfera jurídica dos litigantes (atribuindo o bem da vida perseguido a um deles, ainda que provisória e precariamente) e que, pelos mesmos fundamentos políticos, jurídicos e sociais pelos quais se justifica a coisa julgada, impõe-se, quanto a elas, preclusão para o juiz (evidentemente que ressalvadas as exceções por nós levantadas).

Quando se trata, porém, de decidir a respeito da aplicação de normas de cunho processual, semelhante impedimento não se justifica, seja em razão da natureza das normas (de caráter público, como já se disse), seja porque a aplicação desses dispositivos não interfere *diretamente* na esfera dos interesses em jogo, pois não afeta de maneira *imediata* o bem da vida objeto do litígio. Sacrifica-se, então, a celeridade e segurança jurídica em favor de um bem considerado maior.

Mostra-se, pois, que a lição de GALENO LACERDA acerca do aspecto teleológico das nulidades processuais não só conserva plenamente sua importância, como também se mostra robustecida na medida em que se verifica a sua plena aplicabilidade à análise da preclusão que recai sobre questões incidentais.

⁶³ Item 8.5.6, *supra*.

11.6 Aumento dos poderes do juiz e preclusão

Durante toda a exposição, emergiram indisfarçáveis evidências de que as posições jurídicas das partes e do juiz no processo são, entre si, muito diferentes, e, conseqüentemente, diversa é a natureza do fenômeno que lhes impõe limitações aos respectivos exercícios.

E essas diferenças acentuam-se cada vez mais, na medida em que o sistema demonstra a tendência de reforço dos poderes do juiz, tanto por obra das recentes ondas de reformas processuais operadas tanto porque a jurisprudência tem reinterpretado alguns dispositivos do Código de Processo Civil vigente com o fim de libertar o magistrado de alguns limites formais estéreis a que antes estava adstrito.

Para confirmar tal assertiva, façamos breve digressão sobre esse movimento de incremento dos poderes judiciais.

Partimos da idéia, hoje acolhida pela maioria da doutrina, de que o processo é meio público de solução de controvérsias e se inspira em elevados escopos sociais, políticos e jurídicos, e, assim, põe o juiz como seu protagonista. Supera-se então definitivamente a ligação entre os princípios que regem a relação de direito material objeto do litígio e a relação de direito processual que se forma para dirimi-la (com a consciência de que, apesar de a primeira poder ser privada, a segunda é inexoravelmente pública), e passa-se o foco de atenções do estudo do processo da ação para a *jurisdição*.⁶⁴

Para que essas concepções hoje se tornassem reinantes, foi necessário superar completamente a herança liberal que, desde a gênese do Estado de Direito, no final do século XVIII, influenciou a concepção dos Estados modernos.

O legalismo, de uma forma geral, dominava o Estado liberal (certamente como reação ao autoritarismo anteriormente vigente)⁶⁵ e as leis eram então enunciadas de modo a conter um comando geral, o qual, para ser aplicado ao caso concreto, passaria por uma simples e lógica operação de subsunção, sem margem alguma para qualquer atividade criativa.⁶⁶ Reflexo, sem dúvida, do racionalismo que mar-

⁶⁴ Para uma sucinta, mas profunda, síntese dessas premissas publicistas, confira-se o recente ensaio de CÂNDIDO DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., esp. p. 46-51).

⁶⁵ Cf., dentre outros, MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 71).

⁶⁶ Sucinto, mas arguto, pensamento de GIUSEPPE LUMIA (*Il giudice e la legge, Controllo sociale, giurisprudizione e libertà*, p. 113) sintetiza esse dado histórico e acentua a força dessa tese (que até hoje, se sabe, ecoa entre os estudiosos do direito): "È noto come una plurisecolare tradizione che va da Aristotele a Kant e a Beccaria aveva concepito l'attività giurisdizionale come una operazione essenzialmente logica, e aveva visto nella sentenza del giudice null'altro che la conclusione di un sillogismo pratico, di cui la legge costituisce la premessa maggiore, la fattispecie la premessa minore."

ca a ideologia liberal e dos ideais individualistas e garantistas do particular em face do Estado.⁶⁷

No processo, esse caldo ideológico implica uma postura passiva do juiz, pois se reservava a ele apenas a operação lógica consistente na aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Enquanto isso, as partes conduziam a causa como bem queriam, sobretudo porque o processo era visto apenas como uma extensão da relação de direito material litigiosa.

O paradigma para essa análise é, justamente, o Código de Processo Civil napoleônico, impregnado dos ideais triunfantes na Revolução Francesa, que influenciou decisivamente os ordenamentos processuais da Europa central no século XIX, e que se propagou ainda até meados do século XX.⁶⁸

Nesse diploma, como já tivemos oportunidade de assinalar, o regime de preclusões era bastante elástico, de modo que o exercício das prerrogativas processuais pelas partes encontrava poucos limites. A esse regime de liberdade das partes vinha agregada a debilidade dos poderes do juiz, pois seu papel era claramente passivo diante de um processo que, a rigor, era “coisa privada” das partes.⁶⁹

De outro lado, esse regime de plena liberdade dos litigantes deve-se à concepção do processo não como instrumento público de solução de conflitos, mas sim como meio de afirmação dos direitos particulares violados. Assim, se a relação de direito material objeto do litígio era de direito privado (e, portanto, nela imperavam a autonomia da vontade e a livre disponibilidade dos direitos), esses preceitos gerais repercutiam também na esfera do processo e sobre as normas que o regravam.⁷⁰

Essa visão mais acentuadamente privatista do processo refletia-se até nos aspectos mais mezinhos da atividade processual. A título de exemplo, basta lembrar que, em sistemas ligados a essa raiz ideológica, a falta de pressupostos pro-

⁶⁷ Podemos, assim, trazer a idéia de FRANÇOIS OST (Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14, p. 170, 1993), de que o modelo de juiz do Estado liberal, do século XIX, se compararia a Júpiter (versão latina de Zeus) e anota que o direito aplicado por esse modelo de juiz apresenta as seguintes características: “Siempre proferido desde arriba, de algún Sinai, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y de preferencia a la naturaleza de prohibido. Intenta inscribirse en un deposito sagrado, tablas de la ley o códigos, y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la transcendencia.”

⁶⁸ Confirmam-se itens 3.1 a 3.5, *supra*.

⁶⁹ Cf. TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 144).

⁷⁰ Cf., ainda, *Idem*, *ibidem*, p. 144.

cessuais⁷¹ em geral, ou a exceção de coisa julgada não eram matérias cognoscíveis de ofício,⁷² não podendo o juiz suprir a omissão da parte em alegá-las.

Com o passar dos tempos, essa visão privatista do processo foi aos poucos superada, seja porque os Estados do Ocidente, sobretudo no século XX, atenuaram a incidência daqueles ideais liberais então vigentes,⁷³ seja porque o direito processual começou a se afirmar como ramo científico diverso do direito material. E o passo mais importante dado nessa direção foi justamente o reconhecimento de seu caráter autônomo à relação de direito material que lhe constitua o mérito.

No entanto, essa superação não foi imediata; ao contrário, foi lenta e gradual, seja porque o processo civil é impregnado de tecnicismo, o que o torna *relativamente imune* (ao menos por um certo tempo e ainda que se reconheçam os escopos políticos do processo) a essas mudanças ideológicas,⁷⁴ seja ainda porque

⁷¹ Como no processo civil espanhol previsto na Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, com algumas atenuações no diploma que o sucedeu, em 1881 (cf. MONTERO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 44-45).

⁷² Para PUGLIESE (Giudicato civile (diritto vigente), cit., p. 834), a exceção de coisa julgada não era cognoscível de ofício nos processos que vinham concebidos sob bases eminentemente privatistas (como em alguns períodos na Idade Média e durante o século XIX). Partia-se da idéia (segundo CELSO NEVES, *Cosa julgada civil*, p. 150) de que, se a exceção de prescrição era renunciável, também o poderia ser a exceção de coisa julgada (ou seja, essa concepção deve-se não só à ótica privatista, mas também a uma ausência de dissociação clara entre os planos do direito material e processual).

⁷³ Fato esse que trouxe como consequência a (gradual) mudança do foco de atenção dos operadores do direito da lei para o juiz (cf. LUMIA, *L'equità tra la giustizia e la legge*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 708, 1976).

⁷⁴ Essa relativa inunidade se revela quando vemos que regimes de exceção, de cunho ditatorial, não alteraram substancialmente as feições dos Códigos de Processo Civil editados na época de sua vigência. Enfoquemos, a título de exemplo, o Código de Processo Civil italiano, publicado na época do regime fascista. É comum dizer que esse diploma foi marcadamente inspirado nos ideais autoritários sobre os quais se assentava o Estado italiano de então (vide diversos textos da lavra do processualista italiano FRANCO CIPRIANI, tais como *Ideologie e modelli del processo civile*, p. 18, no que é acompanhado pelo espanhol JUAN MONTERO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 60). CALAMANDREI, ao escrever a primeira edição de suas *Instituições de direito processual civil*, logo após a edição do *Codice*, já assinalara que “onde predomina o autoritarismo no ordenamento geral do Estado, se institui prontamente o princípio da autoridade também no processo civil” (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 318, em tradução livre). No entanto, parece mais acertado falar que ao Estado fascista convinha a corrente doutrinária que, décadas antes, já pregava o reforço dos poderes do juiz e redução da disponibilidade das partes sobre o andamento do procedimento, com a tomada de consciência de que o processo é um meio público de solução de controvérsias (cf. TARUFFO, *La giustizia civile...*, cit., p. 232). De fato, já no século XIX, os juristas alemães percorriam esse caminho e influenciavam a doutrina italiana (especialmente CHIOVENDA, que nunca foi identificado com os ideais fascistas). TARUFFO (*ibidem*, p. 183 ss) realmente afirma que os pilares básicos da doutrina de CHIOVENDA estavam muito mais ligados à idéia de “autoridade” do que de “autoritarismo”, e que seu objetivo era conceber um processo simples, rápido, oral e concentrado, para que pudesse ser efetivo, e não instrumento de repressão política ou social. Aliás, cumpre observar que é difícil vislumbrar um particular interesse do Estado italiano de então no campo do processo civil, tanto que a reforma da legislação processual

as normas do processo, ao preverem uma atividade estatal *típica*, adquirem certa estabilidade e demoram a evoluir,⁷⁵ seja finalmente porque essa mudança de orientação científica não se dá imediatamente, mas sim depois de longo e paulatino desenvolvimento doutrinário.

civil se operou apenas em 1940 (às vésperas, praticamente, da queda do regime fascista), ao passo que a legislação penal e processual penal havia sido reformada muito antes. E, de fato, parece que despertaria muito mais interesse para um regime autoritário alterar a legislação penal e processual penal, no qual, sem dúvida, o recrudescimento da preclusão (especialmente para a atividade do réu) atende ao espírito de autoritarismo, pois encerraria em limites mais estritos o direito de defesa do particular em face da pretensão punitiva do Estado (assim, GUARNIERI, *Preclusione* (processuale penale), cit., p. 571). Nessa esteira, TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 240) conclui que o fato de o Código de Processo Civil de 1940 ter sido editado sob o regime fascista não lhe acentuou sensivelmente o caráter público e, conseqüentemente, preclusivo, e que sua conformação era produto de todo o "aparelho técnico-científico" que vinha sendo ao longo dos tempos desenvolvido pela escola histórico-dogmática. Ainda segundo o mesmo autor, a reforma do processo civil operada em 1950 (que atenuou claramente o regime preclusivo anteriormente vigente) se deveu muito mais a um clamor da advocacia (talvez exageradamente acostuada à plena liberdade que tinha sob o Código de Processo Civil de 1865) do que, propriamente, a um repúdio aos ideais fascistas. Raciocínio similar pode ser empreendido na análise do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, editado, como se sabe, no auge da ditadura de Getúlio Vargas. Apesar de seu anteprojeto ter sido redigido pelo Min. Francisco Campos (que, como diz DINAMARCO, no recente escrito Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 37, era pessoa intimamente ligada ao regime do Estado Novo), e de sua Exposição de Motivos proclamar que se acentuaria a autoridade do juiz sobre o caminhar do processo, continuou ele a ser encarado de forma privatista e exageradamente formalista, o que amarrava tanto a conduta das partes quanto a do juiz. Análise semelhante, com resultados praticamente iguais, pode ainda ser feita com respeito ao Código de Processo Civil de 1973, também promulgado por um governo ditatorial (ressalvando-se apenas que durante a ditadura militar surgiram inúmeros procedimentos especiais que visavam favorecer, por exemplo, instituições financeiras, como testemunha, com variados exemplos, ALVARO DE OLIVEIRA: *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, *Ajuris*, nº 33, p. 82-83). De resto, como vimos, nos últimos tempos, mesmo em países onde vigoram regimes democráticos operam-se reformas que ampliam os poderes dos juízes (como o processo italiano em 1990, ou o nosso processo civil, a partir de 1994). São todas essas provas dessa *relativa imunidade* do processo civil em ser influenciado pela ideologia dominante no aparelho político estatal. Roborando todas essas conclusões, tem-se lição de BARBOSA MOREIRA que convém aqui transcrever: "Seria ingênuo negar que a índole do regime político tem reflexos no campo processual. Nenhuma província do direito é politicamente 'neutra'. Decerto, o processo penal, por óbvias razões, costuma refletir com maior intensidade as diretrizes políticas vigentes do que o processo civil; mas este de maneira alguma está imunizado a semelhante influência. A observação atenta da experiência histórica, porém, não confirma a tese de uma vinculação constante e necessária entre a prevalência dos traços 'inquisitivos' e a feição autoritária do regime político, ou entre a prevalência dos traços 'dispositivos' e a feição liberal desse regime." E adiante acrescenta: "o ordenamento processual do nosso país vem evoluindo constantemente no sentido de reforçar os poderes do órgão judicial - e o fato de que a evolução se esteja processando à sombra de instituições politicamente democráticas só faz trazer mais um desmentido à tese da vinculação entre semelhante reforço e o caráter autoritário do regime vigente" (*Reformas processuais e os poderes do juiz, Temas de direito processual - oitava série*, p. 54).

⁷⁵ Pois a obra criativa dos juízes no direito processual é mais escassa que a atividade criativa dos particulares quando manejam as normas de direito material (sobretudo no direito privado), justamente porque não se trata de uma atividade típica.

O primeiro meio de implementar essa publicização do processo surge com a instituição do regime preclusivo dirigido à atividade das partes no processo. Impede-se, então, que elas possam interferir na sua marcha.^{76,77} Mas somente muito depois é que se implementa uma efetiva ampliação dos poderes do magistrado, como reação às estruturas formais rígidas que, antes, pautavam também sua conduta.⁷⁸

Entre esses dois momentos, o processo passa por uma crise, já que tem reconhecida sua condição de instrumento público de solução de conflitos, em que as partes não podem ditar como se dará a sua marcha e estão adstritas a limites formais relativamente rigorosos; mas o juiz ainda é fraco e incapaz de tornar o processo efetivo, seja por (também) estar "amarrado" por rigorosos limites formais, seja pela falta de meios práticos dados pela lei processual.⁷⁹

Esse quadro é severamente agravado pelos excessos de muitos processualistas que, exacerbadamente preocupados em afirmar seu objeto de estudo como ciência autônoma, acabaram criando um mundo hermético e dissociado dos fins práticos aos quais aquele instrumento se destina.

É justamente nesse contexto que florescem tanto "o exagerado conceitualismo" quanto "a imensa preocupação garantística", que se traduzem num "mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consciência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de transmu-

⁷⁶ CE, dentre muitos outros, GRASSO (*L'interpretazione della preclusione...*, cit., p. 645), repisando que as normas processuais têm caráter cogente, e as partes não podem simplesmente inobedi-las sem suportar as conseqüências. TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 12) afirma justamente que a preclusão, para as partes, decorre da acentuação do caráter publicista do processo, pois reduz a ingerência das partes no seu curso.

⁷⁷ Em nosso sistema, isso se deu no nosso Código de Processo Civil de 1939, talvez por influência das lições de CHIOVENDA, como declara sua Exposição de Motivos.

⁷⁸ Esse momento começa, em nosso sistema processual, com as reformas operadas a partir de 1994, conforme adiante se verá.

⁷⁹ JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 53-54) sintetiza com muita clareza o espírito que norteia essa nova visão acerca do processo. Comparando a preocupação do legislador de 1939 com o atual relativamente aos poderes do juiz, pondera que "as preocupações daquela época estavam centradas unicamente na técnica processual, e na pureza conceitual dos institutos. Faltava a preocupação com os resultados que o processo poderia criar no mundo dos fatos. Faltava a consciência sobre a instrumentalidade e sobre a luta para que os provimentos judiciais alcançassem maior efetividade e, por fim, faltava um maior desenvolvimento dos chamados novos direitos, entendidos como aqueles relacionados com os interesses sociais pulverizados por toda a sociedade ou por grupos determináveis de elementos dela integrantes, direitos esses que, uma vez atingida sua fase de maturidade, passaram a cobrar dos processualistas uma postura que rompesse com a estrutura individualista até então privilegiada".

dar-se em grilhões de uma servidão perversa”, segundo as eloqüentes palavras de DINAMARCO.⁸⁰

Nessa fase intermediária de evolução do processo, existem normas que servem a organizá-lo e regrá-lo, favorecendo a celeridade e a segurança jurídica (especialmente o princípio da eventualidade); porém não é ele um instrumento efetivo, justamente porque não só as partes estão limitadas por rigores formais, *mas também o juiz*. Todos os sujeitos processuais estão, enfim, presos a uma estrutura extremamente rígida, tanto pela incompleta superação do paradigma liberal, quanto por um profundo apego aos princípios e dogmas desenvolvidos sob a necessidade de auto-afirmação da ciência processual.

Por isso mesmo é que não podemos concordar com a idéia de que a instituição da preclusão, para as partes, importa em ampliação dos poderes do juiz.⁸¹ Instituir um regime de preclusões para as partes importa em estabelecer o *impulso oficial* do processo, o qual, como já vimos,⁸² é *impulso pela lei* e não propriamente *pelo juiz*.

A preclusão, para as partes, tem como principal papel o estabelecimento de ordem e celeridade no processo, mas não contribui *diretamente* para que o juiz tenha seus poderes incrementados. Assim, pode-se, perfeitamente, pautar a atividade das partes sob forte regime formal e preclusivo, sem aumentar os poderes do juiz.⁸³ Os fenômenos são, a rigor, independentes.⁸⁴

⁸⁰ Nova era do processo civil, p. 11.

⁸¹ É o que preconiza, por exemplo, CALAMANDREI, ao observar que “toda variação de equilíbrio político entre autoridade e liberdade corresponde, no microcosmos do processo, a uma variação análoga do ponto de encontro entre os poderes do juiz e das partes” (*Instituciones*, cit., v. 1, p. 318, em nossa tradução livre). Cf., ainda, na doutrina italiana, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 11) e, entre nós, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 22).

⁸² Vide o item 10.2, *supra*.

⁸³ O inverso também é verdadeiro: tampouco se pode dizer que o aumento dos poderes do juiz implica redução dos poderes e das garantias das partes, como afirmam, por exemplo, CIPRIANI (v. g., *Batallas per la justicia civil*, tradução de Eugenia Ariano Deho, p. 185 ss) e MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 60). Parece mais acertado falar que o aumento dos poderes do juiz (especialmente no que concerne à instrução da causa) se dá de modo concorrente ao das partes, sem que haja diminuição destes, e muito menos de suas garantias individuais em face do Poder Público. A tônica dessa nova concepção é de *colaboração* entre as partes e o juiz (cf. discorre, em extenso e profundo ensaio, EDOARDO GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit.), não de autoritarismo deste em relação àquelas.

⁸⁴ No processo italiano implementado pelo Código de Processo Civil de 1940 poder-se-ia até dizer que haveria alguma relação entre a instituição da preclusão para as partes e o aumento dos poderes do juiz, *justamente porque esse regime de preclusões era elástico, e o juiz poderia ignorá-lo quanto a determinado ato processual se este fosse do interesse da justiça* (confira-se, a propósito, CALAMANDREI, *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 316). Mas no nosso sistema, em que o juiz tem o *poder-dever* de declarar a preclusão do direito da parte, sob pena de nulidade dos atos processuais posteriores (vide item 6.3 *supra*), não se pode dizer que o aumento do poder do juiz implicou redução do vigor

Entretanto, apesar de o regime de formas e preclusões sobre as quais está asentada a atividade das partes conservar sua importância e, por isso, permanecer como regra em que se fundamenta o sistema processual – pois segue viva sua característica, tão longamente reconhecida, de conferir racionalidade e objetividade ao processo, assegurando celeridade e segurança jurídica em seu desenvolvimento, e atendendo aos princípios da isonomia e boa-fé –, tal técnica é, por óbvio, insuficiente para tornar o processo realmente efetivo.⁸⁵

Com efeito, o impulso do processo pode ser oficial, e ainda assim o juiz pode ter poucos poderes para tornar o processo não só um meio formal de acesso ao Poder Judiciário, mas também um meio efetivo de acesso à ordem jurídica justa. Conseqüentemente, a evolução do processo volta sua atenção para a implementação de meios de incremento do ativismo judicial não só entre nós,⁸⁶ mas em vários países do mundo.⁸⁷

da preclusão para as partes. Apenas se houvesse uma disposição expressa do Código, autorizando o juiz a desconsiderar os limites temporais e lógicos impostos às partes, é que se poderia dizer que os fenômenos estariam associados.

⁸⁵ Note-se que ao defender a manutenção do regime preclusivo para as partes não queremos dizer com isso que sejam elas tratadas com inabalável rigor formalista. Não há dúvidas de que a implementação de um processo mais efetivo passa, também, por uma atenuação dos estritos rigores formais que pautam a atividade das partes. Assim, não é por outra razão que demonstramos que a fronteira entre um *vício essencial* e um *vício não-essencial* (importando o primeiro em inadmissibilidade e o segundo em mera irregularidade) pode ser bastante flexível, e que basta boa vontade do intérprete para se aproveitar atos processuais que não tenham sido exatamente realizados de acordo com os modelos processuais, alargando-se os seus crivos de *admissibilidade*. Nesse mesmo espírito se inspiraram as linhas que dedicamos a refutar a existência da preclusão consumativa. Do mesmo modo, uma reinterpretação das normas concernentes aos poderes das partes na instrução do processo à luz das garantias constitucionais ao contraditório e à efetividade da tutela jurisdicional atenua sensivelmente os rigores da preclusão nesse terreno. Esses são apenas alguns exemplos que se colhem da exposição. Entretanto, de acordo com as conclusões a que chegamos, o ordenamento já prevê o instrumental necessário para que, mediante a interpretação das normas que regem as formas e modelos processuais, o juiz contribua para a eliminação do *formalismo* processual exacerbado (qualificado por LIEBMAN como uma “deformação”, *Manual...*, cit., p. 258), sempre com vistas a atuar de modo efetivo no mundo concreto.

⁸⁶ Cf. v. g., BARBOSA MOREIRA (*Reformas processuais e os poderes do juiz*, cit., p. 59); ARRUDA ALVIM, *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo*, cit., p. 99); DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 591 ss); PUOLI (*Os poderes do juiz e as reformas processuais*, p. 53 ss) e SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 10, colocando o aumento dos poderes do juiz como fenômeno correlato ao da consciência acerca da necessidade de efetividade do processo).

⁸⁷ Na Espanha, confira-se MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 60), ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 36 ss), LIAÑO GONZALEZ (*La posición del juez en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Instituciones del nuevo proceso civil*, v. 1, p. 73 e ss). Na Itália, confira-se COMOGLIO (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 155 ss) e SERGIO CHIARLONI (*Formalismo e garanzie: studi sul processo civile*, p. 456) que anota se tratar, essa, de uma tendência nos países ocidentais.

Vale notar que esse não é um movimento isolado e restrito apenas ao campo processual. De uma forma geral, a superação dos resquícios de ideologia liberal que ainda estavam arraigados no nosso sistema jurídico se reflete também em todos os cantos do sistema jurídico,⁸⁸ como fica claro no direito privado, especialmente após o advento do Código Civil de 2002,⁸⁹ de modo que o juiz passa a ter enormes atribuições, muito maiores do que dele se esperava no Estado liberal.⁹⁰

Pois bem. Esse fenômeno de incremento dos poderes do juiz no processo se dá por alterações legislativas expressas ou por força de uma reinterpretação das normas já existentes.

Esse primeiro grupo de modificações é, por óbvio, mais facilmente identificável, especialmente no nosso sistema processual pátrio, que sofreu duas importantes ondas de reformas, nas quais se destaca justamente a tônica de incrementar o ativismo judicial (especialmente com a generalização da antecipação de tutela, o aumento dos poderes do relator nos tribunais e a prevalência da execução específica sobre a conversão das obrigações fazer, não fazer e dar em pecúnia, com todos os meios de apoio correlatos).

Já quanto ao segundo grupo de modificações, os exemplos não são tão claros, eis que propostas de reinterpretação de normas vigentes são colhidas sobretudo em ensaios doutrinários, e somente algumas delas acabam sendo consagradas

⁸⁸ Exatamente como assinalou LUMIA (*L'equità tra la giustizia e la legge*, cit., p. 708), referido na nota 73 ao presente capítulo, *supra*.

⁸⁹ Conforme anota LIGIA PAULA PIRES PINTO (*Interpretação dos novos dispositivos do Código Civil quanto às obrigações advindas de relações empresariais e o papel da jurisprudência*, inédito, p. 5-6, 27 e ss), o atual Código Civil implementou uma série de regras que quebram com os resquícios de ideologia liberal que antes vigiam, calcados no "individualismo (e a intangibilidade das garantias do indivíduo em relação ao poder estatal, especialmente no tocante ao direito de propriedade, da autonomia da vontade e da livre iniciativa) e a igualdade formal de todos perante a lei". Aqui se destaca, justamente, a instituição explícita do princípio da boa-fé objetiva "como regra interpretativa que permite ao juiz afrouxar os laços obrigacionais que emergiam da vontade esposada pelos contratantes", bem como o "reconhecimento da função social da propriedade e dos contratos, até a instituição de regras de atenuação do princípio do *pacta sunt servanda*, como as regras concernentes à lesão, ao estado de perigo e à onerosidade excessiva". Como se trata a maioria desses de conceitos legais indeterminados, completa a autora que "as cláusulas gerais devem ser preenchidas pelo juiz autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz". Ressaltam-se, assim, "a importância e o papel do juiz e da jurisprudência, que [...] estão diretamente relacionados à tarefa de 'preencher de valores' as cláusulas gerais".

⁹⁰ Por isso que FRANÇOIS OST compara esse juiz à figura de Hércules: "mantenemos aqui el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos estendidos" (Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, cit., p. 170). E, adiante, acrescenta: "En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el poscontencioso sigue la evolución del dossier, adopta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiteriano era un hombre de ley, respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social" (p. 177).

nos tribunais, e mesmo assim depois de longo e gradual processo de reiteração de julgados.

Exemplos de propostas de reinterpretação são fáceis de encontrar ao longo do trabalho. Defendemos que são cognoscíveis de ofício e insuscetíveis de preclusão as questões relativas à admissibilidade dos recursos (especialmente no que toca à tempestividade);⁹¹ e de que em matéria probatória nada impede que o magistrado reconsidere qualquer decisão proferida.⁹²

Em suma, as propostas de reinterpretação de conceitos, plasmadas na diminuição das preclusões dirigidas à atividade do juiz, podem ser sintetizadas em uma única idéia, defendida por nós no decorrer do texto: a esmagadora maioria das decisões interlocutórias versa matéria processual, cuja aplicação correta não pode ficar livre à disposição das partes, de tal sorte que o juiz poderia se retratar mesmo se a parte interessada não interpusse o recurso de agravo. Enfim, a aceitação da concepção de processo como um instituto de direito público acaba, nesses termos, implicando um golpe de morte contra a preclusão de questões incidentais.

Todavia, nem sempre tais propostas de reinterpretação de conceitos, tendentes a afrouxar o regime preclusivo incidente sobre a atividade do juiz, acabam sendo acolhidas pelos tribunais (de modo reiterado e constante, de maneira que se possa reconhecer uma corrente jurisprudencial).

Infelizmente, poucos são os exemplos a serem citados. Podemos mencionar, a esse propósito, o alargamento do efeito infringente dos embargos declaratórios, sempre que a decisão embargada operar em erro grosseiro⁹³ (de maneira a atenuar a preclusão que emerge do comando contido no art. 463 do CPC); ou a interpretação elástica que se dá aos arts. 396 e 397 do CPC, franqueando-se ao juiz o poder de aceitar a juntada de documentos aos autos em qualquer momento.

Em linha de síntese, o que se extrai de toda a exposição é que o aumento do poder do juiz na condução da causa está ligado à diminuição do rigor da preclusão dirigida à sua própria atividade, mas não tem relação direta com a manutenção do rigor das preclusões dirigidas às partes.

Sem separar o que seja preclusão dirigida aos direitos das partes e preclusão dirigida ao juiz e orientada para a estabilização das decisões incidentais, não há como compreender afirmações (muito corriqueiras, aliás) de que a preclusão atende ao escopo publicista do processo. Tem-se aí apenas uma meia-verdade.

Realmente, a preclusão dirigida à atividade processual das partes implica, sim, o acolhimento da idéia de publicização do processo e se inspira na necessidade de

⁹¹ Vide o item 8.5.2, *supra*.

⁹² Especialmente para admitir prova que, antes, houvera inadmitido, conforme o item 8.5.3, *supra*.

⁹³ Vide o item 8.3.6, *supra*.

sua *eficiência*, representada pelo binômio *segurança e celeridade*, como afirmam PROTO PISANI e CAPONI.⁹⁴ Diminui-se, assim, a interferência que as partes exercem sobre o desenrolar do processo.

Entretanto, do mesmo modo, a atenuação da preclusão dirigida aos poderes do juiz, permitindo que ele reveja decisões incidentais independentemente da iniciativa das partes em delas recorrer, *atende a esses mesmos escopos publicistas* e busca a *efetividade* do processo, com a aplicação correta dos comandos processuais, ainda que isso implique, eventualmente, a mitigação do princípio da celeridade e da segurança jurídica.

Assegura-se, desse modo, que o juiz – cujos atos gozam de presunção de legalidade e inspiram-se no interesse público – possa desempenhar a plenitude de seu papel de conduzir o processo e zelar pela aplicação correta das normas processuais, como meio de permitir que o processo alcance seus objetivos constitucionais.⁹⁵

Como já afirmamos, a preclusão dirigida à atividade processual das partes, a rigor, atende a um escopo publicista, mas se fundamenta por uma idéia essencialmente privatista (qual seja a de que as partes podem dispor de seus direitos de

⁹⁴ *Lineamenti...*, cit., p. 182.

⁹⁵ Não pretendemos aqui adentrar em espinhosas discussões que o tema *aumento dos poderes do juiz* suscita, em particular acerca do questionamento da *legitimidade popular* do Poder Judiciário, cujos membros, diferentemente dos demais do Poder Legislativo e Executivo, não são escolhidos por voto (para uma referência bibliográfica acerca dessa tormentosa discussão, DALMO DE ABREU DALLARI, *O poder dos juízes*, p. 21 ss), ou ainda acerca da recente e acentuada tendência de diminuição da idade média dos juízes e dos questionamentos sobre como tem sido a preparação desses para desempenho de suas funções (cf. enfrentam BEDAQUE e CARMONA, *A posição do juiz: tendências atuais*, *Revista Forense*, nº 349, p. 87). E nossa opção de não adentrar nesse mérito se deve não só à fidelidade aos escopos traçados para este trabalho, mas também porque partimos da premissa de que o processo civil deve ser orientado para atingir os objetivos a que está destinado, e que sua estruturação, segundo os arraigados cânones impregnados de ideologia liberal (isto é, centrando-se atenção sobre as partes e não sobre o juiz), o torna inapto a tanto. Assim, se entendemos que dificilmente refinamentos e retoques técnicos no nosso sistema (e que não tragam alterações estruturais) serão capazes de garantir melhora significativa na entrega da prestação jurisdicional, é reforçando os poderes do juiz na condução da causa que parece estar a saída para os males que redundam na inefetividade do processo. Evidentemente que esse reforço dos poderes judiciais deve se operar, precipuamente, por alterações legislativas (o que garante, em princípio, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal), e em observância das garantias das partes no processo (em especial o contraditório e a ampla defesa, o que, nos parece, tem sido, de forma geral e com raras exceções, observado nas recentes reformas processuais). Em suma, concordamos com a idéia de ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 138) de que “aumento dos poderes dos juízes não deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a normatizar seu desenvolvimento”. De outro lado, não se ignora, nem se poderia, que abusos desses novos poderes do juiz podem ocorrer, mas é evidente que essa será a exceção e, ainda que assim não fosse, o nosso sistema é muitíssimo bem guarnecido de meios de impugnação das decisões judiciais. Assim, de um certo modo, esse sistema recursal, apesar de tão criticado acaba nos dando a garantia de que os abusos de poder poderão ser eficazmente controlados.

cunho processual quando em litígio). Na primeira acepção da preclusão, o regime de auto-responsabilidade a que se sujeitam as partes fundamenta a preclusão incidente sobre elas.

Quanto ao juiz, não há cabimento em limitar seus poderes pelo regime de auto-responsabilidade a que se submetem as partes: sua função é pública e, de acordo com a interpretação por nós alvitada, sua iniciativa com relação à aplicação correta das normas processuais deve estar desvinculada da iniciativa das partes.

A profunda diferença entre as limitações impostas ao juiz e às partes encontra, a final, fundamento na idéia de CALAMANDREI,⁹⁶ já por nós referida, de que o processo é um jogo, em que, concretamente, “afora o juiz, no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconfessadamente) com aquele escopo superior”.

Enfim, se o juiz revê uma decisão tomada no curso do processo para adequá-la, sobretudo, às regras processuais aplicáveis, e com isso acaba por quebrar a segurança jurídica que emergia daquele decisório e por tumultuar o andamento do processo, esse ato tem a presunção de estar revestido no interesse público e, portanto, se justifica dentro dos limites acima delineados. As partes, ao contrário, guiadas por espírito egoísta, não podem gozar da mesma liberdade, e sua conduta deve estar pautada dentro de regras mais estritas sob pena de se abandonar qualquer ordem ou racionalidade no desenvolvimento do processo.

Assim, sem separar as duas acepções do instituto preclusão, tem-se terreno fértil para equívocos. Mais uma vez, reiteramos a importância da distinção entre as posições jurídicas das partes e do juiz no processo e seu papel na interpretação dos institutos processuais.

11.7 Preclusão, costume e o papel da jurisprudência

Um último ponto digno de menção e que influi no complicado jogo entre os princípios já referidos diz respeito ao fato de que a rigidez e preclusividade do sistema processual brasileiro já estão arraigadas na consciência jurídica nacional e no costume que inspira a prática forense diária.

Aplica-se a preclusão em qualquer situação, mesmo quando expressamente a lei não a prevê, ou em situações que nada têm a ver com o instituto. Basta lembrar os exemplos colhidos na jurisprudência em que se vedou à parte a prática

⁹⁶ Il processo come giuoco, cit., p. 489, em nossa tradução livre.

de determinado ato por ter supostamente havido preclusão lógica,⁹⁷ ou a grande amplitude que assumiu o conceito de preclusão consumativa.⁹⁸ Do mesmo modo, sabe-se que os advogados mostram-se muitíssimo preocupados que determinadas questões decididas pelo juiz podem ser consideradas (para esse último) preclusas e, dessarte, estáveis e imutáveis (e esse é um dos fatores que contribui para a enorme proliferação dos recursos de agravo). Isso decorre justamente da postura (assentada no costume) dos juízes em recusar-se a revisar questões incidentais acerca das quais não houve recurso da parte, mesmo quando o ordenamento deixa aberta tal possibilidade.

Realmente não se pode olvidar da influência do costume na aplicação das leis processuais civis, seja suprimindo lacunas ou adaptando preceitos legais para aplicá-los na prática, seja (ainda que não de forma clara) orientando a interpretação das normas.⁹⁹ É nesse sentido a lição emblemática de CALAMANDREI: “a importância prática do costume judiciário vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas. Em realidade, o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume de quem a põe em prática”.¹⁰⁰

No primeiro caso, o costume atuaria como uma fonte não escrita do direito processual.¹⁰¹ Causa alguma estranheza a expressão *processo civil consuetudinário*, mas certamente que, assim como em outros ramos do direito, também no processo civil a práxis manifesta uma atividade criadora e modificadora de suas normas.¹⁰²

⁹⁷ Vide item 7.4.4.1, *supra*.

⁹⁸ Vide itens 7.4.4.2 e 7.5, *supra*.

⁹⁹ Isso sem falar no costume que inspira os menores detalhes formais dos atos processuais (ou os usos forenses), haja vista que tais usos não apresentam maior transcendência jurídica e a sua inobservância, na pior das hipóteses, se traduz em uma mera e irrelevante irregularidade, que sequer careceria de correção ou emenda.

¹⁰⁰ *Processo e democrazia*, p. 35.

¹⁰¹ Como admitem, na doutrina francesa, CORNU e FOYER (*Procédure civile*, p. 17).

¹⁰² Acreditamos ser o prequestionamento o maior exemplo disso, pois sua criação e seus complicadíssimos contornos são fruto, apenas, da experiência jurídica nos Tribunais Superiores, e no costume que se assentou, ao longo do tempo, em torno da interpretação das normas concernentes ao juízo de admissibilidade, sobretudo do recurso extraordinário.

(muito embora esses costumes não surjam entre os cidadãos justamente porque estes não participam diretamente da administração da justiça).^{103,104}

Isso se confirma não só à vista do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (que inclui o costume como fonte subsidiária do direito), mas também porque – como ensinam JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESES¹⁰⁵ – “nenhum sistema jurídico pode excluir o costume do quadro de suas fontes de produção”, nem mesmo os ramos do direito público (normalmente pautados pela estrita legalidade); em realidade, o legislador não pode impor algum tipo de freio a tal fenômeno.¹⁰⁶

Mas é a segunda manifestação do costume que nos interessa em particular (ou seja, a influência que exerce o costume na adaptação das normas processuais aos casos concretos). E, nesse ponto, emerge claro que a mais importante faceta do costume, como fonte do direito processual, é a do costume dos *órgãos jurisdicionais* (muito mais do que das partes,¹⁰⁷ mesmo porque são diferentes de um processo para outro, tornando-se mais difícil que se assente entre elas determinado costume no trato do processo civil).

De fato, as normas de direito processual – sobretudo aquelas relativas à forma – podem ter aplicações distintas de um local para outro, podendo se alterar ao longo do tempo.¹⁰⁸

¹⁰³ CALAMANDREI já ressaltava que esse fenômeno de criação do processo civil pela via do costume ocorreu historicamente, em locais e épocas diversas: “Tutta la storia del processo, della *formaluae del diritto romano* alle *positiones* del diritto comune, dagli statuti italiani alle *coutumes* francesi, è, in sostanza, filo a giungere alle codificazioni, la storia della pratica giudiziaria in diritto processuale” (*Processo e democrazia*, p. 26).

¹⁰⁴ Sem observar inteiramente a completude desse aspecto (isto é, de que a atividade criadora do costume no campo do direito processual se dá dentro dos tribunais e não em meio à sociedade civil), o doutrinador espanhol JOSÉ ALMAGRO NOSETTE (*Derecho procesal*, t. 1, v. 1, p. 57) nega que o costume seja fonte do direito processual: “el derecho procesal es un derecho técnico, un derecho de juristas y no un derecho popular, y encontrar difundida en una colectividad un uso reiterado, con intencionalidad de obligar como norma jurídica, parece el modo más apropiado de formar el Derecho en comunidades estables y primordialmente rústicas que en una clase social determinada como es la clase forense, sometida, aliás, a una gran movilidad y dominada por un espíritu legalista”.

¹⁰⁵ *Derecho procesal civil*, t. 1, p. 70, por nós traduzido.

¹⁰⁶ Assim também entendeu CRUZ e TUCCI (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 21) ao afirmar que “a problemática que decorre da natureza e da hierarquia das fontes transcende a vontade do legislador (o vetor legislativo é insuficiente para solucioná-lo)”.

¹⁰⁷ Que mesmo assim não pode ser esquecida, como afirmam GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 71).

¹⁰⁸ CORNU e FOYER (*Procédure civile*, p. 17) dizem que uma das manifestações do costume no processo se revela no *style du palais*, lecionando que “Ceux qui naissent *secundum legem*, en vertu d’un renvoi de la loi, ont une vigueur comparable à celle-ci. Ceux qui se développent *praeter legem*, pour combler les lacunes de la loi (naguère usage du placet) ou surtout *contra legem*, résistant activement ou passivement à la loi (abandon des [écritures grossières] sont depourvus de toute force obligatoire”.

Por exemplo, a linha que separa o vício não-essencial (que se qualifica como mera irregularidade e não é sancionado) de um essencial (que recebe a sanção da invalidade ou da ineficácia) pode ser desenhada com base nos costumes do tempo e do local.

No curso da exposição, tivemos oportunidade de observar que situações muito similares recebem tratamentos diversos no que toca à interpretação das normas relativas à forma do processo. Basta pensar nos exemplos do recurso de apelação sem preparo e sem as razões de impugnação. Apesar de ambos os vícios redundarem na mesma consequência (um representa desrespeito à forma prevista no art. 511 do CPC, outro do art. 514, respectivamente), as situações são tratadas, pela doutrina dominante e, sobretudo, pela jurisprudência majoritária, de modo bem diverso (havendo, de ordinário, muito menor tolerância com a primeira inadequação formal, do que quanto à segunda).¹⁰⁹

De outra banda, num determinado tempo ou lugar, certas questões podem ser reputadas, costumeiramente, como cognoscíveis de ofício, mas em outro não. Isso se deve, a nosso ver, nem tanto à fluidez do conceito de "norma de ordem pública" (porque muitas vezes não atentam os juízes para a idéia de que a norma que está em torno da questão é de ordem pública), mas sim porque a prática reiterada considera que a questão tenha esse *status*.

Realmente, de um lado vê-se que os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, são, há muito tempo, interpretados de forma bastante aberta, conferindo ao juiz amplos poderes para controle da admissibilidade da demanda e, de forma geral, ao controle da regularidade de alguns pressupostos processuais, podendo conhecer de tais matérias de ofício e modificar decisão anteriormente lançada a respeito.^{110,111} Entretanto, outras questões que apresentam o mesmo cunho processual e a mesma importância para regularidade formal do processo não recebem o mesmo tratamento, e, com isso, nega-se a iniciativa *ex officio* em delas conhecer e defende-se a preclusividade para o juiz que prolatou os referidos decisórios.¹¹² Enfim, voltamos àquela idéia de que apenas uma minoria das normas e preceitos processuais

¹⁰⁹ Quicá isso não se deva a uma indevida aproximação entre o processo civil e o processo penal, já que nesse último, como se sabe, as razões de impugnação de determinada decisão são apresentadas separadamente do ato em que a parte manifesta sua intenção de recorrer.

¹¹⁰ Item 8.5.6, *supra*.

¹¹¹ Essa interpretação aberta dos referidos dispositivos vem provavelmente desde a entrada em vigor do Código, haja vista a construção doutrinária que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, erigiu-se em torno da ausência de preclusividade do despacho saneador (cf. item 2.10, *supra*).

¹¹² Exemplo claro se colhe no item 8.5.2, *supra*, de nosso trabalho, isto é, o de que as decisões judiciais acerca do controle da regularidade da apelação não estão sujeitas à preclusão (como defende NELSON NERY JR.), mas não se vêem julgados nesse sentido e, para um operador do direito desavisado, a solução, apesar de consentânea com a natureza pública da norma processual, causaria certa perplexidade.

tutela preponderantemente o direito da parte, de maneira a justificar a ausência de iniciativa judicial a respeito.¹¹³

Nossa experiência jurídica oferece exemplos que não se referem apenas a zonas nebulosas como as acima mencionadas – em que mais de uma interpretação parece aceitável, dada a existência de conceitos juridicamente indeterminados, e tanto mais se consideradas as diferenças de uma situação concreta para outra –, mas que, ao contrário, se revelam claras afrontas a normas positivadas de direito processual.

Em alguns casos, existem reiteradas determinadas interpretações jurisprudenciais que acentuam deliberadamente o caráter preclusivo do processo. É exatamente o que ocorre com a maciça corrente jurisprudencial e doutrinária (felizmente, não uníssona em nossos dias) que prega a proibição de emenda a qualquer ato processual, ainda que dentro do prazo a ele destinado e mesmo que defeituoso.¹¹⁴ Certamente não só razões técnicas condicionam esse entendimento, mas também outras assentadas no costume do dia-a-dia forense influenciam aqueles que o professam.

Em outros casos, ao contrário, o instituto da preclusão é aplicado de modo espantosamente flexível. Aqui lembramos da prática, já referida,¹¹⁵ de suspender e enviar a arquivo o processo de execução de título extrajudicial por falta de citação do réu, ou o inventário ou arrolamento ao qual o inventariante não dá andamento regular, quando a hipótese legal cabível seria, no primeiro caso, a extinção do processo na esteira do art. 267, III, do CPC, e, no segundo caso, a remoção do inventariante, em razão do descumprimento do dever ditado pelo art. 991, III, do mesmo diploma. Esse entendimento comumente verificado na prática não se assenta sobre bases puramente técnicas (fosse assim, no processo de conhecimento, antes da citação, o juiz também não aplicaria a norma contida no art. 267, III, do CPC). Certamente aqui há uma boa dose de influência da prática reiterada dos tribunais.

Há autores que afirmam que, embora existam alguns costumes baseados na jurisprudência, eles não seriam fonte do direito, pois ou se adaptam à lei ou são a ela contrários, e, portanto, devem ser rechaçados.¹¹⁶ No entanto, tal assertiva firma-se, *data venia*, numa visão exacerbadamente positivista do direito e em uma mentalidade apegada a critérios de lógica formal incompatíveis, de regra, com o fenômeno da aplicação do direito.

¹¹³ Defendida por CALMON DE PASSOS (item 8.5.2, *supra*).

¹¹⁴ Item 7.3.1, *supra*.

¹¹⁵ Item 10.2, *supra*.

¹¹⁶ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 126).

No mais, os mecanismos de assentamento (e, conseqüentemente, de revisão) desses costumes acerca da aplicação das normas formais do processo (em especial aqueles concernentes à preclusão) passam, necessariamente, pela jurisprudência,¹¹⁷ de modo que não se poderiam dissociar os fenômenos (nesse caso, não se trataria de duas fontes do direito, mas sim de uma só).¹¹⁸ As decisões dos tribunais acerca da aplicação das normas sobre a preclusão, reiteradamente, podem vir a gerar normas consuetudinárias, que influenciam e orientam a aplicação prática do processo.

Entendemos que esse fator merecia uma menção, ainda que breve, apenas para demonstrar que em torno da interpretação das normas processuais existem outras circunstâncias que não podem ser esquecidas e que, mesmo que indiretamente, influem sobremaneira no modo como o processo se apresenta na sua aplicação cotidiana.

Enfim, o que se deve ter presente é que o costume, sedimentado na experiência dos operadores do direito (e especialmente nas decisões dos tribunais), acaba avultando como mais um dos elementos a interferir na interpretação das normas processuais concernentes à forma, em geral, e à preclusão, em particular.

¹¹⁷ Como ensina CRUZ E TUCCI (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 15), "O precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando a também ser observada pelos tribunais, é que viabiliza sua transformação em precedente".

¹¹⁸ Por isso mesmo que GUASP e ARAGONESES chamaram os costumes dos tribunais, longamente assentados, de *jurisprudência* (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 71). JOSÉ MARCELO VIGLIAR ainda acrescenta, com base em vastas referências bibliográficas, que a jurisprudência seria "uma especial forma do costume" (*Uniformização de jurisprudência*, p. 55).

Conclusões

À vista de todo o exposto no presente estudo, podemos extrair variadas conclusões:

1. A análise dos sistemas jurídicos romano, germânico e canônico mostra-se fundamental para que possamos entender o processo civil das Ordenações do Reino português, as quais constituíram a base para o processo civil brasileiro moderno.

A despeito dessa inegável influência, no que concerne especificamente ao regime de preclusões incidente sobre a atividade das partes, a análise por nós empreendida permite concluir que, a despeito do entendimento da doutrina dominante, o sistema processual das Ordenações era bastante flexível, e apenas a partir do Código de Processo Civil de 1939 é que se pode dizer que o processo civil brasileiro apresenta, realmente, rigoroso sistema preclusivo.

No que toca à preclusão incidente sobre as questões resolvidas no curso do processo, a herança das Ordenações se revela fonte clara dos entendimentos atuais atinentes à matéria, especialmente a partir da edição do Código de Processo Civil de 1939, em que ficou evidenciada a associação entre recorribilidade das decisões e possibilidade ou não de revogação ou modificação pelo juiz, *ex officio*.

2. O estudo de sistemas processuais estrangeiros revelou claramente que enquanto alguns, por meio de reformas legislativas, reforçam o caráter preclusivo do processo, com vistas à maior celeridade, outros afrouxam-no, na esperança de que o processo possa cumprir seu papel de meio público efetivo de solução de controvérsias. Essa é uma prova clara de que a aplicação da preclusão toca diretamente os valores jurídicos mais importantes dentro do sistema processual.

Além disso, o cotejo de sistemas processuais ao longo da história com sistemas processuais atualmente vigentes em outros países demonstra claramente que

todo sistema, em qualquer tempo ou lugar, estabelece algum tipo de limitação à atividade das partes mais ou menos intensa e institui algum modo de estabilização das questões decididas no curso do processo.

3. São substanciais e inegáveis as diferenças entre os princípios e fundamentos que regem as posições jurídicas ocupadas pelas partes e pelo juiz na relação processual. Assim, tanto no trato das invalidades processuais quanto no da preclusão, essas incontornáveis discrepâncias não podem passar despercebidas.

Com efeito, as partes acham-se governadas por um regime de auto-responsabilidade e normalmente estão sujeitas a *ônus processuais*, sendo as *faculdades processuais puras* bastante raras, e os *deveres processuais* residuais. O juiz, ao contrário, enquanto agente do Estado de Direito, exerce exclusivamente *poderes-deveres*. Em face disso, não há como analisar o instituto da preclusão por um único prisma, indistinto para todos os sujeitos do processo.

4. A primeira acepção ou modalidade de preclusão é aquela que impede as partes de realizarem determinadas atividades processuais na oportunidade reservada e forma determinada pela lei.

Esse fenômeno é parte do mecanismo pelo qual o sistema impõe às partes limitações ao exercício de seus direitos dentro da relação jurídica processual. Essas limitações são de duas ordens: a primeira é relativa à forma em sentido amplo (que engloba os requisitos de forma em sentido estrito, tempo e lugar) e a segunda engloba os pressupostos processuais (aqui se trata de vícios de fundo).

Nessa primeira ordem de limitações encontramos justamente a preclusão temporal, e na segunda, encaixar-se-ia a preclusão lógica. O estudo realizado nos permitiu chegar à conclusão de que a preclusão consumativa, além de não ter amparo legal e contrariar o sistema de invalidades processuais, não guarda consonância com os fundamentos e princípios da preclusão temporal e lógica.

Impera ainda acrescentar que a preclusão dirigida à atividade das partes é, segundo raciocínio desenvolvido, atípica, pois aplica-se indistintamente sobre os direitos que as partes exercem no processo, exceto nos casos em que esse efeito é excluído.

5. A segunda acepção de preclusão é aquela que atinge os poderes decisórios do juiz, impedindo-o de reanalisar questão incidental que tenha antes resolvido. Esse fenômeno não alcança diretamente as partes (pois, antes, elas sofrem a incidência da preclusão ao direito de recorrer) e não se confunde com a impossibilidade legal de o juiz apreciar de ofício questões que as partes tenham deixado de propor (aqui não há a perda do poder do juiz em resolver a questão, mas sim a ausência de poder, *ab initio*, para fazê-lo).

A existência do agravo retido e o inerente juízo de retratação que ele provoca parecem razões suficientes para se assentar que a preclusão sobre questões

incidentais é atípica, isto é, aplica-se à generalidade dos casos, exceto quando se exclui seu efeito.

A exclusão desse efeito preclusivo atípico pode ser de duas ordens: a primeira ignora o conteúdo da decisão (o juiz poderá rever a questão resolvida em certos casos, como os do juízo de retratação do agravo e os arts. 518, parágrafo único, 285-A, § 1º e 296 do CPC); a segunda considera o conteúdo da decisão (o juiz pode livremente voltar a analisar questões resolvidas no tocante ao controle da regularidade das condições da ação, pressupostos processuais e quanto à forma do processo, além das questões relativas à prova, aos meios de apoio à execução e ao exercício dos seus poderes administrativos).

Apesar de ser muitíssimo amplo o rol de exclusões, afigura-se-nos claro que a regra geral continua a ser a da preclusividade das questões incidentais.

6. O regime de preclusões para as partes é muito mais rígido do que para o juiz, justamente porque o interesse que inspira o exercício das posições jurídicas das primeiras é (*ao menos imediatamente*) privado, e do segundo, *exclusivamente público*.

Assim, a lei processual outorga oportunidades determinadas e impõe formas e requisitos imperativos para que as partes façam valer suas alegações, produzam suas provas, suscitem nulidades e impugnem decisões que lhe tenham sido desfavoráveis. Esgotadas tais oportunidades, a parte nada mais poderá fazer, pois o direito é inevitavelmente extinto pela preclusão. O fundamento desse regime rígido não é outro senão conferir regularidade à marcha processual e evitar que a má-fé atrapalhe o regular desenvolvimento do procedimento.

Contudo, o juiz se acha investido de poderes(-deveres) de reanalisar um rol taxativo de questões incidentais já anteriormente decididas, mesmo à falta de impugnação oportuna e formalmente adequada pela parte interessada, se isso for necessário para restabelecer a correta aplicação das normas processuais que, de regra, têm caráter público e cogente.

Com essa fórmula, resta assegurado que o processo não será palco para chicanagem, tampouco ficará ao arbítrio das partes, permanecendo o juiz investido, correntemente ao particular, do controle da regularidade do exercício do poder jurisdicional. Instalam-se, assim, condições para a *colaboração* entre as partes e o juiz no processo.

7. Não se quis defender, aqui, que as partes estão inexoravelmente amarradas por limites estritos e rígidos de rigor formal e preclusivo, mas, ao contrário, sustentou-se que, sem alterar as características básicas do sistema processual, o crivo de admissibilidade dos atos das partes pode ser consideravelmente alargado, sobretudo abandonando-se definitivamente o conceito de preclusão consumativa e interpretando-se de modo mais favorável à parte o que seja vício essencial e vício não-essencial. Isso sem falar nas diretrizes interpretativas, acima visualizadas, de

afastar a preclusão sempre que não tiver sido respeitado o contraditório e sempre que não houver nenhuma possibilidade de prejuízo ou quebra da regra de isonomia entre as partes.

8. De outro lado, também não pretendemos defender um juiz absolutamente onipotente, cuja iniciativa esteja totalmente desvinculada daquela das partes. O instituto da preclusão de questões permanece como um dado importante do sistema, como norma *atípica* que impede o juiz de redecidir questões contra as quais a parte interessada não tenha interposto o competente recurso. Todavia, quando se trata de matéria de cunho processual, por ser esse ramo de direito público e, dessarte, por nelas preponderar o interesse público, não se aplica esse efeito preclusivo. Exalta-se, aqui, o caráter teleológico dessa modalidade de preclusão.

9. Essa redefinição dos poderes das partes e do juiz não foi paralela e concomitante; ao contrário, o abandono dos resquícios de ideologia liberal do século XIX demorou a ocorrer no processo, que somente agora dá demonstrações de ter avançado um diferente patamar.

Esse avanço decorre principalmente do reforço dos poderes do juiz, o qual se dá sem prejuízo das garantias e direitos das partes e das limitações mínimas impostas para que elas desempenhem sua atividade processual, as quais permanecem plenamente vigentes (ainda que tenham sido atenuadas por meio da reinterpretação das normas jurídicas empreendida pela moderna doutrina que pregam o programa pela efetividade do processo).

10. Quanto ao aspecto dinâmico do instituto, a conclusão mais importante que se pode tirar é a de que se o processo civil brasileiro fosse mais oral e concentrado, o impacto da preclusão sobre as questões incidentais seria muito menos sentido, tal como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis e no Processo do Trabalho.

11. Finalmente, a idéia de que o processo civil só assume os seus contornos quando de sua efetiva aplicação prática reflete-se de forma indelével no instituto da preclusão.

Ao longo do texto, surgiram muito exemplos de que o instituto da preclusão, quando aplicado no cotidiano forense, é moldado pelo costume judiciário, especialmente aquele que se traduz em precedentes judiciais. Mais uma prova, portanto, da dificuldade no trato do tema.

Bibliografia

- ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito português: conceito e fundamentos*. Coimbra: Almedina, 1986.
- ALMAGRO NOSETE, José. *Derecho procesal*. Madrid: Trivian, 1995. t. 1, v. 1 e 2.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes. *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 3.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 4.
- . *Primeiras linhas de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.
- . ———. 20. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1 e 4.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 1.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1979. v. 1.
- . Preclusione (diritto processuale civile). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 13, p. 567-570.
- . Preclusione. In: *Nuovo digesto italiano*. Torino: UTET, 1939. v. 17, p. 130-132.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- et al. *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2002.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, v. 25, nº 97, p. 51-106, jan./mar. 2000.
- . Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, p. 93-114, jan./jun. 2001.
- . Tutela antecipatória. In: TELXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 77-112.
- ; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 1.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6.
- . *Manual do processo de execução*. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ATTARDI, Aldo. Per una critica del concetto di preclusione. *Jus*, I, p. 1-17, mar. 1959.
- . Preclusione (principio di). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 34, p. 893-911.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Luiz Carlos. *Da penhora*. São Paulo: Resenha Universitária, 1994.
- . *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- . O reino de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 19-32, 2000.
- ; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: Fieo, 1996.
- ; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2001.
- ; ———. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1983.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- . *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2000. v. 1.
- . *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- . *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, v. 52, nº 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e com notas de atualização de Antônio César Peluso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- . Preclusão e coisa julgada. *RT*, v. 55, nº 365, p. 22-27, mar. 1966.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.
- . *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- . O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, v. 11, nº 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.
- . *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese (Livre-docência em Direito Judiciário Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- . Reformas do CPC em matéria de recursos. *Revista Forense*, v. 97, nº 354, p. 177-185, mar./abr. 2001.
- . Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista Jurídica*, v. 51, nº 306, p. 7-18, abr. 2003.
- . *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- , ——— — segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- , ——— — sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- , ——— — sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- , ——— — oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Alexandre de Alencar. *Acesso à justiça e preclusão civil*. 1996. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 437-474. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7.)
- . *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . Garantia de amplitude da produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151-189.
- . Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, v. 15, nº 60, p. 31-43, out./dez. 1990.
- . *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- . Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211, jun. 1991.
- . *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista Forense*, v. 96, nº 349, p. 85-99, jan./mar. 2000.

- BELTRÃO, Jorge. *Do agravo no auto do processo no sistema do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Juriscredi, 1971.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- BIANCHI, Luca. *I limiti oggettivi dell'appello civile*. Padova: Cedam, 2000.
- BIONDI, Biondo. *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano. Studi in onore di Pietro Bonfante, nel XL anno d'insegnamento*. Milano: Fratelli Treves, 1930. v. 4, p. 31-102.
- BOVE, Lucio. *Imperium*. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, v. 8, p. 209-212.
- BRUNNER, Henrich; SCHWERIN, Claudius von. *Historia del derecho germánico*. Tradução e anotação de José Luiz Álvarez López. Barcelona: Labor, 1936.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1 e v. 2, t. 1.
- . *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BUZAID, Alfredo. *Despacho saneador – coisa julgada e preclusão – venda judicial (parecer)*. RT, v. 51, nº 320, p. 42-58, jun. 1962.
- . *Despacho saneador (continuação)*. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, ano 1, v. 2, p. 83-90, jul./dez. 1960.
- . *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956.
- . *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Exposição de Motivos ao anteprojeto do Código de Processo Civil*. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.
- CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco. Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. v. 2, p. 487-522.
- . *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943. v. 1.
- . *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 3.
- . *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . *Teoria geral dos procedimentos especiais*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais civis, legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1-10.

- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1931. v. 1.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos*. In: VIEIRA NETO, Manuel Augusto (Org.). *Código de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.
- CAPITELLI, Adriana. *Processo civile (diritto intermedio)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 79-100.
- CAPONI, Remo. *La rimessione in termini nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- . *Lefficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.
- ; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1962. 2. v.
- GARLETTI, Amilcare. *Brocardos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1984. v. 1.
- GARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . *O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica*. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34-51. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 3.)
- CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2, p. 693-772.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação rescisória: embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial*. *Revista Jurídica*, v. 52, nº 315, p. 49-62, jan. 2004.
- . *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1959.
- . *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla sottocommissione reale per la riforma del Codice di Procedura Civile – parte prima*. Padova: Cedam, 1926.
- . *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *A tutela antecipada na reforma processual*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53-76.
- . *Código de Processo Civil reformado*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- . *Execução de sentença penal, arbitral e estrangeira (art. 475-N, Parágrafo Único, do CPC) – Processo de execução ou execução sincretizada (cumprimento)?*, *Aspectos polêmicos da nova execução*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 330-338.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CASAD, Robert C. *Res judicata in a nutshell*. St. Paul: West, 1976.
- CASTRO, Anibal de. *Impugnação das decisões judiciais*. Lisboa: Petrony, 1981.

- CAVALLARI, Bona Ciaccia. Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 53, nº 3, p. 887-930, set. 1999.
- CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003.
- CHECCHINI, Aldo. *Studi sull'ordinamento processuale romano e germanico (parte I - il processo romano)*. Padova: Tipografia Seminario, 1925.
- CHIARLONI, Sergio. *Formalismo e garanzie: studi sul processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. 3 v.
- . *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.
- . *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3 v.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Abandono da causa no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, v. 72, nº 254, p. 171-175, abr./maio/jun. 1976.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.
- . *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. 1986. Tese (Professor Titular de Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CIPRIANI, Franco. *Batallas por la justicia civil*. Tradução de Eugenia Ariano Deho. Lima: Cultural Cuzco, 2003.
- . *Ideologie e modelli del processo civile*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.
- . *Materiali per lo studio dell'ordinamento giudiziario*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Preclusioni istruttorie e diritto alla prova. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 53, nº 3, p. 968-995, set. 1998.
- . *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- ; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Madrid: Aranzadi, 1995.
- ; MUERZA ESPARZA, Julio J.; ARMENTA DEU, Teresa; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Elcano: Aranzadi, 2001. v. 1.
- CORNU, Gerard; FOYER, Jean. *Procédure civile*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- CORREA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 2 (*Institutas de Gaio e de Justiniano, vertidas para o português, em confronto com o texto latino*).
- CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Vantentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor. *Derecho procesal civil: parte general*. 3. ed. Madrid: Colex, 2003.
- COSTA, Emílio. *Perfil storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Almedina, Coimbra: 2000.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.

- COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. riv. e agg. Torino: UTET, 1980.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 11. ed. Lisboa: Clássica, 1988.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1966.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- . *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- . *Da reconvenção: perfil histórico e dogmático*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- . Diretrizes do novo processo civil italiano. *Revista de Processo*, v. 18, nº 69, p. 113-121, jan./mar. 1993.
- . Garantia do processo sem dilações indevidas. In: ——— (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-262.
- . *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- . *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*. 2003. Tese (Professor Titular de História do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- . Responsabilidade objetiva e a qualificação jurídica da demanda. *Revista do Advogado*, nº 44, p. 38-42, out. 1994.
- . Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 275-290.
- . *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- . *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DALLAGNOL JUNIOR. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 3.
- . Para um conceito de irregularidade processual. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 83-108.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal: introducción*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Cedam, 1937.
- DENTI, Vittorio. *Dall'azione al giudicato*. Padova: Cedam, 1983.
- . Poteri del giudice. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 13, p. 489-492.
- DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . A reclamação no processo civil brasileiro. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98-110. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 6.)
- . *A reforma da reforma*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- . *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . Efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, de acordo com a Lei 10.325/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22-66. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 5.)
- . Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira. In: *Enrico Tullio Liebman oggi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- . *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.
- . *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 3 v.
- . *Litisconsórcio*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- . Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1-17.
- . *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . *Tempestividade dos recursos*. Inédito.
- DI SANTIS, Francesco. *La rimessione in termini nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- D'ONOFRIO, Paolo. *Diritto processuale civile*. 2. ed. riv. Napoli: Jovene, 1948.
- . Sul concetto di preclusione. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel centinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927. p. 427-437.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo do Estado da Bahia anotado*. Bahia: Tip. Bahiana, 1916.
- ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do direito processual civil: uma análise crítica do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- EVANGELISTA, Stefanomaria; JANNELLI, Domenico. *Manuale di procedura civile*. Torino: UTET, 1996.
- FABBRINI, Giovanni. *Scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 1.
- FALZEA, Angelo. Accertamento. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968. v. 1, p. 205-219.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 334-372.
- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1995. v. 1.
- . Processo civile (diritto vigente). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 118-198.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*. 1989. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FERNANDES, Marcus Vinícius Tenório da Costa. *Capítulos da sentença*. 2002. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.
- FERREIRA, William dos Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 985-1053.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, t. 1.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- . Intimação de liminar e prazo para recorrer. *Tribuna do Direito*, v. 9, nº 106, p. 421, fev. 2004.
- . Nova execução: aonde vamos? *Tribuna do Direito*, v. 9, nº 114, p. 32, out. 2004.
- GARBAGNATI, Edoardo. Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo. *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di Francesco Carnelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 469-483.
- GERALDES, Antônio dos Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1999. 2 v.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIANNOZZI, Giancarlo. *Il reclamo nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1968.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução da 2ª ed. alemã por Leonardo Pietro Castro, com adendos e notas sobre a doutrina e legislação espanhola por Niceto Alcalá-Zamona y Castillo. Barcelona: Labor, 1936.
- GOMES JR., Luiz Manoel. A complementação do preparo: uma proposta de exegese do parágrafo 2º do artigo 511 do CPC inserido pela Lei 9.756/98. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 453-462. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 3.)

- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *La nueva ley de enjuiciamiento civil*. Coordenação de Valentín Cortés Domínguez e Víctor Moreno Catena. Madrid: Tecnos, 2000. t. 1.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido. *La jurisdicción voluntaria*. 3. ed. Madrid: Aranzadi, 1997.
- GRASSO, Edoardo. La colaboración nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 580-609, 1966.
- . Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile di primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, n° 3, p. 639-655, set. 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- . *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- . ———. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.
- GROSSI, Paolo. *Ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1995.
- GUARNIERI, Giuseppe. Preclusione (processuale penale). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 13, p. 570-576.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Civitas, 2003. t. 1.
- GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. *Procédure civile*. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- GUSMÃO, Helvécio. *Código de Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro Santos, 1931.
- HAZARD JR., Geoffrey C. Forms of action under the federal rules of civil procedure. *Notre Dame Law Review*, v. 63, n° 5, p. 628-644, 1988.
- JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JÖRS, Paul. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. 2. ed. rev. por Wolfgang Kunkel. Madrid: Labor, 1937.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armada de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ; SANSEVERINO, Milton. *A citação no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 8, t. 1.
- . *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

- LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, v. 10, n° 28, p. 7-14, jul. 1983.
- LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile: la novella del 1990* (appunti per gli studenti). Milano: Giuffrè, 1991.
- LAGOIEIRO, Manoel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1930.
- LENT, Frederich. *Diritto processuale civile tedesco*. Tradução de Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.
- . Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 10, p. 150-158, 1954.
- LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1961. v. 1.
- LIANO GONZALEZ, Fernando Gómez de. La posición del juez en la nueva ley de enjuiciamiento civil. In: SAYROL, Jaime Alonso-Cuevillas (Coord.). *Instituciones del nuevo proceso civil*. Barcelona: Economist & Jurist, 2000. v. 1, p. 71-86.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- . *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.
- . *Fundamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 552-565, 1960.
- . Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di Francesco Carnelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 581-607.
- . *Lezioni di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1932. 2 v.
- . *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- . *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1980. 2 v.
- . "Parte" o "capo" di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 47-63, 1964.
- . *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.
- . *Unità del giudicato*. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 233-238, 1986.
- LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, v. 6, n° 23, p. 45-60, jul.-set. 1981.
- . Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 9, n° 35, p. 24-67, abr./jun. 1984.
- . Preparo do recurso e preclusão consumativa. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n° 11, p. 193-195, jun. 1996.
- LORCA NAVARRETTE, Antonio Maria; ARANGÜENA FANEGO, Coral et al. *Comentários a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2000. t. 1.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- . *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

- LUMIA, Giuseppe. *Il giudice e la legge: controllo sociale, giurisdizione e libertà*. Milano: Giuffrè, 1971.
- . *L'equità tra la giustizia e la legge*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 31, p. 708-728, 1976.
- LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Giurisdizione (storia)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 19, p. 190-199.
- MACHADO, Antônio Montanhão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1969.
- MAGALHÃES, João Fernando Fernandes. *A reforma do processo civil três anos depois*. *Scientia Juridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga, v. 50, nº 289, p. 109-114, jan./abr. 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Preclusões: limitações ao contraditório?* *Revista de Processo*, v. 5, nº 17, p. 105-114, jan./mar. 1980.
- . *Procedimentos especiais*. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
- et al. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- . *Tutela antecipada, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Edição rev., atual. e ampl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000.
- . *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 5 v.
- . *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 4 v.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 3.
- MARTINEZ-PARDO, Jesús Maria; PRADO, Javier Seoane; ACHÚTEGUI, Edmundo Rodriguez et al. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Sepin, 2000. v. 1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento*. *Revista Forense*, v. 83, nº 298, p. 7-9, abr./maio 1987.

- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- . *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- . *Saneamento do processo*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 59-72.
- MENESTRINA, Francesco. *Pregiudiciale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- MERÊA, Manuel Paulo. *Resumo das lições de história do direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1925.
- MICHELLI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1960. v. 2.
- MINOLI, Eugenio. *Lacuoscenza nel processo civile*. Milano: Vallardi, 1948.
- MIRANDA, Vicente Chermont de. *Preclusão e coisa julgada*. *Revista Forense*, v. 38, n. 85, p. 419-420, jan. 1941.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.
- . *Preclusão (processo civil)*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 141-183.
- . *Procedimento: formalismo e burocracia*. *Revista Forense*, nº 358, p. 49-58, nov./dez. 2001.
- MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Tradução e prefácio de Franco Cipriani. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- ; FLORS MATÍES, José. *Los recursos en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILLAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*. 13. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. v. 2.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- . 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Recursos y otros medios de impugnación*. Madrid: Dijusa, 2001.
- NAVARRO, Luiz George. *A defesa do réu na história do processo*. 1994. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- . *Audiência preliminar e saneamento do processo*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 335-345.
- . *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- . *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. Preparo e preclusão consumativa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 637-641.
- NEVES, Celso. *Cosa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- . *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença civil: perfil histórico-dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
- . Procedimento e ideologia no direito brasileiro. *Ajuris*, v. 12, nº 33, p. 79-85, mar. 1985.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Carência da ação e efeito devolutivo da apelação. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 213-231.
- ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*. Reimpressão da 2. ed. ampl. Torino: G. Giappichelli, 1966.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Doxa, nº 14, p. 169-194, 1993.
- PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa de. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PANNAIN, Remo. *Le sanzioni degli atti processuali penali*. Napoli: Jovene, 1933.
- PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 2, nº 5, p. 15-42, jan./mar. 1977.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro, das origens lusas à escola crítica do processo*. São Paulo: Manole, 2002.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943. t. 1.
- PINTO JUNIOR, Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir de pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PINTO, Ligia Paula Pires. *Interpretação dos novos dispositivos do Código Civil quanto às obrigações advindas de relações empresariais e o papel da jurisprudência*. Inédito.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- POLI, Roberto. Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 50, nº 2, p. 447-479, abr./jun. 1996.
- PONTES, Epaminondas. Preclusão. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. São Paulo: Borsoi, 1947. v. 38, p. 335-342.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 3, 4, 5 e 7.
- . *Dex anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 8.
- . *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PROTO PISANI, Andrea. Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 386-413, 1990.
- . *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (diritto vigente). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18, p. 785-893.
- . Giudicato civile (storia). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18, p. 727-785.
- . *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- . *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1.
- . ———. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3.
- . *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.
- REINALDO FILHO, Demócrito. *Juizados especiais cíveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIS, Dagma Paulino dos. *Dicionário jurisprudencial*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948. v. 1.
- REINAL QUEROL, Nuria. Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil. In: SAYROL, Jaime Alonso-Cuevillas (Coord.). *Instituciones del nuevo proceso civil*. Barcelona: Economist & Jurist, 2000. v. 1, p. 257-287.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1950. v. 2.
- RIBÓ DURAN, Luis. *Diccionario de derecho*. Barcelona: Bosch, 1997.
- RICCI, Gian Franco. 'Individuazione' o 'sostanziazione' nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 49, nº 4, p. 1227-1251, dez. 1995.
- RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1953.

- ROCHA, José de Moura. *Da preclusão e da atividade processual das partes*. 1954. Dissertação (Cadeira de Prática do Processo Civil e Comercial) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Recife, Recife.
- . Preclusão: prazo preclusivo. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 60, p. 10-17.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- RODRÍGUEZ URRAGA, Jose. *Autoridad del juez y principio dispositivo*. Valencia: Universitat de Carabobo, 1968.
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. t. 1.
- SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança, 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121-151.
- SALVIOLI, Giuseppe. *Storia del diritto italiano*. Torino: UTET, 1921.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.
- SARACINI, Eugenio. *Il termine e le sue funzioni*. Milano: Giuffrè, 1979.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 9. ed. riv. e ampl. a cura di Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1981.
- SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Revisão por Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1936.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953. v. 1 (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos).
- SERRERA, Pedro Luis. Algunas consideraciones sobre la preclusión civil. *Revista de Derecho Procesal*, p. 451-473, 2003.
- SHAPIRO, David L. *Civil procedure: preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186-209.
- . *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil*. Inédito.
- . Reconhecimento *ex officio* da cláusula de eleição de foro e exceção de incompetência relativa (artigos 112, parágrafo único, 114 e 305 do CPC). In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 210-214.
- . Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161-230. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 8.)
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado, histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

- SILVA, Francisco de Oliveira. *Direito civil e processual civil: apelação, agravo de petição, agravo de instrumento, agravo no auto do processo*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 1 (Fontes do direito).
- SILVEIRA, José dos Santos. *Impugnação das decisões em processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- SOUZA, Everardo de. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, v. 71, nº 251, p.101-112, ago./set. 1975.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 22, nº 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.
- TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*, v. 22, nº 86, p. 76-111, abr./jun. 1997.
- . *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.
- TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. 2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. *Revista de Processo*, v. 24, nº 95, p. 9-11, jul./set. 1999.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983.
- THEODORO JR., Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista Jurídica*, v. 49, nº 273, p. 5-23, jul. 2000.
- . As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 8, nº 30, p. 38-60, abr./jun. 1983.
- TUCCI, Rogério Lauria. Preclusão. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 60, p. 8-10.
- VALLINES GARCÍA, Enrique. *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2004.
- VARELA, Antonio; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio E. *Manual de processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de. O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais. *RT*, nº 616, p. 17-25, fev. 1987.
- VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6. ed. agg. Napoli: Jovene, 2001.
- VICENZI, Brunella Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

———. *Novos contornos do recurso de agravo*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 591-612.

———. *Nulidades da sentença*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

———. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

———. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

aqui

Cole aqui

Sim. Quero fazer parte do banco de dados seletivo da Editora Atlas para receber informações sobre lançamentos na(s) área(s) de meu interesse.

Nome: _____

CPF: _____ Sexo: Masc. Fem.

Data de Nascimento: _____ Est. Civil: Solteiro Casado

End. Residencial: _____

Cidade: _____ CEP: _____

Tel. Res.: _____ Fax: _____ E-mail: _____

End. Comercial.: _____

Cidade: _____ CEP: _____

Tel. Com.: _____ Fax: _____ E-mail: _____

De que forma tomou conhecimento desse livro?

- Jornal Revista Internet Rádio TV Mala Direta
 Indicação de Professores Outros: _____

Remeter correspondência para o endereço: Residencial Comercial

aqui

Indique sua(s) área(s) de interesse:

- Direito Civil / Processual Civil
 Direito Penal / Processual Penal
 Direito do Trabalho / Processual do Trabalho
 Direito Financeiro Tributário / Processual Tributário
 Direito Comercial
 Direito Administrativo
 Direito Constitucional
 Direito Difusos e Coletivos
 Outras Áreas _____

Comentários