

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**ESTÁTICA E DINÂMICA DAS PRECLUSÕES PROCESSUAIS CIVIS:
REVISITANDO O INSTITUTO**

CURITIBA

MARÇO – 2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

ANISSARA TOSCAN

**ESTÁTICA E DINÂMICA DAS PRECLUSÕES PROCESSUAIS CIVIS:
REVISITANDO O INSTITUTO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA

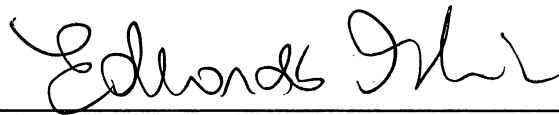
MARÇO – 2015

TERMO DE APROVAÇÃO

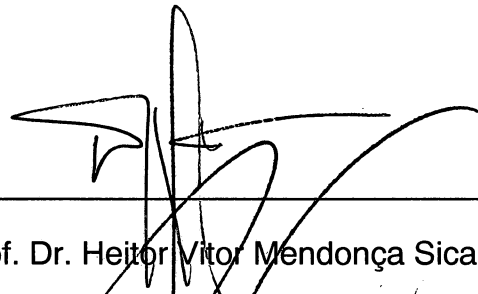
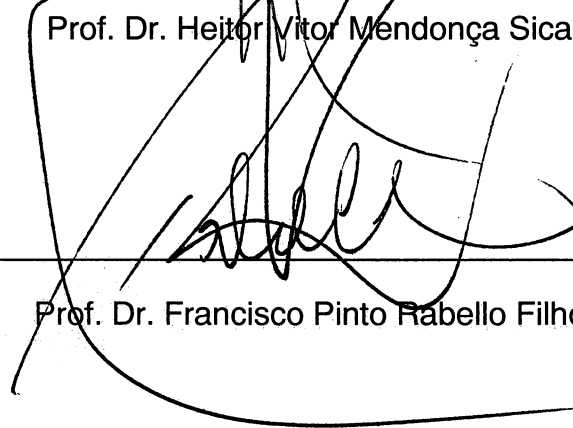
ESTÁTICA E DINÂMICA DAS PRECLUSÕES PROCESSUAIS CIVIS: REVISITANDO O INSTITUTO

ANISSARA TOSCAN

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Eduardo Talamini



Prof. Orientador Dr. Eduardo Talamini

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho

CURITIBA

MARÇO – 2015

Aos meus pais, hoje e sempre, pelo amor incondicional.

“Se um dia, já homem feito e respeitado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras se desmoronam, que não há ninguém à tua volta para te estender a mão, esquece a tua maturidade, volta à tua infância e balbucia, entre lágrimas e esperanças, as últimas palavras que sempre te restarão na alma: *‘meu pai, minha mãe’*” (Rui Barbosa).

AGRADECIMENTOS

Desafio tão grande quanto escrever esta dissertação é encontrar palavras para agradecer aos que me impulsionaram nessa trajetória. Sem olvidar os demais amigos, familiares e professores, alguns nomes não podem deixar de aqui constar expressamente:

Iniciando por meus pais, *Idalino e Nelci Toscan*, e irmãos, *Fernando e Sabrina Toscan*, aos quais são poucas todas as honrarias do mundo para demonstrar meu amor e gratidão: obrigada pelo *tudo*.

Ao *Vinícius Santos Ribas*, óleo despejado sobre minhas águas agitadas, “encontrar” do que nem sabia que buscava: obrigada pelo amor, pela compreensão, pelo companheirismo e, acima de tudo, por não me deixar desanimar.

Às amigas *Fernanda Cecílio Forster*, *Andreza Cristina Baroni* e *Thaíse Formigari Fontana Coraiolla*, que do mesmo modo como compuseram linhas de agradecimentos de minha monografia de graduação, não podem deixar de aqui constar: obrigada por estarem ao meu lado, ainda e sempre.

À amiga *Thaís Amoroso Paschoal Lunardi*, veterana de faculdade e revisora deste trabalho: obrigada pelas proveitosas conversas, pelos conselhos, pelas palavras de carinho e de incentivo.

Às amigas (*Danielli Weber Santos Costi*, *Wanessa dos Reis Schuenck*, *Karina Gimenez Kania Godzikowski*, *Karla Michelin* e *Mayra Kussakawa*) e amigo (*Erick Norberto Basso*) do Tribunal de Justiça do Paraná, companheiros em minhas tormentas vespertinas: obrigada pelo apoio, pela compreensão, pela torcida.

Ao indispensável e persistente professor orientador *Dr. Eduardo Talamini*, responsável por muito do ainda pouco que sei: obrigada pela competência científica e atenção dispensada na orientação desta dissertação, pela paciência, disponibilidade, generosidade e profissionalismo.

Ao *Des. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho*, que tanto na diuturna condição de chefe, como nas igualmente cotidianas intervenções acadêmicas, tornou-se um querido amigo: obrigada pela mão estendida, pelos conselhos valorosos, por me ajudar a crescer intelectual e humanamente.

Aos professores *Dr. Manoel Caetano Ferreira Filho* e *Dr. Antônio Alves do Prado Filho*, que sempre preencherão páginas de agradecimentos meus, obrigada por acreditarem em mim, desde os primeiros passos de minha trajetória pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Ao professor Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica, cuja obra foi fonte de inspiração e norte para muitas das reflexões empreendidas: obrigada por ter, gentilmente, aceito o convite de compor, ao lado dos professores Dr. Eduardo Talamini e Dr. Francisco Pinto Rabello Filho, a banca examinadora desta dissertação.

Vocês todos são a prova de que apenas é realidade *o sonho que se sonha junto*. Obrigada!

“A ordem é o sinal e não a causa da existência. Da mesma maneira que o plano do poema é sinal de que ele está acabado e marca da sua perfeição. Não é em nome de um plano que tu trabalhas, tu trabalhas para obter um plano. [...] Não tropeces na tua linguagem. Se impuseres a vida, fundarás a ordem; se impuseres a ordem, imporás a morte. A ordem pela ordem é caricatura da vida” (Antoine de Saint-Exupéry, *in* "Cidadela").

RESUMO

O presente trabalho está voltado ao estudo dos aspectos estático e dinâmico da preclusão processual civil, evidenciando que diversamente do que indica a formulação chiovendiana, esse instituto diz respeito, em sentido técnico-científico, à exclusão de direitos processuais decorrente do adimplemento ou descumprimento de ônus processuais, ou da prática de ato incompatível com seu exercício. Nesses termos, e considerando que o juiz não tem ônus, tampouco direitos, mas sim e apenas poderes-deveres relacionados com a condução do processo, a preclusão o atinge apenas de modo reflexo, o que é inerente à compreensão das normas preclusivas como normas de comportamento e de julgamento. O instituto objeto de estudo guarda íntima relação com os princípios da segurança jurídica e do contraditório-cooperação, imputando, ademais, responsabilidade às partes pelos atos processuais que praticam.

Palavras-chave: preclusão; ônus; segurança jurídica; responsabilidade; normas de comportamento; normas de julgamento; dinâmica processual.

ABSTRACT

The present dissertation is devoted to the study of the static and dynamic aspects of preclusion in civil procedural law, demonstrating that unlike indicates the formulation of Chiovenda, collateral estoppel is related, in a technical-scientific sense, to the exclusion of procedural rights resulting from compliance or breach of procedural burdens, or the practice of an act incompatible with its exercise. In these terms, and considering that the judge has no burdens or rights, but only powers-duties to conduct the lawsuit, the doctrine of collateral estoppel hits him only on a reflected manner, which is inherent to comprehend the preclusive norms as standards of behavior and judgment. The object of study holds intimate relationship with the principles of legal certainty and the right of defense-cooperation, imposing responsibility to the parties by the procedural acts performed by them.

Keywords: collateral estoppel; burden; legal certainty; responsibility; standards of behavior; standards of judgment; procedural dynamics.

LISTA DE ABREVIATURAS

al. – alínea

art. – artigo

CC – Código Civil

CCív. – Câmara Cível

C.E. – Corte Especial

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

i.e. – *id est* (isto é)

inc. – inciso

j. – julgamento

LAJ – Lei da Assistência Judiciária

Min. – Ministro

PL – Projeto de Lei

p.u. – parágrafo único

rel. – Relator

S. – Seção

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

T. – Turma

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	15
PARTE I: ESTÁTICA.....	20
SEÇÃO PRIMEIRA: O CONCEITO DE PRECLUSÃO	20
1. “Preclusão”: um chiovendianismo.....	20
2. O gradativo delineamento da preclusão chiovendiana	26
3. Negações pela doutrina italiana	34
4. Reformulações posteriores na doutrina italiana.....	40
5. Panorama doutrinário brasileiro	48
5.1. <i>Segue. A preclusão incidente sobre o juiz segundo a doutrina nacional</i>	57
6. Valoração crítica acerca do conceito de preclusão.....	70
6.1. <i>Diz respeito a ônus processuais, não a faculdades</i>	72
6.2. <i>Importa exclusão, e não perda</i>	82
6.3. <i>Afasta-se das ideias de dever e de sanção</i>	83
6.4. <i>Incide sobre direitos processuais das partes, direta e reflexamente</i>	86
6.5. <i>Opera sobre o juiz (apenas) de modo reflexo-indireto</i>	88
6.6. <i>Preclusões como normas de comportamento e de julgamento</i>	92
6.6.1. O óbice à alteração da decisão incide desde sua publicação, e não apenas depois de precluso o direito da parte de recorrer: fenômeno diverso da preclusão	97
6.7. <i>Arremate do capítulo: importância e utilidade científica da redefinição do instituto nos termos propostos</i>	99
SEÇÃO SEGUNDA: OUTROS ASPECTOS RELEVANTES DO INSTITUTO.....	102
7. Natureza jurídica	102
8. Efeitos	108
8.1. <i>Preclusão, inadmissibilidade e invalidade</i>	109
8.2. <i>Repercussão endoprocessual</i>	110
8.3. <i>Ônus perfeitos e imperfeitos</i>	111
9. Funções positiva e negativa	113
10. Limites objetivos e subjetivos	115
11. Classificação	117
11.1. <i>Preclusão temporal</i>	118
11.2. <i>Preclusão lógica</i>	121
11.3. <i>Preclusão consumativa</i>	124
11.4. <i>Breves parênteses: a “preclusão” hierárquica</i>	129
12. Racionalidade	130
12.1. <i>Reflexão: preclusão, justiça, segurança jurídica</i>	133
12.2. <i>Segue. Razões publicísticas da preclusão</i>	138
12.3. <i>Ainda: preclusão e responsabilidade</i>	141
12.4. <i>Preclusão, contraditório-cooperação e lealdade processual</i>	146
PARTE II: DINÂMICA.....	153

14. O sistema de preclusões do procedimento comum ordinário estabelecido pelo CPC de 1973: reflexões aproximativas ao regramento estabelecido pelo CPC de 2015	156
14.1. <i>A fase postulatória</i>	156
14.1.1 A petição inicial.....	157
14.1.1.1 Indeferimento da petição inicial e julgamento liminar de improcedência do pedido.....	163
14.1.2 As respostas do réu	165
14.1.2.1 A contestação.....	168
14.1.2.1.1 Segue. A réplica.....	173
14.1.2.2 A reconvenção	174
14.1.2.3 As exceções.....	176
14.1.3 Princípio da eventualidade	179
14.1.4 A estabilização da demanda.....	180
14.1.5 Matérias que admitem dedução extemporânea.....	181
14.1.6 Especificação das provas cuja produção é pretendida.....	183
14.2. <i>A fase saneadora</i>	183
14.3. <i>A fase instrutória</i>	187
14.3.1 A prova documental	187
14.3.2 A prova pericial	189
14.3.3 A prova oral	190
14.3.4 A iniciativa instrutória do juiz	192
14.3.5 As alegações finais.....	196
14.4. <i>A fase decisória</i>	197
14.5. <i>A fase recursal</i>	198
14.5.1 Embargos de declaração.....	199
14.5.2 Agravos.....	201
14.5.3 Apelação	204
14.5.4 Recurso adesivo	208
14.5.5 A unirrecorribilidade	209
14.5.6 Preclusão consumativa e emenda ou correção de recursos	210
14.6. <i>Arremate do capítulo</i>	215
15. Breves parênteses: posições jurídicas e atos processuais não sujeitos a preclusão	217
15.1. <i>Faculdades processuais</i>	217
15.2. <i>Erros materiais</i>	219
15.3. <i>Deveres processuais</i>	221
15.4. <i>Matérias conhecíveis de ofício</i>	222
15.5. <i>Jurisdição voluntária</i>	224
16. Preclusão e tutelas provisórias (de urgência e da evidência)	224
16.1. <i>O CPC de 1973</i>	224
16.2. <i>O CPC de 2015</i>	229
16.2.1 Tutelas (provisórias) de urgência incidentais.....	229
16.2.2 Tutelas (provisórias) de urgência em caráter antecedente.....	231
16.2.2.1 Tutela antecipada em caráter antecedente.....	232
16.2.2.2 Tutela cautelar em caráter antecedente	238

16.2.2.3 A fungibilidade <i>de mão dupla</i>	239
16.2.3 Tutela (“provisória”) da evidência.....	240
17. Preclusão e ação monitória.....	242
17.1. O decreto d’ <i>ingiunzione italiano</i> e a ação monitória prevista pelo CPC brasileiro de 1973.....	243
17.2. O CPC de 2015.....	245
18. Preclusão e negócios processuais	247
19. Preclusão e julgamento parcial de mérito	252
CONCLUSÕES.....	256
BIBLIOGRAFIA.....	260

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A respeito das implicações do tempo sobre o processo preocupou-se, notoriamente, ao final do século XIX, Oskar von Bülow, identificando um fenômeno processual que ensejava perda de um direito em razão do não cumprimento de uma atividade no momento estabelecido¹. Posteriormente, observando que todo processo, para assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento de seus atos, coloca limites ao exercício das faculdades processuais, Giuseppe Chiovenda batizou a consequência daí advinda – qual seja, a de que para além de tais limites essas não podem ser exercidas – com o nome de “preclusão”, termo esse, segundo o jurista, inspirado na *poena praeclusi* do direito comum².

Partindo dessas construções teóricas, doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido quase uníssono de desvincular a preclusão tanto da ideia de sanção, como de sua apreensão meramente temporal, porém sem conseguir evitar que esse instituto acabasse assumindo contornos ambíguos³. Como se notará ao longo deste trabalho, quase tudo o que diz respeito à preclusão (conceito, natureza jurídica, efeitos, classificação *etc.*) pode ser objeto de discussão ou crítica, sem que a escassa atenção que lhe tem sido conferida no âmbito doutrinário nacional tenha contribuído para esclarecer essa situação.

Com efeito, pouco se escreveu e se escreve no Brasil acerca das preclusões processuais. Nesse sentido, observou Antonio Carlos Marcato que “mesmo encontrando fértil campo de aplicação em nosso direito processual, o instituto da preclusão vem sendo relegado pela doutrina pátria, inexplicavelmente, a um plano subalterno”⁴. Também Donaldo Armelin asseverou que “O instituto da

¹ BÜLOW, Oskar Von. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. AcP, 62-63, 1879, p. 74 apud CAPONI, Remo. *La rimessione in termini nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67.

² CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. III. Milano: Giuffrè, 1993, p. 231-283[232].

³ ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009, p. 11-12.

⁴ MARCATO, Antonio Carlos. “Preclusões: limitação ao contraditório?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 17, jan.-mar./1980, p. 105-114[105].

preclusão, fundamental para o processo como instrumento dinâmico de prestação da tutela jurisdicional, tem sido, de certa forma, negligenciado pela doutrina processual nacional”, acrescentando que “Embora tenha sido abordado em obras gerais, poucas são as monografias que, em nosso país, versaram a matéria”, e “mesmo estas poucas monografias não estão inteiramente atualizadas”⁵.

Nesse contexto, *jaz ainda na penumbra esse instituto processual*, obscurecido que foi por definições inadequadas⁶, que implicaram distorções não apenas terminológicas, como principalmente em relação à compreensão de seu âmbito de abrangência, de seus escopos, de sua racionalidade. Demais disso, constata-se a insuficiência da abordagem, em geral até então realizada, das preclusões do ponto de vista exclusivamente estático, na medida em que é precisamente a consideração sobre sua incidência na dinâmica processual e sobre como repercutirão no comportamento das partes e do juiz e nas decisões judiciais que justificará sua existência e utilidade dentro do processo.

§ 1.º Delimitação do tema

Considerando a já apontada escassez de estudos aprofundados a respeito do tema eleito, objetivamos, com a presente dissertação, levantar tudo o que de mais relevante foi escrito, especialmente pelas doutrinas italiana – onde o instituto foi objeto de investigação mais profunda – e nacional, acerca da preclusão processual civil, em ordem a amparar uma nova proposta de delineamento desse instituto, mais condizente, ao nosso sentir, com seus próprios escopos e com a atual realidade normativo-constitucional.

⁵ Trechos extraídos da *Apresentação* feita por Armelin à obra: GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007 [p. XIX].

⁶ Parafraseamos Bülow, quando afirma que “A ciência processual civil tem, ainda, um longo caminho a percorrer para alcançar o progresso obtido em outros campos do direito. Para isto, é conveniente, antes de tudo, o estímulo de uma investigação dogmática livre. Ainda jazem na penumbra as mais importantes ideias processuais, obscurecidas por uma construção conceitual inadequada e uma errônea terminologia; ambas, herança recebida do direito medieval e conservada com a maior fidelidade e constância” (BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (Trad. e notas: Ricardo Rodrigues Gama). 2. ed. Campinas: LZN, 2005, p. 3).

Nesse caminhar, cabe-nos esclarecer que reputamos prescindível, para os fins a que nos propusemos, a abordagem de institutos afínicos à preclusão (como coisa julgada, decadência, prescrição, nulidades *etc.*), de modo que eventual menção a um ou outro deles ao longo do trabalho se dará exclusivamente para o melhor desenvolvimento do assunto sobre o qual aqui recaem, conforme se perceberá, todos os holofotes.

Outrossim, não serão aprofundadas as remotas origens históricas do instituto (*i.e.*, direito romano, germânico, canônico *etc.*), privilegiando-se a investigação acerca da doutrina posterior à construção chiovendiana, sobre a qual, como se demonstrará, deita raízes sua compreensão contemporânea. Igualmente se notará a ausência, também por refugir aos propósitos deste trabalho, de ampla abordagem sobre perfis da preclusão em sistemas processuais estrangeiros, excetuada a exposição de algumas características pertinentes ao italiano, em virtude de nele se encontrar, como já alinhavado, o germe do instituto.

Por outro lado, a análise se dará, como o título do trabalho já indica, tanto sob o ponto de vista *estático* da preclusão, é dizer, de um fenômeno incidente sobre ônus processuais específicos, como sob seu aspecto *dinâmico*, referente às repercussões que provoca no desenrolar procedimental. Dividimos, então, o estudo em duas partes, denominadas *Estática* e *Dinâmica*, em virtude de a abordagem se dar, em cada uma, *preponderantemente* sob o viés indicado, porém sem exclusão de que constem em ambas reflexões das duas naturezas.

Ademais, cabe desde logo destacar que muitas das ponderações por nós explanadas ao longo da dissertação consubstanciam considerações acerca de como *deve ser*, segundo entendemos, compreendido o instituto da preclusão, o que não necessariamente se coadunará com o modo como ele vem sendo estudado ou tem sido aplicado pelos tribunais.

§ 2.º Desenvolvimento da dissertação e esclarecimentos metodológicos

Esta dissertação é composta por duas partes (*Estática e Dinâmica*), a primeira delas subdividida em duas seções.

A Seção Primeira da Parte I, voltada precipuamente à reflexão acerca do *conceito* de preclusão, é composta por seis capítulos, dos quais os cinco primeiros, por opção metodológica e por acreditarmos que assim serão melhor compreendidas as ideias e definições então apresentadas, são de conteúdo eminentemente expositivo – conquanto por vezes, como se notará, não tenhamos conseguido evitar entrelaçá-los a um ou outro juízo valorativo pessoal. Relegamos, a partir daí, ao sexto capítulo a apresentação de uma valoração propriamente crítica acerca do tema (*i.e.*, conceito de preclusão), com explanação de nossas próprias opiniões a esse respeito.

Na Seção Segunda, a dedicação está direcionada à análise de outros aspectos que, ao nosso sentir, são relevantes à compreensão da preclusão processual civil, quais sejam, (i) sua natureza jurídica, (ii) seus efeitos, (iii) suas funções positiva e negativa, (iv) seus limites objetivos e subjetivos; (v) sua classificação e (vi) sua racionalidade. Nesses cinco capítulos, as elucidações expositivas estão quase sempre permeadas por nossas opiniões próprias, para as quais preferimos, até mesmo a fim de preservar a linearidade do desenvolvimento dos temas estudados, não reservar um capítulo autônomo. Por isso, conforme se observará, procuramos deixar evidentes os pontos em que foram meramente expostas ideias alheias e aqueles que consistiram propriamente manifestações de nossa compreensão acerca dos assuntos abordados.

A seu turno, a Parte II é composta por sete capítulos, nos quais buscaremos demonstrar a íntima relação existente entre preclusão e dinâmica processual, apresentando a forma como se insere em cada uma das fases componentes do procedimento, e dedicando, para concluir, atenção especial a sua relação com tutelas provisórias, ação monitória, negócios processuais e julgamento parcial de mérito. Também aqui, cabe esclarecer, o desenvolvimento dos assuntos está permeado tanto por considerações meramente expositivas, como por opiniões próprias, com o que buscaremos primar pela clareza quanto à aproximação e ao distaciamento dessas ideias.

Outrossim, toca-nos neste ponto destacar que embora não desprezemos a existência de uma pluralidade de procedimentos, a cujas peculiaridades mostra-se absolutamente sensível o fenômeno preclusivo, como a pretensão é de exposição de aspectos gerais das preclusões ocorridas no curso do processo – até por conta da notória inviabilidade de esgotamento do tema –, a abordagem foi direcionada àquelas abrolhadas no transcorrer do *rito comum ordinário*.

Além disso, considerando que o momento atual é de ainda vigência do CPC de 1973, porém também de início de uma transição para o CPC de 2015, não podemos desprezar qualquer desses diplomas processuais, razão pela qual a análise dos ônus processuais inseridos no procedimento legal não dispensa uma reflexão comparativa e aproximativa dos dois sistemas. Por outro lado, cabe destacar que reputamos oportuno não expor a orientação jurisprudencial em apartado; pelo contrário, a contribuição da jurisprudência será apresentada sempre que necessária à elucidação das controvérsias formuladas.

Finalmente, registramos que a ortografia das citações doutrinárias foram atualizadas de acordo com o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, e que foram mantidas na língua original apenas as citações doutrinárias transcritas em notas de rodapé, tendo-se mostrado necessária, quando mencionadas no corpo do texto, sua tradução para o português, mormente com o fito de imprimir linearidade à exposição.

PARTE I: ESTÁTICA

SEÇÃO PRIMEIRA: O CONCEITO DE PRECLUSÃO

1. “Preclusão”: um *chiovendianismo*

Do ponto de vista etimológico, a raiz latina do vocábulo “*preclusão*” (“*praecludere*”) resulta da união do verbo “*claudere*” (fechar, acabar, terminar, encerrar, tolher, impedir⁷) com o prefixo “*prae*” (diante de, na cara de, em frente de, defronte de⁸), denotando, nesse sentido, o ato de *fechar, obstruir, bloquear, tapar*⁹. A literatura latina nos brinda com exemplos de utilização do verbo “*praecludere*” consubstanciando precisamente esse sentido, como na *Fábula XXII* do *Livro I* das *Fábulas de Phedro* (ca. 15 a.C. – ca. 55 d.C.):

Canis fidélis

Repentè liberâlis, stultis gratus est,

⁷ “**claudō (cludō), -is, -êre, clausi, clausum**, v. tr. 1) Fechar, trancar, cerrar (Cíc. Tusc. 5, 59). 2) Encerrar, cercar, cingir, enclausurar (T. Lív. 23, 2, 9). Daí: 3) Deter, suspender, impedir, cortar (Ov. Met. 6, 572). 4) Encerrar, terminar, acabar (Ov. F. 3, 384). 5) Empregos diversos: Na língua da retórica: encerrar: **pedibus verba...** (Hor. Sát. 2, 1, 28) «encerrar as palavras no ritmo». 6) Loc: **claudere urbem operibus** (C. Nep. Milc. 7, 2) «cercar uma cidade com obras de circunvalação»; **agmen claudere** (Cés. B. Gal. 2,19, 3) «formar a retaguarda, encerrar a marcha». Obs.: A forma **cludo** não ocorre em César nem em Cícero” (FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 3. ed. Rio de Janeiro: Artes Gráficas Gomes de Souza S/A, 1962, p. 195).

⁸ “**prae**, prep. (abl.) e preverbo. I – Sent. próprio: 1) Adiante de, diante de, em frente de, defronte de: **prae se agere** (T. Lív. 1,7,4) «conduzir adiante de si, conduzir na frente». II – Sent. diversos: 2) Por causa de (em frases negativas ou de sent. negativo): **nec loqui prae maerore potuit** (Cíc. Planc. 99) «não pôde falar por causa da dor». 3) Em comparação com, à vista de: **tu prae nobis beatus es** (Cíc. Fam. 4, 4, 2) «tu és feliz, em comparação conosco». Donde: 4) Mais que, de preferência: **prae** (Her. 2, 34) «mais que o resto». III – Sent. figurado: 5) Ostensivamente, diante de todos: **prae se genere** (Cíc. Inc. 2, 30) «fazer ostensivamente»” (FARIA, *Dicionário...*, p. 774).

⁹ “**praeclū dō, -îs, -êre, -clūsi, -clūsum**, v. tr. I – Sent. próprio: 1) Fechar, tapar, obstruir (Cíc. Verr. 5, 168). II – Sent. figurado: 2) Fechar, impedir, embargar (Sên. Ben. 3, 18); (T. Lív. 33, 13, 5)” (FARIA, *Dicionário...*, p. 776).

Verum peritis inritos tendit dolos.
 Nocturnus quum fur panem misisset Cani,
 Objécto, tentans, an cibo posset capi:
 Heus, si, inquit, linguam vis meam *præcludere*,
 Ne latrem pro re dómini? multum fálleris.
 Namque ista súbita me juvet benignitas
 Vigiláre fácias ne meâ culpâ lucrum.¹⁰

Esse significado latino – de *uso comum* (é dizer, não jurídico¹¹) – do vocábulo “preclusão” (excluir, impedir, colocar obstáculos) há muito aparece nos dicionários da *língua italiana*. Encontra-se, v.g., referência a “*precludere*” como “*impediré, fletare, precipere*”, assim como a “*precluso*” como “*Add. da precludere*”, no “*Vocabolario della lingua italiana: già compilato dagli accademici della Crusca ed ora novamente corretto ed acresciuto dall’abate Giuseppe Manuzzi*”, de 1838¹². Atualmente, o “*Dizionario portoghese-italiano italiano-portoghese*”, de Carlo Parlagreco, define o vocábulo “*precludere*” como “*fechar, impedir, atravessar. precluso, part. pass. fechado, impedido*”¹³.

¹⁰ Excerto extraído de *Fabulas de Phedro traducidas de latim a castellano*. Madrid: Imprenta por la Viuda de Barco, 1820, p. 44 – é nosso, não do original, o destaque em itálico. Nessa obra, a Fábula XXII está assim traduzida: “**El perro fiel** – El que de repente se muestra liberal, se concilia los incautos; mas en vano arma lazos á los advertidos. Habiendo un ladron de noche arrojado pan á un perro, por ver si podria ganarle con este cebo: ola, le dixo el Perro: ¿ tú quieres *taparme* la boca para que no ladre por la hacienda de mi amo? mucho te engañas, porque esta no esperada liberalidad me obliga a estar mas alerta, para que no saques ganancia por mi descuido” (*Fabulas de Phedro traducidas de latim a castellano*. Madrid: Imprenta por la Viuda de Barco, 1820, p. 45 – é nosso, não do original, o destaque em itálico).

¹¹ Conforme explica Rabello Filho, “O adjetivo *jurídico* [...] tem a virtude de imediatamente clarificar o discurso, particularizando o âmbito de sua abrangência, o que já afasta, sobremaneira, peleja com a polissemia: sabe-se, prontamente, que a fala irá espraia-se pelo território do Direito” (RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: RT, 2002, p. 26-27).

¹² *Vocabolario della lingua italiana: già compilato dagli accademici della Crusca ed ora novamente corretto ed acresciuto dall’abate Giuseppe Manuzzi*. t. II. Parte Prima. Firenze: Passigli, 1838, p. 583.

¹³ PARLAGRECO, Carlo. *Dizionario portoghese-italiano italiano-portoghese*. 7. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 357.

Além disso, existem na literatura italiana registros bastante remotos de uso, com o citado sentido corriqueiro, tanto do verbo “*precludere*”, como do adjetivo “*precluso*” e do substantivo “*preclusione*”. É ver, por exemplo, o emprego feito pelo autor renascentista Jacopo Sannazaro (1465-1530), na *Canzone XVIII* de sua *Arcadia*:

[...]
Talor dal cor si muove un caldo vento,
Per rimembranza dell'antico strale;
E ripensando al periglioso corso,
Dico fra me; Che sai, se nebbia o pioggia
Ti *preclude* il cammin dell'altra vita;
E morir ti conviene in questo bosco?
[...].¹⁴

Na literatura italiana mais contemporânea igualmente se costuma empregar o termo “preclusão” em seu sentido trivial – é dizer, denotando fechar, tolher, obstar – como se observa neste excerto da *L'opera in versi e in prosa*, de Camillo Sbarbaro: “Ma, a *precludermele*, è l'aria di sepolcro che vi respiro: s'anche il più illustre, una biblioteca è un cimitero”¹⁵. Aliás, até mesmo em textos jurídicos se costuma utilizar esse vocábulo em seu significado corriqueiro, como neste excerto de *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, de Marco Gradi: “obbligo [...] di *sincerità*, che consentirebbe senz'altro alla parte di riferire quanto corrispondente alla propria conoscenza, essendogli vietate e *preclude* soltanto le consapevoli bugie”¹⁶.

¹⁴ SANNAZARO, Jacopo. *L'Arcadia*. Pisa: Presso Sebastiano Nistri, 1820, p. 325 – é nosso, não do original, o destaque em itálico.

¹⁵ SBARBARO, Camillo. *L'opera in versi e in prosa*, Garzanti Libri: Milano, 1999 – é nosso, não do original, o destaque em itálico.

¹⁶ GRADI, Marco. “Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile”. *Rivista di filosofia*. n. 8, 2012 (I) – Etica della responsabilità: applicazioni e problemi, p. 111 – é nosso, não do original, o destaque em itálico da palavra “preclude”.

De modo absolutamente diverso, o único significado de *uso comum* da palavra “preclusão” encontrado na *língua portuguesa* é o de “Contacto prévio de dois órgãos, para a produção de phonema explosivo, como p, b, etc. (Lat. *praecclusio*)”¹⁷, que por óbvio nada se aproxima daquele que ela assume (há tempo, insistimos) na língua italiana. Apesar disso, é inegável que o vocábulo está arraigado em nosso *léxico técnico-processual*¹⁸ (carecendo, aliás, definitivamente de significado em qualquer contexto não processual, ainda que jurídico), o que se deve, todavia, não à importação do termo latino, referente ao uso comum, que como dito, sequer ingressou em nossa linguagem corriqueira, mas sim à teorização e ao delineamento jurídico conferidos pelo italiano Giuseppe Chiovenda¹⁹.

Isso porque embora se vislumbrem aspectos análogos ao fenômeno preclusivo desde a mais antiga tradição processual²⁰ – não se reputando, aliás, errôneo afirmar que o instituto remonta ao processo romano-canônico²¹ –, e a

¹⁷ FIGUEIREDO, António Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Lisboa, 1913, p. 1.610. No mesmo sentido: CUNHA, António Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 629. Também há menção a esse significado, de uso comum, da palavra “preclusão” na língua portuguesa em: BARBOSA, António Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994, p. 26.

¹⁸ COUTURE, Eduardo. *Vocabulario juridico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, p. 477; SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. III: J-P. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1975, p. 1.998.

¹⁹ No mesmo sentido é a observação feita por Ariano Deho, embora referindo-se à língua espanhola e com os olhos voltados ao sistema processual peruano (ARIANO DEHO, Eugenia Silvia Maria. *Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del código procesal civil peruano de 1993*. Tesis para optar por el grado de magíster con mención en derecho procesal, Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2011, p. 2-3).

²⁰ Com efeito, “a preclusão se constitui como um dos mais remotos temas processuais e de conhecimento tão remoto quanto o próprio processo”, o que se justifica pelo fato de que ela não emerge “de motivos teóricos, mas sim da própria necessidade do processo em movimento” (RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26).

²¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil* (Trad. Henrique de Carvalho). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 93. Sobre a evolução histórica do instituto “preclusão”, conferir, por todos: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil: atualizado de acordo com a nova reforma processual: Leis nºs 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6-51. Em relação ao direito romano, Sica sublinha que sua divisão em duas fases (*in iure* e *apud iudicem*), verificada nos períodos do processo *per legis actiones* e do processo formular, impedia a alteração da *res in iudicium deducta* após a passagem

despeito das (parcas) manifestações teóricas anteriores próximas ao que propõe a “preclusão” de Chiovenda, foi ela assim alcunhada e introduzida na linguagem científica por esse eminente jurista, e tal como hoje a apreendemos, foi por ele essencialmente arquitetada, assumindo contornos jamais verificados antes de sua teorização.

Nessa linha, Ugo Rocco acentuou que “Chiovenda, pela primeira vez na Itália, introduziu na linguagem científica o termo ‘preclusão’, vocábulo que foi acolhido em geral por todos os cultivadores do direito processual e, ademais, na linguagem forense”²². Também Aldo Attardi reconheceu a originalidade do conceito elaborado por Chiovenda, asseverando que se refere a mais hipóteses de extinção de faculdades processuais em relação às que, à época, havia esboçado a doutrina alemã, aspirando, ademais, a consubstanciar um fenômeno essencialmente processual²³.

Com efeito, partindo da observação de que todo processo, alguns mais, outros menos, para assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento de seus atos, coloca limites ao exercício das faculdades processuais²⁴, Chiovenda *batizou* a consequência daí resultante – qual seja, a de que para além de tais limites essas não podem ser exercidas – com o nome de “preclusão”, termo esse,

de uma para a outra, indicando existência de forte preclusividade (SICA, *Preclusão...*, p. 8-12). A esse respeito, todavia, não se pode desprezar a observação feita por Liebman, de que “aquela separação era devida a razões de caráter histórico e político tão peculiares ao mundo jurídico romano, que qualquer analogia com nossas instituições de hoje conduziria a incompreensões e equívocos perigosos” (LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento de mérito”. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 110).

²² ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. v. II. Torino: UTET, 1957, p. 264. No mesmo sentido, Zanzucchi registrou tratar-se a preclusão de um “bel termine indrodotto dal CHIOVENDA” (ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. v. I: introduzione e parte generale. 4. ed. agg. con la piu’ recente dottrina e giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 1947, p. 395).

²³ ATTARDI, Aldo. “Preclusione (principio di)”. *Enciclopedia del diritto*. v. XXXIV. Milano: Giuffrè, 1985, p. 893-910[895].

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. III. Milano: Giuffrè, 1993, p. 231-283[232].

segundo o jurista²⁵, inspirado na *poena praecclusi* do direito comum, embora prescindindo, em sua formulação moderna, da ideia de *pena*²⁶.

Por tais razões, é de se reconhecer que “preclusão” compõe – ao lado de “competência funcional”, “substituição processual”, “impulso processual”, “litisconsórcio necessário”, entre outras – o conjunto de “novas palavras” que Chiovenda teve “a ingrata necessidade de alcinhar” em sua empreitada de renovação do estudo do direito processual²⁷, tendo ingressado em nossa cultura jurídica por conta da ampla divulgação e repercussão que teve sua obra entre nós²⁸. Desse modo, observa-se que no sentido técnico-processual como é aplicada em nosso vocabulário jurídico atual, “preclusão” apresenta-se mais

²⁵ Conforme observa Ariano Deho, embora o verbo “precludere” já fosse há séculos empregado na literatura italiana com o significado trivial de “impedir”, Chiovenda houve por bem acentuar tê-lo extraído “das fontes”, e não de um dicionário, o que se justifica diante do fato de que ele estava a rebater as críticas que lhe dirigira D’Onofrio, as quais, como veremos adiante, partiam exatamente da definição corriqueira da palavra, isto é, como impedimento, óbice, obstáculo (ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 4, nota 11).

²⁶ Nas palavras de Chiovenda: “Ho dato a codesta conseguenza il nome di « preclusione », da un bel verbo delle fonti che si trova usato, proprio col significato che intendo, nela « poena praecclusi » del diritto comune, salvo che nella preclusione odierna si prescinde naturalmente dall’idea della pena” (CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232). A esse respeito, todavia, Sica assevera que: “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 inspiraram são completamente diversos dos da sociedade atual” (SICA, *Preclusão...*, p. 17).

²⁷ Na *Prefazione* de suas *Istituzioni di diritto processuale civile*, elucidou o jurista que “Novità concettuali così intrecciate colle novità sistematiche troverà ad ogni pagina chi confronterà questo libro colla letteratura processuale che lo ha preceduto in Italia. [...] il paziente lettore s’incontrerà e forse si urterà ad ogni passo con idee, formule o teorie di cui non troverà precedenti nella dottrina italiana. Che anzi: s’imbatte talvolta in istituti così trascurati fra noi che l’autore si è trovato nell’ingrata necessità di coniare per discorrerne nuove parole, come la condanna con riserva, la competenza funzionale, la sostituzione processuale, l’impulso processuale, il litisconsorzio necessario” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. I: i concetti fondamentali; la dottrina delle azioni. 6. ristampa inalterata della 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. X).

²⁸ Nesse sentido, porém referindo-se ao sistema processual peruano, vide: ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 2-3.

propriamente como um italianismo – melhor, um *chiovendianismo* – do que um latinismo²⁹.

2. O gradativo delineamento da preclusão chiovendiana

É conhecida a afirmação de que as primeiras manifestações teóricas em torno do que hoje entendemos por preclusão partiram da ideia de *autovinculação* aos atos processuais³⁰, como é o caso da construção elaborada por Heinrich Degenkolb, segundo a qual as partes estariam *obrigadas*, sob pena de *sanção*, a atuar honestamente no processo, com consideração e respeito pelo adversário³¹.

A Oskar von Bülow, por sua vez, atribui-se a identificação de um fenômeno preclusivo relacionado com o decurso de prazos, que implicava perda de um direito em razão do não cumprimento, no âmbito do processo civil, de uma atividade no momento estabelecido³². Segundo o autor, a inércia das partes litigantes não significava violação de deveres processuais, mas sim falta de exercício de direitos, implicando impossibilidade de desenvolver a atividade processual omitida³³.

²⁹ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 4.

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 121-122.

³¹ DEGENKOLB, Heinrich. *Beiträge zum Zivilprozess*. Leipzig: W. Engelmann, 1905, p. 59-64 apud CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 121-122.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 169.

³³ BÜLOW, Oskar Von. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. AcP, 62-63, 1879, p. 74 apud CAPONI, Remo. *La rimessione in termini nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67. Segundo Attardi, “L’occasione per proporre tale concetto di preclusione si era presentato nel corso della disputa sulla posizione che le parte assumevano nel processo e, in particolare, se nel processo stesso per le parte sussistessero obblighi o, invece, solo diritti soggettivi: se, quindi, l’inattività di una parte concretasse la violazione di un obbligo o il mancato esercizio di un suo diritto; negata, precisamente la sussistenza di obblighi – sia con riguardo alla stessa partecipazione del convenuto al processo sia per il compimento di singoli atti processuali – e riconosciuto che le parti erano titolari solo di diritti, veniva da sé che l’omissione (del compimento) di un atto poteva avere come unico effetto l’esclusione dell’atto stesso, e con ciò la «perdita del diritto» di porlo in

Já sob perspectiva publicista do processo, Franz Klein asseverou que o legislador tem interesse a que os processos (um “mal social”) tenham uma definição rápida, pouco custosa e simples, de modo que não pode admitir que o poder de conduzi-los seja deixado nas mãos das partes, devendo o Estado, por meio do juiz, assumir desde o princípio a responsabilidade por seu andamento³⁴. Nessa linha, defendeu Klein que “deveria haver uma sanção ao ausente ou omitente, inclusive nos custos do processo, porque só assim se protegeria o litigante que atuou leal e adequadamente”³⁵, existindo também aí quem identifique algo como uma preclusão de caráter sancionador e alheia à vontade das partes, fundada em interesses públicos de cooperação e de boa-fé processual³⁶.

A Chiovenda é que coube, contudo, batizar, sistematizar e deitar sobre bases científicas o instituto, assim como desembaraçá-lo definitivamente da acepção de coisa julgada formal. Embora inspirado nas lições de Bülow³⁷,

essere: quell'effetto che si suggerì di definire anche come «preclusione» (ATTARDI, “Preclusione...”, p. 894). Nesse sentido, Joaquín Silguero Estagnan assevera que “la aparición de esta teoría coincide históricamente con la polémica sobre la posición de las partes en el proceso y si debían ostentar obligaciones o solo derechos subjetivos, por lo que se dio más importancia al objeto de la extinción que a la extinción en sí misma” (ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009, p. 48).

³⁴ CIPRIANI, Franco. “Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)”. *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 27-56.

³⁵ KLEIN, Franz. *Die schuldhaftige Partei-handlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte*. Wien: Toeplitz & Deuticke, 1885, p. 147-151 apud CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 122.

³⁶ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 122.

³⁷ Assim reconheceu Chiovenda, dizendo que: “Le mie osservazioni hanno avuto un intento e un risultato di semplificazione e di differenziazione. Mi fornì lo spunto e il punto di partenza uno degli scrittori tedeschi, che più hanno concorso al progresso della moderna scienza processuale con contributi di idee, non solamente nuove, ma sane, feconde e propulsive, dico OSKAR BÜLOW, col suo scritto fondamentale *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten* (nell’*Archivio per la pratica civile*, 1879, vol. 62 fasc. 1)” (CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 233-234). A propósito, observa Guimarães que o instituto não teve pleno desenvolvimento em solo alemão em razão de o Regulamento processual civil de 1877 fazer pouco uso de preclusões, diante da vigência dos princípios da oralidade e da concentração, encontrando, por outro lado, na Itália um CPC (de 1865) que, embora dominado pelo princípio da liberdade das partes, era notadamente escrito, longo e complexo (GUIMARÃES, Luiz Machado. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 9).

escreveu de forma absolutamente original³⁸ o processualista italiano que a preclusão é instituto geral que tem frequente aplicação no processo, em muitas hipóteses distintas das de coisa julgada, consistente na *perda* de uma *faculdade processual* por terem sido alcançados os limites legalmente traçados para seu exercício³⁹.

Esse conceito começou a ser construído nos ensaios *Sulla cosa giudicata* e *Cosa giudicata e competenza*, ambos de 1905. No primeiro, vislumbram-se apenas duas menções a respeito: quando trata da “preclusão da impugnação de nulidade”, em alusão ao decurso do prazo previsto para arguir nulidades sanáveis⁴⁰, e quando menciona que “preclui toda questão sobre o tema decidido”, em referência às sentenças versando sobre questões de procedimento, acobertadas por coisa julgada formal⁴¹. No segundo, Chiovenda se dedica, para ficar no que aqui importa, a explicar e sustentar a inexistência de coisa julgada quando são resolvidas questões de competência, em relação às quais opera tão-somente preclusão⁴².

Embora não se pudesse até então compreender o que efetivamente Chiovenda entendia por preclusão, que, aliás, aparecia ainda entrelaçada ao

³⁸ Salienta Aldo Attardi que “il concetto di preclusione delineato nella dottrina tedesca e in quella austriaca [...] riflette nulla più che il fenomeno dell’incidenza del tempo sulla vita di una situazione giuridica”, ao passo que “Il concetto di preclusione elaborato da Chiovenda ha, quindi, in ogni caso un altro valore, giacché [...] si riferisce a più ipotesi di estinzione di una facoltà e aspira a rispecchiare un fenomeno essenzialmente processuale” (ATTARDI, “Preclusione...”, p. 895).

³⁹ CHIOVENDA, *Istituzioni...*, v. I, p. 322. A ideia de “limites assinalados por lei” ao exercício das faculdades temporais vai além do simples dado temporal, englobando as três espécies de preclusão reconhecidas por Chiovenda, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista jurídica*. n. 273. Disponível em: <<http://zip.net/bvn6m3>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla cosa giudicata”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 399-409[408].

⁴¹ CHIOVENDA, “Sulla cosa giudicata”, p. 408.

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e competenza”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 411-423[416-417].

conceito de coisa julgada formal⁴³, no ensaio *Cosa giudicata e competenza* aparecem apontamentos precisos a seu respeito, como quando consigna que ela difere, em extensão e significado, do instituto da coisa julgada⁴⁴; que o processo se desenrola por meio de preclusões, as quais correspondem ao efeito do decurso de prazos, de omissões, ou de atos positivos⁴⁵; que a coisa julgada consubstancia a suma preclusão⁴⁶; que os efeitos da preclusão estão limitados ao processo em que ocorreu, possibilitando a formação de coisa julgada sobre o mérito, que é a única hábil a vincular outros juízes em processos futuros⁴⁷.

Além disso, há quem identifique, já nesse ensaio, também um esboço de preclusão direcionada ao juiz⁴⁸, em especial no ponto em que consigna que a declaração de competência não vincula como julgado nem os outros juízes, nem aquele que a emitiu, porquanto a força do julgado é a mesma para todos eles, sendo o juiz que se declarou competente “obrigado a se pronunciar não em virtude do julgado, mas da preclusão que fechou uma fase do processo, abrindo o ingresso às seguintes”⁴⁹.

E prossegue, a esse respeito, Chiovenda dizendo que “Se se declarou incompetente, nada veda que o mesmo juiz, sobre *outra* demanda, assim em *outro* processo, ainda que com o mesmo objeto do primeiro, se declare competente”⁵⁰, do mesmo modo que “Perempto um processo, as declarações de competência

⁴³ Nas palavras de Chiovenda, “La cosa giudicata ha in sè appunto la somma preclusione, cioè la preclusione d’ogni questione ulteriore, che ha luogo col divenire definitiva della sentenza; ma questo non è che il suo lato esteriore o *formale*” (CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 414).

⁴⁴ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 414.

⁴⁵ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 414.

⁴⁶ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 414.

⁴⁷ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 418.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 22-23.

⁴⁹ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 419.

⁵⁰ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 419.

nesse ocorridas devem ser consideradas privadas de efeito vinculativo, para o caso de a demanda ser novamente proposta⁵¹.

Posteriormente, na obra *Principii di diritto processuale civile*, Chiovenda dedica toda uma seção ao instituto (“§ 69 – Le preclusioni”), onde assevera que “A preclusão consiste em que depois da realização de determinados atos ou do transcurso de certos prazos resta *precluso* à parte o direito de realizar outros atos processuais determinados, ou, em geral, atos processuais”⁵². Afirma, outrossim, que a atuação da preclusão pode ser mais ou menos ampla segundo o sistema, mas nenhum processo prescinde de se servir da preclusão ou, ao menos, da *suma preclusão*, consistente no transitar em julgado a sentença de mérito⁵³.

Em tal oportunidade, também assenta o autor que é efeito da preclusão o nascimento de um direito ou, o que ocorre mais frequentemente, de uma simples situação jurídica⁵⁴, e que a preclusão de questões não produz efeito senão no processo em que se verifica⁵⁵ (diferenciando-se, com isso, a confissão, que produz efeitos em processos futuros, da *ficta* confissão, que enquanto simples preclusão, produz efeitos só no processo em que tem lugar⁵⁶).

Essa definição, no entanto, mostrava-se ainda “por demais tautológica (a preclusão consiste [...] no que «está precluído»...) e vaga («preclui» o direito de realizar «outros atos processuais determinados ou, em geral, atos processuais»...)”⁵⁷. Essa vagueza até fica um pouco esclarecida quando

⁵¹ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e competenza”, p. 419.

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. v. II (Trad. Jose Casais y Santaló). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 396.

⁵³ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 396.

⁵⁴ Segundo Chiovenda, “De la preclusión puede nacer un derecho (por ejemplo, *actio iudicati*); pero puede nacer más frecuentemente una simple *situación jurídica*. La situación jurídica (KÖHLER) es una figura de derecho privado como de derecho procesal; se distingue del *derecho* en que contiene únicamente un *elemento* del derecho o de un efecto o acto jurídico futuro; esto es, tiénese una circunstancia que, con el concurso de otras circunstancias, posteriores puede conducir a un cierto *efecto* jurídico, mientras que si estas circunstancias no se verifican queda sin ningún efecto” (CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 396).

⁵⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 397.

⁵⁶ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 397.

⁵⁷ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 7.

Chiovenda elenca “as mais importantes preclusões admitidas em nosso direito”⁵⁸ – em alusão a hipóteses em que, segundo o direito italiano, não se pode exercer determinado direito ou recolocar em discussão algum ponto já decidido⁵⁹ –, porém não estão especificadas as três modalidades de preclusão (temporal, consumativa e lógica), cuja abordagem, ademais, em alguns pontos se revela superficial, confusa e casuística⁶⁰.

A versão derradeira do conceito vem apresentada em 1933, no ensaio *Cosa giudicata e preclusione* – cujas premissas encontram-se, conforme consignou o autor, nas ideias que já havia exposto nos escritos acima aludidos e no ensaio *La idea romana nel processo civile moderno*⁶¹ –, em que Chiovenda elucida entender por preclusão “a perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual, que se sofre pelo fato”⁶²:

- a) ou de não se ter observado a ordem prescrita em lei ao seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções (*Principii*, § 69 III, § 70);
- b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra (§ 70, III d), ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença (§ 82, I c);
- c) ou de já se ter validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita: § 69, III g; § 78 II).⁶³

Igualmente tratou o autor, nessa ocasião, de *preclusão de questões*, dizendo que “também a decisão de questões substanciais, ou de *mérito*, como se

⁵⁸ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 397-399.

⁵⁹ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 8.

⁶⁰ SICA, *Preclusão...*, p. 74.

⁶¹ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 231-232.

⁶² CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 233.

⁶³ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 233. Conforme observa Manoel Caetano Ferreira Filho, “O tom didático deve-se ao fato de que com este ensaio o autor respondia às críticas que lhe foram dirigidas e pretendia, por isso, reafirmar, da forma mais clara possível, o seu pensamento” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 21, nota 28).

costuma dizer comumente, dá lugar a simples preclusão”⁶⁴, sendo um “erro comum confundir pronúncia sobre o mérito e coisa julgada”⁶⁵, embora fiquem preclusas para o “juiz que as decidiu, mas não em relação ao juiz superior”⁶⁶, diante do princípio *bis de eadem re ne sit actio*, apreendido como vedação à repropositura de uma demanda ou uma questão “ao mesmo juiz que já se pronunciou a seu respeito, e com a pronúncia exauriu seu ofício”⁶⁷.

Nesse quadro teórico, a preclusão processual prescinde de análise subjetiva, ou seja, da razão que em concreto implicou a perda ou a consumação da faculdade processual, da ciência ou vontade da parte de produzir tal efeito. E como o que interessa é o dado objetivo da perda ou consumação da faculdade, permitiu-se ao instituto abranger fenômenos assaz diversos entre si⁶⁸, possibilitando-se a Chiovenda alcançar conclusões relevantes não só em relação às *causas* (temporal, lógica e consumativa), como aos *efeitos* da preclusão, verificados dentro do processo, com independência de sua posterior desconsideração em outros, determinando quase sempre o surgimento de nova situação jurídica e representando um limite, em razão do interesse público, ao poder dispositivo das partes⁶⁹.

Essa arquitetura vem posteriormente empregada também em suas *Istituzioni di diritto processuale civile*⁷⁰, onde Chiovenda conceitua a preclusão como “um instituto geral que tem frequente aplicação no processo, e que consiste na *perda* de uma faculdade processual por terem sido alcançados os limites fixados por lei para o exercício dessa faculdade no juízo ou em uma fase do

⁶⁴ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 267.

⁶⁵ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 267.

⁶⁶ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 273.

⁶⁷ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 273.

⁶⁸ CARRATTA, Antonio. “Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile”. *Il principio di preclusione nel processo penale*. A cura di Luca Marafioti e Rosita Del Coco. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 9-34[12].

⁶⁹ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 50.

⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. III: a relação processual ordinária de cognição (continuação) (Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale e notas por Enrico Tullio Liebman). São Paulo: Saraiva, 1965, p. 155-163.

juízo”⁷¹. Igualmente, referiu-se a ela como “proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ao mesmo juiz que já se houver pronunciado, e, com o pronunciamento, concluiu o que lhe incumbia”⁷².

Em virtude, então, desses escritos de Chiovenda, responsável inclusive por encabeçar as propostas de reforma do procedimento civil italiano de 1918 e de 1923 – tendo ainda, posteriormente, sido apresentados, até a vigência do CPC de 1940, o projeto Mortara (1923), o projeto de Carnelutti (1926), o projeto Redenti (1933) e, finalmente, os projetos de Solmi (1937 e 1939) –, não por coincidência foi o CPC italiano de 1940 o primeiro a expressamente fazer constar em seus dispositivos o vocábulo “preclusão”⁷³.

Outrossim, diante de tudo o que até agora dissemos, percebe-se assistir razão a Celso Agrícola Barbi quando diz que um estudo mais atento aos escritos de Chiovenda indica que ele iniciou suas teorizações a esse respeito visando a distinguir coisa julgada de preclusão de questões, conforme se vislumbra da análise do ensaio *Cosa giudicata e competenza*, mas acabou isolando, já no *Cosa giudicata e preclusione*, também a preclusão de *faculdades*⁷⁴.

Além disso, enquanto no § 69 dos *Principii* destacava-se consistir a preclusão “em que depois da realização de determinados atos ou do transcurso de certos prazos resta *precluso* à parte o direito de realizar outros atos processuais determinados, ou, em geral, atos processuais”⁷⁵, indicando que quem sofria tal

⁷¹ CHIOVENDA, *Istituzioni...*, v. I, p. 322.

⁷² CHIOVENDA, *Instituições...*, v. III, p. 162. Segundo Barbi, embora tenha tratado de espécie de preclusão relacionada com os poderes do juiz, tal aspecto do instituto não foi incorporado ao seu conceito, já que mantida a alusão à preclusão de *faculdades processuais* (BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 158, ano 52, mar.-abr./1955, fasc. 621 e 622, p. 60).

⁷³ RUBIN, *A preclusão...*, p. 25. Adverte, todavia, Manoel Caetano Ferreira Filho que embora o CPC italiano de 1865 “de preclusão não falasse, já previa tais fenômenos, observados e sistematizados por Chiovenda no conceito de preclusão. Isto significa que, de fato, ele não criou, como fruto de reflexão teórica, um instituto novo, mas somente procurou construir uma doutrina geral sobre aqueles casos em que uma determinada atividade processual não pode mais ser exercida, porque atingidos os limites legais para seu exercício” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 20).

⁷⁴ BARBI, “Da preclusão...”, p. 62.

⁷⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 396.

limitação era a parte, a formulação em “*perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual*”, expressa no *Cosa giudicata e preclusione*⁷⁶ e no § 66 das *Istituzioni*, possibilitará a Chiovenda retornar a sua primitiva tese, exposta no *Cosa giudicata e competenza*, sobre a distinção entre “preclusão de questões” e “coisa julgada substancial”, em que a preclusão acaba alcançando também o juiz⁷⁷.

Mesmo assim, é de se admitir, com Virgilio Andrioli, que embora efetivamente assuma dois significados – o *primeiro* correspondente a “perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato de não se ter observado a ordem legalmente assinalada para seu exercício”, ou de “ter cumprido uma atividade incompatível com o exercício da faculdade”, ou ainda de “já se ter validamente exercido a faculdade”; o *segundo*, próprio ao processo de conhecimento, indicativo de expediente voltado a garantir o resultado final do processo, isto é, a coisa julgada material (preclusão de questões)⁷⁸ –, não deixa a preclusão de Chiovenda de consubstanciar um *fenômeno unitário*⁷⁹, porque mesmo a preclusão de questões apresenta-se como consequência da conduta *da parte* de cumprir ou se omitir acerca de determinado ato, ou de desempenhar outro com ele inconciliável.

3. Negações pela doutrina italiana

Embora se mostrasse em certa medida inócuo o conceito de preclusão formulado por Chiovenda no contexto de vigência do CPC italiano de 1865, porquanto alinhado ao modelo liberal e, por conseguinte, caracterizado por ausência de limites aos atos das partes e de uma sequência preestabelecida para sua realização⁸⁰, com a vigência do CPC italiano de 1940⁸¹ passou ele a ser uma

⁷⁶ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 233.

⁷⁷ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 12.

⁷⁸ ANDRIOLI, Virgilio. “Preclusione – Diritto processuale civile”. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. v. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 567-570[567].

⁷⁹ ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 567-568.

⁸⁰ De acordo com a lição de Franco Cipriani, “Il codice del 1940, infatti, segna dichiaratamente una grande svolta in senso pubblicistico. Il legislatore ebbe cura di sopprimere « il principio di libertà al

explicação para a existência desses limites, em especial diante do caráter eminentemente preclusivo desse diploma normativo, pelo menos se comparado com o sistema anterior⁸².

Ainda assim, prestigiosas vozes manifestaram-se contrariamente à cientificidade e utilidade do conceito. Aduziu-se, nessa linha, tratar-se de figura desnecessária, na medida em que pode ser reconduzida a outros institutos processuais, especialmente à coisa julgada; segundo outras, inexistente sentido em manter a concepção chiovendiana a propósito da preclusão, porquanto fundada na ideia, já ultrapassada, do processo como relação jurídica⁸³; ainda, há quem critique sua excessiva amplitude, capaz de abranger fenômenos assaz diversos entre si, quem concebe que tal conceito jurídico transcende o âmbito puramente processual, e finalmente, quem o aproxima da definição de decadência⁸⁴.

quale si ispirava il codice del 1865 », di moltiplicare i casi d'intervento del pubblico ministero e, soprattutto, di rafforzare i poteri del giudice a scapito delle garanzie delle parti, sì da assicurare che ogni causa fosse al più presto o conciliata o decisa: in particolare, si disse che, mentre il vecchio codice disciplinava il processo dal punto di vista delle parti, il nuovo lo disciplinava dal punto di vista del giudice. Nel presupposto, non esplicitato, ma chiaramente sottinteso, che la soluzione del problema stesse nel neutralizzare gli avvocati, che sarebbero all'origine di tutti i mali del processo, e nella certezza – rivelatasi, in verità, ingiustificata – che così facendo, le cose, nel processo, sarebbero andate meglio" (CIPRIANI, Franco. "Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942". *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 3-25[19]).

⁸¹ Não obstante, curta foi a vigência do sistema preclusivo consubstanciado no CPC italiano de 1940, especialmente diante da reforma operada em 1950. A propósito, *vide*: OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 174-175.

⁸² ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 14. Conforme salienta Cipriani, com o CPC italiano de 1940, "Al giudice furono dati « tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento » (art. 175); fu consentito (oltre che di convocare le parti per interrogarle liberamente sui fatti di causa: art. 117) di convocare e riconvocare le parti per tentare di conciliarle (art. 185); fu attribuito il potere di chiedere alle parti gli schiarimenti necessari e di indicar loro le questioni rilevabili d'ufficio delle quali avesse reputato opportuna la trattazione (art. 183). Le parti, invece, furono assoggettate a preclusioni molto rigide (art. 183), ma il giudice istruttore poteva consentire nuove deduzioni in corso di causa « per gravi motivi » (art. 184). Quindi, le preclusioni esistevano per le parti, ma non per il giudice. Di qui la sensazione, che ne ebbero gli avvocati, che l'istruttore fosse « impregnato della tendenza autoritaria del regime sotto cui nacque », « qualche cosa del despota o del 'gerarca' »" (CIPRIANI, "Il processo..." p. 22).

⁸³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (processo civil)". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141-183[143].

⁸⁴ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 43-44.

Entre os principais negativistas, Salvatore Satta diferencia aquilo que denomina prazos *extrínsecos* ou *acidentais*, em alusão aos que estabelecem o período de tempo (horas, dias, meses, anos) em que os atos processuais devem ser praticados, dos prazos *intrínsecos* ou *naturais*, resultantes da percepção de que o ato que se pretende praticar é incompatível (formalmente, quando decorrência de previsão legal, ou substancialmente, se resultante de efeito produzido por atividade antecedente) com situação jurídica processual existente⁸⁵.

A partir daí, encara a preclusão como “uma situação jurídica entre as tantas que, coordenadas umas com as outras, constituem o processo”⁸⁶ – evidenciando, com isso, sua negação à aceção do processo como relação jurídica e sua aproximação da obra de James Goldschmidt, que concebe o processo como situação jurídica –, substituindo, outrossim, a preclusão decorrente do prazo intrínseco pela noção de situação jurídica, e a advinda do prazo extrínseco, pela de decadência⁸⁷.

Assevera o autor que a definição de preclusão adotada pela doutrina para caracterizar e qualificar todas essas incompatibilidades é legítima apenas “se apreendida a palavra no sentido genérico que tem na linguagem comum”⁸⁸. No entanto, considera duvidosa “a possibilidade e a utilidade de fazer da preclusão um conceito técnico”, uma vez que “ela se identifica com a situação jurídica resultante do cumprimento ou falta de cumprimento de um ato”, que “naturalmente é determinada nos casos particulares pela vontade da lei”, podendo ser

⁸⁵ SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 12. ed. a cura di Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1996, p. 285-286.

⁸⁶ SATTA, *Diritto...*, p. 287.

⁸⁷ SATTA, *Diritto...*, p. 287. Também Carnelutti trata como decadência as hipóteses de não exercício de faculdades processuais nos prazos peremptórios previstos em lei (CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. v. I. 5. ed. emend. e agg. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 341). Sobre esse aspecto, no entanto, não se pode olvidar que o próprio CPC italiano de 1940, seguindo tradição iniciada com o de 1865, referia-se à hipótese em questão como decadência. A propósito da confusão, ainda hoje perpretada por autores italianos, entre os conceitos de preclusão e decadência, vide: SICA, *Preclusão...*, p. 79-81.

⁸⁸ SATTA, *Diritto...*, p. 286.

processual quando exaure seus efeitos no processo em curso, ou substancial quando os espalha para fora dele⁸⁹.

Outro expoente das teses negativas é Aldo Attardi, que defende que a eliminação do conceito de preclusão é necessária à simplificação e clarificação de ideias na ciência do processo⁹⁰, na medida em que sua utilização “contribuiu só para gerar equívocos e confusões na linguagem jurídica e para alimentar dúvidas sobre a natureza e disciplina de fenômenos substancialmente idênticos”⁹¹. Segundo o autor, os fenômenos reconduzidos ao instituto da preclusão se manifestam em qualquer plano do direito, substancial ou processual, o que indica que não se está diante de um instituto tipicamente processual⁹².

Por aí, Attardi equipara à decadência a preclusão resultante do decurso do prazo previsto para a efetivação do ato, à renúncia a preclusão que obsta a realização de conduta incompatível com outra antes praticada e ao princípio *ne bis in idem* a preclusão oriunda do exercício válido do poder processual⁹³. Em consequência, acaba refutando também a eficácia preclusiva da coisa julgada, compreendendo-a como manifestação da imperatividade da própria sentença, não

⁸⁹ SATTA, *Diritto...*, p. 286. A propósito, assevera Estagnan que “Las afirmaciones de SATTA, son excesivamente reduccionistas y suponen confundir causas y efectos. La preclusión no puede confundirse con las causas que la originan, porque esto supondría remitir su efecto a todas y a cada una de las instituciones procesales que la producen y, aun así, sería un empeño inútil, ya que seguiría quedando sin respuesta la razón de que se impida el ejercicio de una facultad procesal o se excluya una nueva decisión judicial, cuando se produce a resultados de un acontecimiento anterior en el tiempo” (ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 46-47).

⁹⁰ ATTARDI, Aldo. “Per una critica del concetto di preclusione”. *Jus – Rivista di scienze giuridiche*. Nuova serie, anno X, Università Cattolica del Sacro Cuore, marzo, 1959, Fasc. I, p. 1-17[17].

⁹¹ ATTARDI, “Preclusione...”, p. 903.

⁹² ATTARDI, “Preclusione...”, p. 901. Na mesma linha, Edoardo Balbi aduz que não se afigura útil considerar unitariamente todas as situações que implicam perda da faculdade processual no âmbito de uma comum e genérica função do ordenamento cronológico de cada ato do processo, porquanto o conceito de preclusão fica reduzido a uma expressão concisa, indicativa do efeito genérico de hipóteses assaz diversas entre si, cujo estudo em comum somente poderá levar, como até agora aconteceu, a resultados meramente descritivos (BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 23-30).

⁹³ ATTARDI, “Preclusione...”, p. 900-901.

como consequência da inadmissibilidade de que o juiz volte a se pronunciar acerca de questão já decidida⁹⁴.

Conclui, então, 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 se utilizando, com o fim de enquadrar tais fenômenos, dos conceitos e dos princípios que a ciência jurídica tiver formulado em caráter geral”⁹⁵. Nada obstante, acrescenta Attardi que isso não significa que deva ser eliminada a expressão *preclusão*, até porque “é a própria lei que a usa com frequência e, portanto, legitima seu uso”; o que se passa é que não se lhe pode atrelar “um específico significado jurídico”, devendo-se “usá-la somente em seu significado próprio, de obstáculo ou impedimento”⁹⁶.

Finalmente, merece destaque entre os negativistas italianos Angelo Falzea⁹⁷, que refuta a compreensão da preclusão como princípio genérico e sua autonomia em relação ao direito material, afirmando a existência de uma *eficácia preclusiva*, que do mesmo modo que as demais eficácias jurídicas, “pode operar

⁹⁴ Nas palavras da Attardi, “una decisione, quale che sia il suo contenuto, può esplicitare la sua efficacia, quella dichiarativa in particolare, nel processo in cui è stata pronunciata. In linea generale, questo è vero già per la sentenza che abbia pronunciato sull'esistenza (o inesistenza) del diritto fatto valere, giacché tale sentenza esplica immediatamente, almeno per il giudice che l'ha pronunciata, la sua efficacia, quell'efficacia che, dopo il passaggio in giudicato, si espanderà al di fuori del processo” (ATTARDI, “Preclusione...”, p. 904).

⁹⁵ ATTARDI, “Per una critica...”, p. 12.

⁹⁶ ATTARDI, “Per una critica...”, p. 12. Na visão de Estagnan, “la postura de ATTARDI parte de una confusión, en este caso con los requisitos de forma, lo que mal se aviene con la incontestable autonomía actual del proceso y sua configuración como sistema de garantías constitucionalmente reconocidas. No es correcto confundir la preclusión con los requisitos de forma, pues la preclusión, en si misma considerada, constituye una realidad autónoma, dotada de materia y forma, con una incidencia singular en el ejercicio de las facultades procesales. Cuando este autor señala que la cosa juzgada es una manifestación de la imperatividad de la sentencia misma y no un reflejo de la imposibilidad del juez para volver a pronunciarse sobre la cuestión ya decidida, deja sin resolver la duda de si la mencionada imperatividad no responde, en realidad, a la preclusión que pretende desterrar. Siendo esto así, no hace sino trasladar el problema a otros conceptos” (ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 47).

⁹⁷ A propósito, concordamos com Manoel Caetano Ferreira Filho quando acentua que “Embora Falzea seja arrolado por Tesoriere como um ‘entre os sustentadores do conceito de preclusão’, a análise atenta do seu escrito sobre o tema parece conduzir à conclusão de que, ao contrário, ele nega a existência do conceito de preclusão, enquanto entendida como instituto autônomo do direito processual” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 48).

direttamente no piano substancial, ou incidir só indiretamente sobre esse plano e operar, ao invés, diretamente sobre o plano processual”⁹⁸. Com isso, “A preclusão processual [...] nada mais é do que uma especificação do efeito preclusivo no âmbito do processo”⁹⁹.

Partindo dessa formulação sobre *eficácia preclusiva*, Falzea explica também outras figuras jurídicas, como a usucapião, a prescrição, a coisa julgada e a transação, institutos que, segundo o autor, guardam em comum a característica de romper com o passado, estabelecendo uma situação originária cuja validade não está condicionada à existência de uma relação de continuidade com o estado jurídico anterior¹⁰⁰.

Afirma, então, que a coisa julgada produz um efeito jurídico substancial, correspondente à aludida situação de ruptura com o passado, que difere do processual¹⁰¹, sendo papel das preclusões processuais prepará-lo e sustentá-lo, na medida em que “delimitam progressivamente a matéria do debate judicial, tornando inadmissível a proposição ou reproposição de determinadas questões, tanto de fato como de direito, e vinculando passo a passo o juiz em seu convencimento”¹⁰².

⁹⁸ FALZEA, Angelo. “Accertamento (teoria generale)”. *Enciclopedia del diritto*. v. I. Milano: Giuffrè, 1958, p. 205-219[214].

⁹⁹ FALZEA, “Accertamento...”, p. 215.

¹⁰⁰ Para Falzea, “Tanto l’effetto costitutivo che l’effetto dichiarativo rispondono all’esigenza di continuità nel tempo della realtà giuridica (...). Ad un’opposta esigenza di continuità della realtà giuridica può essere mantenuta senza che si creino insormontabili intralci nella vita della comunità. (...) Il fatto preclusivo, dunque, non rende totalmente irrilevante il passato giuridico: il che non sarebbe neppure concepibile. Rende però irrilevante l’alternativa possibile, della conformità o della diformità, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l’effetto fa riferimento. Verificandosi l’usucapione, che è un caratteristico esempio di fatto preclusivo, non ha più importanza stabilire se in precedenza il soggetto fosse o meno titolare del diritto di proprietà sulla cosa usucapita, perché, qualunque fosse la situazione antecedente, di proprietà o di non proprietà, l’effetto giuridico della usucapione è quello della proprietà (...). Rientrano nel quadro dei fatti preclusivi fenomeni di fondamentale importanza, oltre l’usucapione, quali la prescrizione e la transazione. Ma vi rientrano anche e soprattutto i fatti di accertamento” (FALZEA, “Accertamento...”, p. 210).

¹⁰¹ FALZEA, Angelo. “Efficacia giuridica”. *Enciclopedia del diritto*. v. XIV. Milano: Giuffrè, 1965, p. 432-509[499].

¹⁰² FALZEA, “Efficacia...”, p. 499.

4. Reformulações posteriores na doutrina italiana

Embora no cenário italiano a teoria de Chiovenda tenha sido em linhas gerais abraçada por seus contemporâneos Lodovico Mortara e Federico Cammeo¹⁰³, e com posterioridade, seguida por Emílio Betti¹⁰⁴, Piero Calamandrei¹⁰⁵, Marco Tullio Zanzucchi¹⁰⁶, Ugo Rocco¹⁰⁷, Sergio Costa¹⁰⁸ e Crisanto Mandrioli¹⁰⁹, entre outros, não faltaram doutrinadores que, conquanto aceitando a existência e utilidade da preclusão, divergiram quanto a sua definição, assim como em relação ao alcance mais ou menos amplo que lhe deve ser conferido.

Nesse sentido, cabe destacar, inicialmente, as críticas formuladas por Paolo D'Onofrio¹¹⁰, que julgava questionável a própria utilidade do instituto nos moldes chiovendianos, em razão de sua excessiva amplitude¹¹¹. Além disso, o autor refutava a existência de um princípio geral de preclusão, asseverando que

¹⁰³ TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983, p. 25-49.

¹⁰⁴ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 59.

¹⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. v. I (Trad. Douglas Dias Ferreira). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 271.

¹⁰⁶ ZANZUCCHI, *Diritto...*, v. I, p. 395-396.

¹⁰⁷ ROCCO, *Trattato...*, v. II, p. 264-265.

¹⁰⁸ COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1955, p. 232.

¹⁰⁹ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1978, p. 295.

¹¹⁰ Consoante percebeu Moniz de Aragão (ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 142), D'Onofrio manteve-se fiel ao conceito delineado por Chiovenda (“che resta sempre quale il prof. Chiovenda l'a formolato”), embora se empenhasse em reduzi-lo a termos mais precisos (“vorrei così tentare di isolare e ridurre in più precisi termini il concetto stesso”) (D'ONOFRIO, Paolo. “Sul concetto di preclusione”. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel centocinquantesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927, p. 427-437[428]).

¹¹¹ D'ONOFRIO, “Sul concetto...”, p. 427-437.

apenas o exame das hipóteses em particular poderia indicar quando ela se verifica ou não¹¹².

Segundo D'Onofrio, estavam incluídas no conceito de preclusão também as atividades que não se podiam desenvolver em virtude da existência de um *obstáculo* jurídico, e assim ela correspondia não apenas à hipótese de *perda*, como também à de *privação* de uma faculdade processual¹¹³. Apesar disso, a preclusão ostentava caráter meramente *negativo*, voltado tão-só a obstar a formação de uma situação jurídica – o que o levou a entender, inclusive, que a ausência de contestação não configuraria preclusão, na medida em que ensejaria formação de uma situação jurídica nova, de presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial¹¹⁴.

Essa concepção de preclusão como fenômeno exclusivamente negativo chegou a seduzir Enrico Tullio Liebman, consoante se vislumbra em nota existente em sua obra *Embargos do executado*, embora tenha atentado o autor para a necessidade de se elaborar um conceito que englobasse os fenômenos desse modo não alcançados pelo instituto¹¹⁵. Posteriormente, contudo, Liebman acabou adotando quase que integralmente o conceito chiovendiano, consignando entender por preclusão a perda ou extinção de um direito de praticar um ato processual, resultante (i) do transcurso do prazo, (ii) da falta de oportuno exercício do direito, nas hipóteses em que tal consequência é imposta pela ordem legalmente estabelecida na sucessão de atos processuais, (iii) da

¹¹² D'ONOFRIO, "Sul concetto...", p. 430. Para Manoel Caetano Ferreira Filho, ao defender a necessidade de análise dos casos singulares D'Onofrio acaba ampliando a definição chiovendiana a propósito do instituto, fazendo-o até mesmo alcançar situações por ela excluídas, como a litispendência (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 43).

¹¹³ D'ONOFRIO, "Sul concetto...", p. 429.

¹¹⁴ D'ONOFRIO, "Sul concetto...", p. 430.

¹¹⁵ Em tal ocasião, escreveu Liebman que "Ressalva-se, em todo caso, a distinção da coisa julgada, destinada a operar, com eficácia positiva, ainda no futuro, ao passo que a preclusão opera em sentido meramente negativo apenas enquanto dura o processo, e destina-se a consolidar-se na coisa julgada ou a desaparecer inteiramente. À tendência restritiva sustentada por D'Onofrio [...] nada haveria que objetar (pois inegavelmente subsistem diferenças nas várias aplicações do conceito de preclusão), sob condição, porém, de se encontrar e precisar outro conceito que melhor se possa adaptar aos casos que ficaram excluídos" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (oposições de mérito no processo de execução). Campinas: Bookseller, 2003, p. 262, nota 102).

incompatibilidade com ato praticado anteriormente, ou, ainda, (iv) do fato de o direito já ter sido exercido¹¹⁶.

Em réplica às ponderações de D’Onofrio, Chiovenda afirmou arbitrária a distinção entre *eficácia negativa da preclusão* e *eficácia positiva de “un’altra cosa”*, aduzindo que a distinção entre essas eficácias deveria ser feita no âmbito das situações processuais constituídas em decorrência da perda de faculdades processuais, e não no campo das preclusões em si, que são sempre a mesma coisa, isto é, a perda de uma faculdade processual¹¹⁷. E prosseguiu acentuando, com as seguintes palavras, seu entendimento acerca da imprescindibilidade da ideia de *perda* ao conceito de preclusão, em contraposição à aceção de D’Onofrio a respeito da possibilidade de a preclusão advir de obstáculos jurídicos:

Parece-me assim muito ampla a ideia de preclusão adotada por D’ONOFRIO, que fala *de atividades que não podem se desenvolver por um obstáculo jurídico*, enquanto eu falo em *faculdades que não podem mais se exercitar*, ao que é inerente e essencial a ideia de *perda*. O resultado dessa divergência é que D’ONOFRIO exclui do rol de preclusões alguns casos que me parecem os mais característicos, como a perda da faculdade de contestar os fatos por falta de resposta ao interrogatório (*poena confessi*); [...] enquanto vice-versa na ideia de preclusão deveriam entrar casos que a mim parecem a ela estranhos [...], em que a faculdade processual ainda não surgiu e assim poderá se falar em *privação* da faculdade, mas não em *perda*. Colocada a perda da faculdade como elemento essencial da preclusão, essa ideia (que não deriva da « construção » doutrinal, mas da simples e modesta análise e observação da lei) não parecerá nem « irracional », nem muito « vaga », nem « tão vasta a abraçar quase todo o processo »!^{118 119}

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*: principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992, p. 225.

¹¹⁷ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232.

¹¹⁸ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232-233.

¹¹⁹ Igualmente rechaçando as limitações constantes da formulação de D’Onofrio, Andrioli registra que “per la seconda categoria (situazioni positive) la nozione di preclusione non consenta d’intendere nella sua completezza il fenomeno, in quanto rimane appunto da inquadrare dommaticamente l’elemento positivo, che fa parte della situazione” (ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 568). Na mesma linha, Theodoro Júnior aduz que “não se pode compreender a preclusão, fazendo-

Por sua vez, embora reconhecendo que a preclusão constitui “ingrediente de que não se pode abdicar para construir a noção de processo, compreendido como série de atos das partes e do juiz (em geral, órgãos judiciários) cronologicamente ordenados em vista do provimento final”¹²⁰, Virgilio Andrioli exclui do conceito aquilo que Chiovenda denominou de *consumação* de faculdade processual, entendendo que a vedação à prática de um ato já validamente realizado não guarda relação com a finalidade do instituto, de tornar mais ordenado e eficiente o processo¹²¹.

Outrossim, Andrioli manifesta uma *visão procedimental* da preclusão, segundo a qual os atos e fatos que compõem o procedimento conformam uma série ordenada, possibilitada pelo princípio da preclusão, onde cada um é resultado do precedente e pressuposto do seguinte, e todos são instrumentais à emanação do ato final¹²². Nesse sentido, aliás, pronunciou-se, mais recentemente, Fabio Marelli, para quem esse instituto só pode ser corretamente compreendido se inserido no desenvolvimento de um procedimento, que se projeta como um conjunto de atos e fatos concatenados em sequência ordenada, direcionado a alcançar determinados efeitos que são produzidos somente pelo ato final¹²³.

se abstração da situação processual por ela provocada. Ao lado da simples extinção de uma faculdade processual pelo decurso do tempo (aspecto negativo da preclusão), pode perfeitamente ocorrer a idoneidade do mesmo Fenômeno para atribuir um direito ou uma expectativa a uma das partes do processo (aspecto positivo da preclusão). Nas situações positivas, realmente, não é possível, como adverte ANDRIOLI, compreender o fenômeno da preclusão em sua inteireza, se se deixar de fora dele o elemento positivo que faz parte da situação processual recoberta pelo efeito extintivo da faculdade de se contrapor a ela” (THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”). Entretanto, cabe mencionar que as críticas ao conceito chiovendiano de preclusão (consignadas nada menos do que nos Estudos destinados a homenageá-lo) não foram repetidas na obra *Diritto processuale civile* (D’ONOFRIO, Paolo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1947, p. 150), oportunidade em que D’Onofrio define a preclusão, em linhas gerais, em conformidade com o delineamento traçado por Chiovenda.

¹²⁰ ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 568.

¹²¹ ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 568; ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Parte prima. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, p. 395.

¹²² ANDRIOLI, *Lezioni...*, p. 395.

¹²³ MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996, p. 6.

Adiante, Enrico Redenti, partindo da análise dos *títulos executivos extrajudiciais*, que possibilitam ao juiz expedir desde logo o respectivo mandado executivo, e das *injunções de pagamento* – estas correspondentes, no direito brasileiro, à ação monitória –, capazes de cominar sanções ou impor condenação independentemente de prévia discussão em processo de conhecimento – os quais não se enquadram na definição de sentença de mérito e, por aí, não fazem coisa julgada material –, buscou idealizar um fenômeno processual diverso da preclusão formulada por Chiovenda, que fosse apto a fazer com que a estabilidade de provimentos judiciais como esses irradiassem efeitos extraprocessuais.

Para tal propósito cunhou a expressão preclusão *pro iudicato*, defendendo a partir dela que apenas se os sujeitos passivos se insurgissem, opondo-se à execução antes que fosse concluída, poderia nascer um juízo de cognição apto a resultar em um provimento de mérito; mas se oposição não existisse e a execução fosse alcançada, representaria algo de irrevogável ou irreparável, ninguém podendo a partir de então insurgir-se contra o fato realizado, cujas consequências, similares às da coisa julgada material, refletiriam inclusive sobre terceiros¹²⁴. Assim, nos exemplos indicados, se satisfeitos o crédito expresso no título executivo ou a obrigação imposta pela injunção de pagamento, fica obstada toda discussão acerca do crédito ou obrigação em si, sendo sua existência e legitimidade presumidas.

Posteriormente, defendendo que Chiovenda reunira em um mesmo conceito fenômenos distintos entre si, Stefano Riccio adotou a terminologia preclusão *pro iudicato*, cunhada por Redenti, para se referir a situação alheia daquela para a qual foi formulada, consistente na impossibilidade de o juiz rever decisão de conteúdo processual proferida no curso do processo¹²⁵ – o que acabou

¹²⁴ REDENTI, Enrico. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Aggiornata a cura di Mario Vellani. Milano: Giuffrè, 2005, p. 50.

¹²⁵ Segundo Riccio, a teorização de Redenti confunde preclusão e coisa julgada, pois se a preclusão opera dentro do processo em que se verifica, e se a sua essência encontra-se na extinção ou consumação de um poder processual pela parte, das hipóteses referidas por Redenti não se extrai preclusão. Acrescenta, então, que é possível “porsi una nozione di preclusione « pro iudicato » nei casi, in cui il giudicato crei una preclusione, senza raggiungere l'autorità e gli effetti della cosa giudicata; così in rapporto ai provvedimenti di natura esclusivamente processuale, che pur consistendo in un giudicato, non producono di certo gli effetti della cosa giudicata”. E conclui

por gerar confusões conceituais recorrentes ainda nos dias de hoje a esse respeito¹²⁶.

Além disso, Riccio realiza um cotejo entre as concepções de Chiovenda (para quem é essencial à preclusão a ideia de perda de uma faculdade processual) e de D'Onofrio (que defende que a preclusão atinge a atividade que não pode ser desenvolvida por conta de um obstáculo jurídico), para sustentar que preclusas estão tanto a faculdade que não se pode exercer porque perdida, como a atividade cuja realização está impedida por um obstáculo jurídico¹²⁷. Para o autor, enquanto no primeiro caso (*perda*) a faculdade ou o direito é previsto pela norma e, assim, normativamente existe, embora lhe seja vedado o exercício, no segundo (*privação*) é normativamente regulado o obstáculo, é dizer, a lei estabelece o impedimento¹²⁸.

Por sua vez, em seu estudo sobre a *revelia*, Giancarlo Giannozzi concebe a preclusão não em seu sentido jurídico-processual, senão no mais genérico, de obstáculo ou impedimento¹²⁹, destacando a necessidade de se

que “si può parlare di preclusione *pro iudicato* in rapporto ai provvedimenti che hanno contenuto esclusivamente processuale, cioè relativi alle condizioni necessarie a che possa costituirsi l'obbligo del giudice a decidere sull'azione (le quali possono riferirsi ai soggetti, come per es., la competenza del giudice, la capacità processuale delle parti) oppure alla proponibilità di determinate azioni (per es. in rapporto a reati perseguibili a querela di parte), o infine alle circostanze ostative al sorgere del rapporto processuale (litispendenza ecc.). Non si può certo parlare di preclusione vera e propria in quanto non si ha estinzione o consumazione di un potere processuale della parte, ma esercizio di un potere del giudice” (RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 100).

¹²⁶ A propósito, Daniel Amorim Assumpção Neves explica que ao creditar à preclusão concernente à atividade judicial o nome de preclusão *pro iudicato* Riccio instaurou grande confusão em torno do instituto, pois não considerou que tal nomenclatura já havia sido utilizada por Redenti, para designar situação totalmente diversa daquela que acreditava estar criando. Com José Frederico Marques a expressão preclusão *pro iudicato* incorporou-se à nossa doutrina, fazendo com que pouquíssimos autores usem tal expressão em sua acepção original, enquanto a maioria a emprega em referência à preclusão dos poderes do juiz (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 24-25).

¹²⁷ RICCIO, *La preclusione...*, p. 12.

¹²⁸ RICCIO, *La preclusione...*, p. 12.

¹²⁹ Segundo Giannozzi, “Come ogni attività processuale, la costituzione in giudizio è sottoposta ad un termine, alla cui scadenza, ove l'attività non sia compiuta, scatta una preclusione. Intendiamo quest'ultima espressione non in senso tradizionale, ma nel significato meno impegnativo e più generico di « ostacolo od impedimento », che è stato di recente messo opportunamente in luce”

distingui-la da noção de decadência, na medida em que esta afeta direitos, enquanto a preclusão opera sobre poderes processuais¹³⁰. Explica, a esse respeito, que entre a impossibilidade de exercitar um poder no processo e a perda de um direito, a diferença não é apenas terminológica, pois enquanto aquela resulta não tanto do decurso inútil de um prazo, quanto pelo constante caminhar do processo, que exige sempre a realização de atividade novas e entre si ordenadas, esta se verifica pelo não oportuno exercício do direito em conformidade com as normas que com tal finalidade estão indicadas por lei¹³¹.

Ainda, segundo Giannozzi, “a perda de um poder processual é apenas a perda de uma *atividade não essencial* para o desenvolvimento do processo e portanto ao alcance de seu escopo final”¹³², ao passo que “a perda de um direito diz respeito ao conteúdo (decadência da prova) ou ao resultado (decadência da impugnação) do processo”¹³³. E arremata que “o que preclui é um *demandar*, um *excepcionar* (ou seja: uma atividade); o que caduca é ao contrário um direito já adquirido”¹³⁴.

Em relação aos doutrinadores italianos mais contemporâneos, cabe mencionar a construção de Giovanni Tesoriere, segundo quem a preclusão expressa um “típico efeito processual, e precisamente a impossibilidade para a parte de executar, sucessivamente a sua verificação, uma faculdade ou um poder que deviam ter sido desenvolvidos de uma determinada maneira ou dentro de determinado prazo”¹³⁵. A partir daí, assevera o autor que as causas de preclusão

(GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 171). Esclarece, contudo, o autor que “Con questo non intendiamo peraltro pienamente aderire alla critica dell’Attardi contro la dottrina tradizionale, e in particolare contro la classica proposizione del CHIOVENDA [...], vorremmo soltanto porre in evidenza, non tanto la inadeguatezza scientifica del concetto di preclusione, come invece intende dimostrarla l’ATTARDI, quanto il significato col quale il nostro legislatore l’ha adoperato per differenziarlo dalla decadenza, (istituto anche e soprattutto di diritto materiale), del pari usato nel codice di rito” (GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 172, em nota).

¹³⁰ GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 172-174, em nota.

¹³¹ GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 172-173, em nota.

¹³² GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 173, em nota.

¹³³ GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 173, em nota.

¹³⁴ GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 173, em nota.

¹³⁵ TESORIERE, *Contributo...*, p. 88.

são todas aquelas circunstâncias “idôneas para turbar ou subverter a ordem preestabelecida do processo”¹³⁶.

Assinala, então, Tesoriere três momentos no fenômeno preclusivo, quais sejam “o da *causa preclusiva* (decadência, incompatibilidade, etc.); o do *efeito* ou da preclusão propriamente dita (impossibilidade de realizar o ato precluído); e o da (eventual) proposição ou reproposição do ato precluído”¹³⁷, que implicarão, segundo o caso, sua nulidade, improponibilidade, inadmissibilidade ou improcedibilidade¹³⁸.

Igualmente digna de destaque é a lição de Edoardo Grasso, que atenta para o fato de a formulação chiovendiana ter desprezado a noção de *ônus*, utilizada “apenas para representar a posição da parte diante da prova, e como regra de julgamento para o juiz”¹³⁹. Para o autor, uma vez superada a teoria da relação jurídica enquanto instrumento de exaltação da autonomia do fenômeno processual, o que melhor se amolda à preclusão “não é a situação ativa de direito ou faculdade, senão a situação passiva de ônus (de realizar o ato em um âmbito temporal determinado)”, na medida em que se apresenta como consequência da “falta de oportuno desenvolvimento de uma atividade, sem a qual a parte não pode conseguir certo resultado”¹⁴⁰.

E conclui Grasso salientando que a preclusão corresponde à “impossibilidade de cumprir o ônus imposto e não cumprido oportunamente”¹⁴¹, do que decorre que a ausência de previsão normativa sobre o efeito negativo resultante do não cumprimento do ônus não o exclui, ao passo que a existência de disposição em tal sentido apenas confirma o sistema¹⁴². O interesse do ordenamento na observância do procedimento previamente estabelecido

¹³⁶ TESORIERE, *Contributo...*, p. 88.

¹³⁷ TESORIERE, *Contributo...*, p. 89.

¹³⁸ TESORIERE, *Contributo...*, p. 86.

¹³⁹ GRASSO, Edoardo. “Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. XLVIII, jul.-set./1993, p. 639-655[640].

¹⁴⁰ GRASSO, “Interpretazione...”, p. 641.

¹⁴¹ GRASSO, “Interpretazione...”, p. 644.

¹⁴² GRASSO, “Interpretazione...”, p. 641.

prevalece, segundo o autor, sobre qualquer interesse das partes, não permitindo que estas negociem sua inobservância, que pode inclusive ser reconhecida de ofício¹⁴³.

A interpretação de Grasso a respeito de a preclusão melhor se relacionar com a ideia de ônus é compartilhada por Michele Taruffo,¹⁴⁴ embora este prossiga referindo-se a “direitos” e “faculdades” das partes – o que até faz sentido quando consideramos que Taruffo é um ardoroso defensor do “direito à prova”¹⁴⁵. Além disso, o autor distingue a *preclusão em sentido lato*, correspondente a todo fenômeno mediante o qual um direito ou uma faculdade deixam de ser exercitáveis pelo seu titular, da *preclusão em sentido estrito*, pertinente às hipóteses em que o mecanismo opera no contexto processual, admitindo, desse modo, que fenômenos similares podem se manifestar em outras áreas do ordenamento¹⁴⁶.

5. Panorama doutrinário brasileiro

No Brasil, tudo indica que foi Manuel Aurelino de Gusmão o primeiro a fazer alusão à preclusão processual, “muito embora o fizesse confusamente”¹⁴⁷ e de forma indireta, voltada a diferenciar a coisa julgada formal da material¹⁴⁸. Desde então, a teoria chiovendiana foi, em linhas gerais, entre nós amplamente acolhida,

¹⁴³ GRASSO, “Interpretazione...”, p. 641.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. “Preclusioni (diritto processuale civile)”. *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. v. I. Milano: Giuffrè, 1997, p. 794-810[795].

¹⁴⁵ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 29, nota 96.

¹⁴⁶ TARUFFO, “Preclusioni...”, p. 794.

¹⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 380.

¹⁴⁸ Nas palavras de Gusmão, “a coisa julgada substancial contém em si, de modo absoluto, a preclusão de quaisquer questões futuras relativamente ao que foi decidido sobre o objeto principal da ação ou demanda; pela coisa julgada formal se dá a preclusão apenas da relação ou questão processual sobre que versou o julgado que o resolveu e cujos efeitos se produzem unicamente no mesmo processo em que ele foi proferido” (GUSMÃO, Manuel Aurelino de. *Cosa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 21-26, nota 3).

praticamente não se vislumbrando quem refute a autonomia, utilidade e importância do instituto, tanto em relação à acepção concernente à perda de uma faculdade processual, como quanto àquela pertinente às questões incidentais decididas e eliminadas¹⁴⁹.

Imprescindível, então, realçar algumas das construções que, voltadas a refinar e a aperfeiçoar o instituto, se destacaram em âmbito nacional, iniciando com aquelas edificadas ainda sob a égide do CPC de 1939¹⁵⁰, como a de Antonio Alberto Alves Barbosa, para quem a aplicação da preclusão na marcha processual “constitui um imperativo para que esta se desenvolva em etapas claras e precisas, ordenadas e equilibradas”, garantindo “eficiência e segurança na realização da vontade concreta da lei e na sua aplicação aos casos particulares”¹⁵¹.

Apesar disso, atenta Barbosa para o fato de ser o conceito de Chiovenda incompleto, na medida em que, na sua visão, a preclusão alcança não só as partes, mas também o juiz. Assim, segundo o autor há “além da *preclusão* das faculdades das partes, a da decisão das questões [...], que deixou de ser contemplada na definição de Chiovenda, embora ela ressalte nítida de suas magníficas lições”¹⁵².

A partir daí, assevera Barbosa consistir a preclusão “na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou

¹⁴⁹ SICA, *Preclusão...*, p. 84.

¹⁵⁰ Observa, a esse respeito, Rubin, que “Em termos legislativos, somente com o Código de 1973 passou-se a adotar expressamente o termo *preclusão*, como nos arts. 245, 473 e 601; mas, sem usar a palavra *preclusão*, o Código de 1939, como também os antigos diplomas processuais estaduais e até o Regulamento 737 (a primeira e mais importante lei processual pátria, editado em 1850 subsequentemente à promulgação do Código Comercial) já faziam aplicação do instituto, ao estabelecer uma ordem legal para a prática dos atos do feito, impondo a perda do direito de praticá-lo após ultrapassado o momento adequado” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 25). Além disso, a palavra constava na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1940, onde se registrava que, na busca da verdade, “o juiz não estará sujeito a preclusões”.

¹⁵¹ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 35.

¹⁵² BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 37.

invalidamente”¹⁵³, destacando, outrossim, que ao falar “em atos processuais, compreendem-se os atos do juiz e das partes”¹⁵⁴.

Na mesma linha, Celso Agrícola Barbi defende que o conceito de Chiovenda sobre a preclusão deveria ser ampliado “para abranger também a *preclusão de questões* e atingir não apenas *faculdades das partes*, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões”¹⁵⁵. Assim, “o objeto da preclusão é sempre uma faculdade das partes ou poder do juiz”; em relação àquelas, a multiplicidade de atos que podem praticar em Juízo torna impossível uma catalogação das situações que importam preclusão, ao passo que no tocante ao juiz, “o campo restringe-se à hipótese de revogação de uma decisão pelo seu prolator”¹⁵⁶.

Diante disso, Barbi classifica as hipóteses preclusivas em três tipos fundamentais, quais sejam “1) As derivadas da perda de uma faculdade, por não exercida dentro do tempo devido; 2) As derivadas da extinção de uma faculdade, por já ter sido utilizada uma vez (consumação); 3) As derivadas de ato do juiz (decisão sobre questões)”¹⁵⁷. Outrossim, afirma o autor que o conceito de coisa julgada formal se mostrou “imprestável e apto somente a gerar confusões”¹⁵⁸, ficando, ademais, “inteiramente vazio de conteúdo com a colocação da preclusão em seu lugar”¹⁵⁹.

A seu turno, José Frederico Marques aduz que a preclusão corresponde, objetivamente, a “fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e obstar seu recuo para fases anteriores do procedimento”, e subjetivamente, a “perda de uma faculdade ou direito processual

¹⁵³ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 50.

¹⁵⁴ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 50.

¹⁵⁵ BARBI, “Da preclusão...”, p. 61.

¹⁵⁶ BARBI, “Da preclusão...”, p. 62.

¹⁵⁷ BARBI, “Da preclusão...”, p. 63.

¹⁵⁸ BARBI, “Da preclusão...”, p. 63. No mesmo sentido: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. v. III. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1945, p. 90; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *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, p. 62, nota 1.

¹⁵⁹ BARBI, “Da preclusão...”, p. 63.

que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto”¹⁶⁰.

Além disso, Marques baseou-se nas lições de Riccio, para definir a preclusão *pro iudicato* como “imutabilidade, no processo, das questões processuais decididas no curso do procedimento”, asseverando que “Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz”, e que “como a preclusão ‘vera e propria’ não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão só as faculdades processuais das partes, fala-se de preclusão ‘pro iudicato’”¹⁶¹.

Luiz Machado Guimarães, por sua vez, entende que embora seja inegável a utilidade do conceito de preclusão, “a amplíssima compreensão que lhe atribuiu o mestre italiano [...] não permite a formulação de normas gerais e comuns a todos os fenômenos jurídicos” nele compreendidos¹⁶². Por isso, defende a necessidade de se diferenciar “a preclusão operada pela *perda* de uma faculdade processual da que é decorrente da simples *ultrapassagem* (sem ocorrência de perda) de uma etapa da série procedimental”¹⁶³, assim como de se isolar “o ‘efeito preclusivo’, de que são dotadas as situações processuais, inclusive as criadas pela coisa julgada formal e pela coisa julgada substancial”¹⁶⁴.

Adiante, já sob vigência do CPC de 1973, Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que a “preclusão exprime a ideia de a) extinção de um poder, para o juiz ou 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

¹⁶⁰ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 380.

¹⁶¹ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 385-386. Posteriormente, já sob a égide do CPC de 1973, Marques expôs que a preclusão *pro iudicato* incide sobre a decisão judicial que “tiver conteúdo apenas processual” e alcança não apenas “toda e qualquer sentença que extingue o processo sem julgar o litígio”, mas também “qualquer decisão interlocutória proferida no curso do procedimento de primeira instância, se não for interposto recurso” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. II: processo de conhecimento. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176).

¹⁶² GUIMARÃES, “Preclusão...”, p. 11.

¹⁶³ GUIMARÃES, “Preclusão...”, p. 12. Nesse aspecto, é de se reconhecer que Guimarães se aproxima das formulações de D’Onofrio, mencionadas anteriormente (D’ONOFRIO, “Sul concetto...”, p. 429).

¹⁶⁴ GUIMARÃES, “Preclusão...”, p. 12.

601)”¹⁶⁵, relacionando-se com a divisão do procedimento em fases e “servindo também a expressar a ideia de perda ou extinção de uma oportunidade, porque ultrapassada a ocasião propícia para exercê-la”¹⁶⁶.

Ainda, embora defenda a incidência de preclusão sobre os poderes do juiz¹⁶⁷, porquanto decorrente do disposto nos arts. 471, *caput*, e 516 do CPC de 1973¹⁶⁸, Moniz de Aragão criticou a utilização, nos moldes como fizeram Riccio e Marques, da expressão preclusão *pro iudicato* em referência a essa hipótese. Segundo o autor, “a preclusão, mesmo a ‘*vera e propria*’, pode afetar também aos poderes do juiz”¹⁶⁹, ao passo que o conceito criado por Redenti “decorre precisamente de seu cuidado com os pronunciamentos que afetam a relação material (*res in iudicio deducta*) no plano do processo de execução, não com os problemas inerentes à relação processual no processo de conhecimento”¹⁷⁰.

Prosseguindo, segundo entendimento de João Batista Lopes, é inaceitável que o processo, “como instrumento a serviço do direito material, permaneça à mercê dos interesses das partes – muitas vezes inconfessáveis –

¹⁶⁵ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 142.

¹⁶⁶ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 142.

¹⁶⁷ Para Moniz de Aragão, “Exatamente por a lei falar em *decidir*, nela cabem tanto ‘as sentenças’ quanto as ‘decisões’ (conforme as distingue o art. 162) pois o Código não alude a *sentenciar* senão (salvo engano) uma única vez: no art. 128. (...) Essa interpretação se reforça com a explícita referência a ‘questões’, objeto da oração. Tem-se pois a visão completa da abrangência do texto, que compreende não só a sentença (e por isso projeta efeitos além do processo e vincula os demais juízes) como, outrossim, as decisões das questões solucionadas no curso da demanda (irradiando efeitos dentro do processo e vinculando o próprio juiz que as proferiu). Quanto a estas não há que falar em coisa julgada material e sim em preclusão, que atua também sobre os poderes do juiz (ou do tribunal e, neste, do relator)” (ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 169-170).

¹⁶⁸ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 158 e 166-170.

¹⁶⁹ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 161.

¹⁷⁰ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 161. “Mas não é só: atentando-nos, por outro lado, à compreensão latina da expressão, encontramos mais definiências. Ocorre que preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *iudicato* significa “julgado”; “juiz” é *iudex* ou *iudicem*, restando que *preclusão pro iudicato* significa “preclusão como se tivesse sido julgado” – assim, se houve decisão por parte do diretor do processo, e ocorreu preclusão, não há preclusão *pro iudicato*, porque esta supõe ausência de decisão. *Preclusão pro iudicato* significa, na verdade, julgamento implícito ou presumido, como pensado por Redenti” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 34).

com a reabertura de discussão sobre matérias já resolvidas pelo juiz”¹⁷¹. Todavia, para o autor, esse óbice não equivale à preclusão em sentido técnico, na medida em que essa se trata de “fenômeno processual que diz respeito tão-somente às partes”, porquanto alusivo à perda de faculdades processuais¹⁷², conformando, ademais, uma penalidade *sui generis*¹⁷³.

Analisando a construção de Lopes, Manoel Caetano Ferreira Filho aduz que fez ele “gigantesco esforço para explicar porque entende que o juiz não pode decidir novamente as questões que já decidiu”, quando “Bastava que admitisse que a preclusão abrange também os poderes do juiz”¹⁷⁴. Assevera, então, que, de certo modo, o próprio Chiovenda aceitou que também os poderes do juiz, ao lado das faculdades das partes, sujeitam-se à preclusão¹⁷⁵, sendo necessário superar o preconceito existente quanto a essa ideia, até porque o escopo do art. 471 do CPC de 1973 não se esgota na coisa julgada material, impondo também “a impossibilidade de, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, o juiz, no mesmo processo, evidentemente, decidir ‘novamente questões já decididas’”¹⁷⁶.

Mais recentemente, José Roberto dos Santos Bedaque anotou consistir a preclusão em “perda, pela parte, da possibilidade de praticar os atos correspondentes a uma dessas posições subjetivas [faculdades, poderes e ônus processuais] – o que ocorre sempre que o legislador estabelece regras impondo

¹⁷¹ LOPES, João Batista. “Breves considerações sobre o instituto da preclusão”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 23, jul.-set./1981, p. 45-60[49].

¹⁷² LOPES, “Breves considerações...”, p. 48.

¹⁷³ LOPES, “Breves considerações...”, p. 49.

¹⁷⁴ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 23.

¹⁷⁵ Segundo o autor, “no ensaio *Cosa giudicata e competenza*, Chiovenda analisa caso de preclusão da decisão de juiz sobre a competência, para concluir que, nesta hipótese, não se pode falar em coisa julgada, mas sim em preclusão. No estudo *Cosa giudicata e preclusione*, Chiovenda afirma: ‘Também a decisão de questões substanciais, ou de mérito, como se costuma dizer comumente, dá lugar a simples preclusão’. Neste mesmo trabalho, ao conceber a ‘preclusão limitada a um grau de jurisdição’, conclui: ‘As questões ficam preclusas em relação ao juiz que as decidiu, mas não em relação ao juiz superior’ [...]. Nota-se, pois, que, embora tenha dado ênfase maior à extinção de faculdades das partes, Chiovenda não descuidou que também em relação aos poderes do juiz opera a preclusão” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 22-23).

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 83.

essa consequência”¹⁷⁷. Destaca, outrossim, a existência de um aspecto positivo no fenômeno, consistente na situação de vantagem assumida pela parte em virtude de a adversa não ter se desincumbido de um ônus que lhe era imposto sob consequência de preclusão¹⁷⁸.

Também Humberto Theodoro Júnior dedicou-se mais atualmente ao tema, enfatizando a necessidade de que o movimento do processo seja “preordenado por normas que se preocupem em assegurar-lhe um ritmo e uma direção voltada, com nitidez e firmeza, para a meta optada, que é a rápida e justa composição do litígio”, o que só é possível se “estiver apoiado no mecanismo da preclusão”¹⁷⁹.

A propósito do conceito de Chiovenda, o autor registra que ele se mostrou correto “naquilo que constatou e captou no fenômeno da preclusão”, mas incompleto, “porque restringiu-se a enfocar o efeito da preclusão sobre as faculdades processuais, enquanto não se pode negar sua repercussão, também, sobre as questões relevantes para a relação processual e para a prestação jurisdicional”¹⁸⁰. Com isso, Theodoro Júnior ratifica o posicionamento de que a preclusão comporta três espécies (temporal, lógica e consumativa), que convivem com a preclusão *pro iudicato*, direcionada para o juiz e voltada a obstá-lo de reapreciar questões já decididas¹⁸¹.

Daniel Assumpção Amorim Neves, a seu turno, conferiu particular atenção ao estudo da preclusão direcionada ao juiz¹⁸², afirmando, resumidamente, que determinadas decisões tomadas no curso dos processos de execução e monitorio produzem eficácia extraprocessual, ao passo que para aquelas proferidas no decorrer dos processos de conhecimento e cautelar, tal eficácia é apenas endoprocessual. A partir daí, defende o autor que somente em relação às

¹⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 128.

¹⁷⁸ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 128.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

¹⁸² NEVES, *Preclusões...*

primeiras é admissível falar-se em preclusão *pro iudicato*, para se manter fiel à proposta de Redenti, que cunhou a expressão; em relação às demais, denomina *preclusão judicial* aquele fenômeno que implica limitação aos poderes do juiz.

Igualmente debruçando-se sobre o assunto, Heitor Vitor Mendonça Sica destaca, na linha do que defendeu Grasso, a necessidade de se “afastar a ideia de CHIOVENDA de que a preclusão atinge *faculdades processuais* e de se acolher a de que a preclusão se identifica propriamente com a ideia de *ônus*”¹⁸³.

Além disso, salienta o autor a impropriedade de se “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”, porquanto tal afirmação transmite “a falsa impressão de que o juiz atuaria no processo também em busca de interesses próprios, sob a carga de ônus”, o que não se pode admitir¹⁸⁴. Propõe, com isso, sejam enfrentadas em separado a preclusão de ônus processuais, dirigida à atividade das partes, e a preclusão de questões incidentais, direcionada aos poderes do juiz¹⁸⁵.

Demais disso, Sica refuta, na linha de Andrioli, a existência de preclusão consumativa para os direitos das partes, entendendo que essa não se enquadra nas finalidades do instituto, relacionadas com a necessidade de se evitar obstáculos à marcha processual¹⁸⁶. Reconhece, todavia, que essa figura é adequada para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais, como “meio de obstar o poder do juiz de decidir alguma questão que se baseia exclusivamente no fato de já tê-lo feito antes”¹⁸⁷.

Maurício Giannico, por sua vez, ratifica a ideia de que do mesmo modo como “se opera, em relação às partes, a perda ou a extinção de uma prerrogativa processual, também o juiz [...] está sujeito à perda da possibilidade de novamente

¹⁸³ SICA, *Preclusão...*, p. 101.

¹⁸⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 107-108.

¹⁸⁵ SICA, *Preclusão...*, p. 119-277.

¹⁸⁶ SICA, *Preclusão...*, p. 151-153.

¹⁸⁷ SICA, *Preclusão...*, p. 265.

deliberar sobre matérias já anteriormente decididas”¹⁸⁸. Esse autor igualmente compreende que a preclusão incide sobre ônus processuais, considerando que a omissão em relação ao seu cumprimento traz efeitos jurídicos desfavoráveis à parte previamente cominados em lei, o que não ocorre quando se está diante de simples faculdades¹⁸⁹. Por outro lado, Giannico adota a classificação das preclusões – proposta por Riccio¹⁹⁰ e seguida por Barbosa¹⁹¹ – em temporal, consumativa, lógica e ordinatória, essa última respectiva ao óbice à reiteração de ato processual praticado invalidamente¹⁹².

Concluindo este panorama, cabe ainda mencionar o estudo desenvolvido por Fernando Rubin, que afirma que a preclusão “envolve a impossibilidade, por regra, de, a partir de determinado momento, serem suscitadas matérias no processo, tanto pelas partes como pelo próprio juiz, visando-se precipuamente à aceleração e à simplificação do procedimento”¹⁹³. A partir daí, consigna o autor ser objeto da preclusão dirigida às partes um ônus processual, e da dirigida ao juiz, um poder¹⁹⁴, sendo temporal, lógica ou consumativa¹⁹⁵, nessa última se enquadrando também as situações decorrentes do exercício inválido de um ato processual, considerando, ademais, inútil o isolamento da categoria, assim denominada, “preclusão ordinatória”¹⁹⁶.

¹⁸⁸ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

¹⁸⁹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 49-52.

¹⁹⁰ RICCIO, *La preclusione...*, p. 14.

¹⁹¹ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 35.

¹⁹² GIANNICO, *A preclusão...*, p. 128. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “a rigor, esta espécie de preclusão [ordinatória] pode se assimilar perfeitamente à categoria mais ampla de preclusão consumativa” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 478).

¹⁹³ RUBIN, *A preclusão...*, p. 35.

¹⁹⁴ RUBIN, *A preclusão...*, p. 35.

¹⁹⁵ RUBIN, *A preclusão...*, p. 98 e ss.

¹⁹⁶ RUBIN, *A preclusão...*, p. 99-101.

5.1. *Segue. A preclusão incidente sobre o juiz segundo a doutrina nacional*

A doutrina brasileira é praticamente uníssona em dizer que a preclusão incide também sobre o juiz. Nesse sentido se manifestaram, como já explanado, Antonio Alberto Alves Barbosa¹⁹⁷, Celso Agrícola Barbi¹⁹⁸, José Frederico Marques¹⁹⁹, Egas Dirceu Moniz de Aragão²⁰⁰, Manoel Caetano Ferreira Filho²⁰¹, Humberto Theodoro Júnior²⁰², Daniel Assumpção Amorim Neves²⁰³, Heitor Vitor Mendonça Sica²⁰⁴, Maurício Giannico²⁰⁵, Fernando Rubin²⁰⁶ entre outros.

Controverte-se, no entanto, acerca de quais espécies de preclusão operam em relação a ele, sendo tranquila apenas a incidência da *consumativa*, consistente em obstá-lo de reanalisar e rededir matérias já resolvidas. Neste aspecto, é também firme a não incidência de preclusão sobre os despachos de mero expediente e de simples impulso processual, porquanto desprovidos de conteúdo decisório, assim como em relação às sentenças, terminativas e definitivas, transitadas em julgado, pois acobertadas pela coisa julgada formal e/ou

¹⁹⁷ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 37.

¹⁹⁸ BARBI, “Da preclusão...”, p. 61.

¹⁹⁹ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 385-386. Posteriormente, já sob a égide do CPC de 1973, Marques expôs que a preclusão *pro iudicato* incide sobre a decisão judicial que “tiver conteúdo apenas processual” e alcança não apenas “toda e qualquer sentença que extingue o processo sem julgar o litígio”, mas também “qualquer decisão interlocutória proferida no curso do procedimento de primeira instância, se não for interposto recurso” (MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 176).

²⁰⁰ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 142.

²⁰¹ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 83.

²⁰² THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

²⁰³ NEVES, *Preclusões...*

²⁰⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 119-277.

²⁰⁵ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 47.

²⁰⁶ RUBIN, *A preclusão...*, p. 35.

material²⁰⁷. Restam, então, apenas as *decisões interlocutórias* em seu âmbito de abrangência²⁰⁸.

Nesses termos, conforme assevera Giannico, “proferida uma determinada decisão interlocutória e, não sendo interposto tempestivamente o recurso cabível [...], a questão ali decidida torna-se imutável, impossibilitando eventual futura apreciação pelo juiz”²⁰⁹. Apesar disso, ressalvam-se, em geral, da preclusão os poderes judiciais administrativos, instrutórios e coercitivos (de utilização dos meios de apoio à execução e à efetivação da tutela antecipada), as decisões envolvendo tutelas de urgência, entre outros²¹⁰, hipóteses essas em que poderá o juiz redecidir a qualquer tempo e de ofício.

Por outro lado, aduz-se que sendo impróprios os prazos previstos para que o juiz pratique atos no processo, seus poderes estão excetuados da preclusão *temporal*, não acarretando, assim, qualquer consequência processual sua inobservância²¹¹, embora possa implicar sanções disciplinares. Para Moniz de Aragão, todavia, é possível que a preclusão temporal eventualmente opere sobre os poderes do juiz, em virtude de não os ter exercido, pela superação de uma fase processual, diante da necessidade de se observar a sequência legal do procedimento, evitando-se retrocessos²¹². A seu turno, Fredie Didier Junior defende que o entendimento no sentido de inexistir preclusão temporal para o juiz deve ser revisto, “Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também diante de enunciados normativos expressos”, citando como exemplo “a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno

²⁰⁷ Nas palavras de Manoel Caetano Ferreira Filho, “As sentenças, terminativas e definitivas, produzem a coisa julgada, as primeiras somente formal, as segundas também material. Portanto, no que a elas concerne, não há que se falar em preclusão” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 85).

²⁰⁸ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 86.

²⁰⁹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 145.

²¹⁰ SICA, *Preclusão...*, p. 238-253.

²¹¹ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 91; NEVES, *Preclusões...*, p. 41.

²¹² ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 178.

do STF, para o caso de o Ministro silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário”²¹³.

E no tocante à preclusão lógica, apesar de comumente se afirmar que também ela não diz respeito aos poderes do juiz²¹⁴, há quem vislumbre alguma aproximação nesse sentido, como Rubin, que entende ser possível falar em preclusão lógica nesse âmbito, na medida em que é “vedado ao magistrado desrespeitar as disposições processuais vigentes, tumultuando o procedimento com decisões incompatíveis de impulsionamento”²¹⁵. Igualmente, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini asseveram que a preclusão dos poderes do juiz pode ser consumativa ou, excepcionalmente, lógica, como na hipótese em que o juiz deixa de exercer juízo de retratação no agravo, dando cumprimento à decisão agravada, quando lhe ficará preclusa a possibilidade de se retratar posteriormente²¹⁶.

²¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 317.

²¹⁴ Nesse sentido, explica Sica que “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) 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 265-266, nota 6).

²¹⁵ RUBIN, *A preclusão...*, p. 120.

²¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 262. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: RT, 2006, p. 269). Alexandre Freitas Câmara indica como exemplo de preclusão lógica incidente sobre os poderes do juiz a hipótese em que “o juízo da execução determinou que os autos fossem ao contador para conferir o cálculo apresentado pelo exequente e surgiu controvérsia entre o valor pretendido pelo demandante e o valor apresentado pelo auxiliar do juízo”, ocasião em que “não poderá o juiz determinar a penhora de bens que sejam suficientes para garantir o pagamento do valor pretendido pelo credor, mas apenas se poderá determinar a constrição de atos que garantam o pagamento do valor encontrado pelo contador” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 555).

Para além disso, cabe mencionar a teorização sobre o que se convencionou chamar de preclusão *hierárquica*, em alusão ao dever do Juízo *a quo* de se curvar às decisões proferidas pelo *ad quem* em sede recursal, restando-lhe tolhidos os poderes de se manifestar contrariamente ao que lá ficou decidido. A esse propósito, leciona Sica que “a estruturação da hierarquia judiciária impõe que o juiz singular se atenha ao que decidiu a instância superior”²¹⁷, sendo possível, inclusive, em caso de ele não respeitar tal primado, “abrir margem ao remédio da *reclamação*”²¹⁸.

A grande polêmica em torno da preclusão dos poderes do juiz, no entanto, diz respeito às *matérias por ele conhecíveis de ofício*, usualmente denominadas “de ordem pública”²¹⁹.

Isso porque, de um lado, tanto o CPC de 1973, como o de 2015, impõem expressamente ao juiz a averiguação, na fase saneadora, da regularidade formal dos atos do procedimento e dos pressupostos para o julgamento de mérito, para que, (i) ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, incs. II a V, correspondentes aos arts. 485 e 487, incs. II e III, do CPC de 2015, julgue o processo “conforme o estado em que se encontrar” (CPC/1973, art. 329; CPC/2015, art. 354, *caput*), (ii) se forem suficientes as provas existentes nos autos, ou verificados os efeitos materiais da revelia, decida o mérito “antecipadamente” (CPC/1973, art. 330; CPC/2015, art. 355), ou ainda, (iii) não se enquadrando nessas hipóteses e resultando infrutífera tentativa de conciliação em audiência preliminar, profira decisão saneadora, na qual, entre outras coisas,

²¹⁷ SICA, *Preclusão...*, p. 222.

²¹⁸ SICA, *Preclusão...*, p. 223.

²¹⁹ Nesse ponto, é de se advertir que embora usualmente se aluda às matérias conhecíveis de ofício como “de ordem pública”, existem também questões “de ordem privada” cuja apreensão pelo juiz independe de provocação pela parte interessada. É o que elucida Teresa Arruda Alvim Wambier, ao dizer que “Numa imagem matemática, dir-se-ia que o conjunto de matérias examináveis de ofício é maior do que o das matérias de ordem pública. Portanto, toda matéria de ordem pública é examinável de ofício, mas nem tudo o que pode ser examinado de ofício consiste em matéria de ordem pública” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 137). Por outro lado, considerando a inexistência de definição precisa e satisfatória para *ordem pública* (a propósito, vide: DELGADO, José Augusto. “A ordem pública como fator de segurança”. *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. v. 32, mai.-jun./1985, São Paulo: Jurid Vellenich, p. 21-35[22]), optamos por empregar a terminologia *matérias conhecíveis de ofício*.

serão resolvidas questões processuais pendentes, fixados os pontos controvertidos e determinadas as provas a serem produzidas (CPC/1973, art. 331; CPC/2015, art. 357).

Por outro lado, o CPC de 1973 estabelece a recorribilidade das decisões interlocutórias (art. 522), ao passo que o de 2015 prevê a de parte delas (art. 1.015), as quais, em decorrência disso, detêm aptidão para serem acobertadas por preclusão (CPC/1973, art. 473; CPC/2015, art. 507). Acresça-se, ainda, a regra contida no § 3.º do art. 267 do CPC de 1973, equivalente ao art. 485, § 3.º, do CPC de 2015²²⁰, segundo a qual o juiz conhecerá de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, dos pressupostos para o julgamento de mérito e dos requisitos de regularidade formal dos atos do procedimento.

Diante, então, desse emaranhado de normas, é controvertido em âmbito doutrinário se depois de resolver questão por ele conhecível de ofício, poderá o juiz reanalisá-la e redecidi-la, manifestando entendimento diverso daquele antes adotado a seu respeito, inclusive extinguindo o processo sob tal fundamento, ou estará precluso seu poder para tanto?

Em um extremo da doutrina acerca da preclusividade das decisões envolvendo matérias conhecíveis de ofício pelo órgão julgador, estão os que entendem que elas só serão apreendidas pelo juiz ou pelo Tribunal independente de provocação e a qualquer tempo e grau de jurisdição, se a seu respeito não houver pronunciamento judicial expresso não impugnado pela via recursal adequada.

²²⁰ A esse respeito, andou bem o CPC de 2015 ao assentar que esse reconhecimento se dará “enquanto não ocorrer o trânsito em julgado” (art. 485, § 3.º), sendo, assim, a partir de então, imposta pela coisa julgada – e não por preclusão – a impossibilidade de exame da matéria. É notar que embora esse entendimento já fosse deduzível do regramento contido no CPC de 1973 (nesse sentido, conferir, *v.g.*: STJ, 3.ªT., REsp 1.381.654-RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 5.11.2013, *DJe* 11.11.2013), inúmeras discussões tem sido travadas em torno do assunto sob a égide desse Código, existindo julgados reconhecendo a possibilidade de apreensão dessas matérias mesmo em sede de cumprimento da sentença (*vide*, exemplificativamente: STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 272.860-MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 2.5.2013, *DJe* 14.5.2013). Destarte, a previsão expressa no art. 485, § 3.º, do CPC de 2015 vem, ao nosso sentir, colocar termo a essas divergências.

Nesse sentido é o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, para quem a decisão de saneamento produz a preclusão:

a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação pela parte, pelo juiz, com ressalva da possibilidade, que sempre lhe fica, de determinar a realização de prova indeferida mas que lhe venha a parecer, mais tarde, necessária à instrução do feito (art. 130); e também b) das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia na decisão de saneamento, excetuadas apenas aquelas que, à luz de regra legal específica ou do sistema do Código, possam ser resolvidas posteriormente: assim, v.g., a da incompetência absoluta (art. 113, *caput*), a relativa a alguma nulidade que a parte prove não ter alegado antes em virtude de “legítimo impedimento” (art. 245, parágrafo único, *fine*).²²¹

Esclarece, contudo, o autor que essa segunda hipótese não significa que se deva utilizar da “inútil ficção jurídica” de que o julgamento dessas questões foi implícito – conforme se costumava defender sob a égide do CPC de 1939 –, mas sim “sempre e apenas, que daí em diante *já não é possível apreciá-las*”²²². Do mesmo modo, segundo Barbosa Moreira, a preclusão da questão decidida, versando ou não sobre matéria conhecível de ofício pelo órgão julgador, alcança tanto o juiz como o tribunal em caso de não interposição de recurso; se interposto, por sua vez, a matéria ficará preclusa para o juiz após o juízo de retratabilidade, e para o tribunal, depois de julgado o recurso²²³.

²²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

²²² BARBOSA MOREIRA, *O novo processo...*, p. 53. Segundo Talamini, “o argumento de Barbosa Moreira (de que não se trataria de decisão implícita, mas apenas estaria vencida a possibilidade de exame do tema) em nada atenua o problema [da (in)admissibilidade de julgamento implícito]. Não importa o nome que se dê ao fenômeno. Interessa é que, a valer a tese, ter-se-á a rejeição de alegação da parte sem sua efetiva apreciação. Ora, a nulidade absoluta da decisão não-fundamentada não se convalida pela falta de recurso. Igualmente, a falta de agravo não legitimaria a suposta automática rejeição da questão não-examinada na decisão de saneamento” (TALAMINI, Eduardo. “O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente”. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, abr.-jun./1997, p. 137-164[154]).

²²³ BARBOSA MOREIRA, *O novo processo...*, p. 53.

Em sentido análogo, Marques aduz que se resolvida expressamente a questão processual, ainda que de ofício, “cabe à parte prejudicada interpor agravo de instrumento, se quiser evitar a preclusão *pro iudicato*”²²⁴ e a consequente impossibilidade de reexame da matéria; por outro lado, quando não decidida na decisão saneadora, se não tiver sido arguida pelas partes, não operará preclusão, podendo ser conhecida posteriormente²²⁵, porém se tiver sido suscitada, se sujeitará à preclusão *pro iudicato* caso não seja interposto agravo de instrumento²²⁶.

Apesar disso, ressalva o autor a inexistência de preclusão “quando o pronunciamento do juízo *a quo* possa restringir poderes imanescentes ao juízo *ad quem*, para o controle jurisdicional sobre sua própria atividade no processo”²²⁷. Assim, *v.g.*, na hipótese em que “no juízo *a quo* foi repelida arguição sobre a incompetência da Justiça local, e não houve agravo contra essa decisão, poder tem o juízo *ad quem* de reexaminar a questão para verificar se, como tribunal estadual, lhe cabe processar e julgar o litígio”²²⁸.

Igualmente nessa linha, Rogério Lauria Tucci afirma que é da índole do saneamento “a verificação e a resolução *exaustiva* de todas as questões atinentes ao *objeto formal* do processo e à regularidade do procedimento”, de modo que é exigível do juiz que conheça de ofício “de toda a matéria que se constitui objeto do *juízo de admissibilidade*”, sendo vedado ao tribunal apreciar “qualquer questão incidente, se não interposto agravo de instrumento contra a decisão interlocutória em que ele consiste”²²⁹.

Assevera, outrossim, que não é possível relegar para qualquer outro momento a apreciação dessas matérias, admitindo-se por implicitamente resolvidas, quando não versadas explicitamente, todas as questões contempladas

²²⁴ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 177.

²²⁵ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 177.

²²⁶ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 177.

²²⁷ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 178.

²²⁸ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 178.

²²⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 295.

pelo art. 267 do CPC de 1973, à exceção das expressas em seus incs. VII e VIII e das advindas “de *fato novo* ou de *fato superveniente ao ato decisório de saneamento do processo*”²³⁰.

Sob essas premissas, afirma, ainda, Tucci que:

Configuraria, por exemplo, inominado absurdo o fato de ter o juiz afirmado, quando do *saneamento do processo*, o interesse processual do autor e, todavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude de solicitação do réu, ou mesmo *ex officio*, decretando a *carência de ação*, dada a falta da condição em que aludido interesse consiste; ou mesmo o tribunal *ad quem*, à míngua de recurso adequado, reexaminar a matéria já preclusa, vale dizer, imutável, dada a *coisa julgada formal* operada.²³¹

Paralelamente, Renato de Lemos Maneschy registra sua discordância quanto à conclusão a que se chegou no Simpósio de Processo Civil promovido pela Universidade Federal do Paraná em outubro de 1975, de que “A preclusão não opera quanto às matérias enumeradas nos itens IV, V e VI do art. 267 do C. Pr. Civ.”²³². Segundo o autor, as matérias constantes nesses itens “só podem ser objeto de conhecimento pelo juiz, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, se não houverem sido expressamente decididas em pronunciamento irrecorrido”²³³.

Ainda nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes defendeu, mais recentemente, que:

[...] a única forma de se permitir a rediscussão da matéria em nosso sistema processual e de adequação à procedimentalidade

²³⁰ TUCCI, *Do julgamento...*, p. 295.

²³¹ TUCCI, *Do julgamento...*, p. 296. Como se nota, Tucci equipara *preclusão* e *coisa julgada formal*, pois, no seu entender, “a *preclusão* nada mais é do que a *coisa julgada formal*, cujo conceito absorve, impedindo as partes de discutir e o juiz de apreciar novamente questão já decidida no mesmo processo” (TUCCI, *Do julgamento...*, p. 82).

²³² MANESCHY, Renato de Lemos. “Extinção do processo. Preclusão”. *Revista Forense*. v. 269. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./1980, p. 153-155[154].

²³³ MANESCHY, “Extinção...”, p. 155.

discursiva, que o Direito Democrático assegura, é através da interposição de recursos. Caso o recurso cabível não seja aviado, ocorrerão os efeitos da preclusão e não poder-se-á em qualquer grau de jurisdição ocorrer a rediscussão da matéria.

Nosso entendimento é que, *de lege lata*, [...] o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes às condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois uma vez proferida a decisão acerca destas matérias, cabe às partes manifestarem suas irresignações (recursos) sob efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*).²³⁴

Uma posição intermediária sobre o assunto é manifestada por Manoel Caetano Ferreira Filho, que defende que se houver o juiz se pronunciado expressamente sobre a questão pertinente a pressupostos processuais e condições da ação na decisão saneadora, não poderá redecidi-la, porém não estará tolhido do Tribunal respectivo, quando do julgamento de eventual recurso de apelação, conhecer da matéria e extinguir o processo sem resolução de mérito sob tal fundamento, seja de ofício, seja a requerimento da parte²³⁵.

Também José Joaquim Calmon de Passos manifesta um meio-termo sobre o tema. Para ele, a regra geral é de que se a decisão proferida versou sobre controvérsia instaurada pelas partes, opera “preclusão *pro judicato*, se não oferecido o recurso próprio”, tendo em vista que não se pode beneficiar o omissio

²³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: origens históricas da processualidade democrática*. v. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 181-210[204]. E prossegue Nunes, dizendo que “O entendimento contrário advém de uma visão “autoritária” e “assistencialista”, que põe em xeque a própria lógica do sistema de preclusão, além de criar uma situação de quebra da isonomia entre os sujeitos processuais e não se adequar ao paradigma de Estado democrático de direito” (NUNES, “Preclusão...”, p. 204).

²³⁵ A propósito, esta é a elucidativa lição do autor: “É isso e somente isso o que diz o art. 267, § 3º. Não afirma que o juiz, após ter apreciado a matéria, poderá apreciá-la novamente. Nem muito menos esta consequência pode ser retirada da expressão ‘a qualquer tempo’. Diversamente, o código estabelece, no art. 471, que o juiz não ‘decidirá novamente as questões já decididas’. Logo, no contexto do código, o § 3º do art. 27 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o juiz decidir novamente a questão. A preclusão que atinge a decisão do juiz, no entanto, não se opera em relação ao tribunal, eis que o conhecimento de ofício está autorizado para qualquer grau de jurisdição” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 106).

que tinha a possibilidade de provocar a revisão do julgado que lhe foi desfavorável²³⁶. Por outro lado, diz o autor, se o juiz declara saneado o processo sem resolver questões, “emite ele um juízo orientador de seu proceder e explicitador de seu entendimento”, não gerando preclusão para o segundo grau²³⁷. Apesar disso, nota-se que Calmon de Passos apresenta “uma série tal de ressalvas e exceções que praticamente dizimam a regra geral proposta”²³⁸, aproximando, com isso, seu entendimento ao de Manoel Caetano Ferreira Filho.

Segundo Raquel Heck Mariano da Rocha, os posicionamentos de Manoel Caetano Ferreira Filho e de Calmon de Passos têm “uma lógica bastante coerente e a virtude do equilíbrio”²³⁹, na medida em que “Não ficam as partes sujeitas ao intolerável ir e vir, às contradições e mudanças de opinião de um mesmo órgão julgador”²⁴⁰, no mesmo passo como “o órgão superior, por razões de hierarquia e por não haver ainda enfrentado o tema, pode examinar a questão conhecível de ofício já examinada pelo juízo *a quo*, sem que com isso desprestige a segurança que esperam as partes”²⁴¹.

Ainda entre as posições intermediárias sobre o assunto, cabe mencionar a construção de José Maria Rosa Tesheiner, para quem as decisões acerca de pressupostos processuais e condições da ação precluem como as demais, exceto se consubstanciarem vício rescisório ou transrescisório, capaz de ocasionar a rescisão ou a nulidade da sentença, quando descaberá falar em

²³⁶ Prossegue Calmon de Passos, dizendo que “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”. E arremata: “Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermeneuticamente” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 504).

²³⁷ CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. III, p. 504.

²³⁸ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 153.

²³⁹ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 134.

²⁴⁰ ROCHA, *Preclusão...*, p. 134-135.

²⁴¹ ROCHA, *Preclusão...*, p. 135.

preclusão²⁴². Além disso, Tesheiner tece crítica expressa ao entendimento de Manoel Caetano Ferreira Filho, dizendo que “ou há preclusão e a decisão não pode ser revista nem pelo juiz nem pelo tribunal, ou não há, podendo então reexaminar a matéria o próprio juiz de 1.º grau”²⁴³.

O entendimento que acabou prevalecendo, entretanto, está situado no polo oposto daquele inicialmente fixado. Com efeito, a doutrina hoje majoritária é no sentido de que em todas as hipóteses em que se admite que o juiz conheça de ofício da questão, proferindo decisão a qualquer tempo e grau de jurisdição, há também de se admitir que ele reanalise e redecida a matéria, inclusive manifestando entendimento contrário ao anteriormente exposto. Em uma sentença, então: *tudo o que puder ser decidido de ofício poderá também ser redecidido*.

Assim lecionou Galeno Lacerda, ao asseverar que diversamente do que se vislumbra quando se está diante de decisões terminativas, em que a jurisdição é extinta, nas hipóteses de preclusão conserva-se a função jurisdicional, de modo que inexistente óbice a que o próprio juiz reaprecie a matéria julgada, desde que advenha de norma processual imperativa, indisponível às partes²⁴⁴.

Nas palavras do autor, “a preclusão *no curso do processo* depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida”²⁴⁵. Assim, “Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão”²⁴⁶, firmando-se “o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação”²⁴⁷.

Nessa mesma linha, Moniz de Aragão defende que “Se ‘o juiz (a) conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não for

²⁴² TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 175-176.

²⁴³ TESHEINER, *Elementos...*, p. 177.

²⁴⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 160.

²⁴⁵ LACERDA, *Despacho...*, p. 161.

²⁴⁶ LACERDA, *Despacho...*, p. 161.

²⁴⁷ LACERDA, *Despacho...*, p. 161.

proferida a sentença de mérito', é porque essa matéria é imune à preclusão"²⁴⁸, o que sucede com as decisões versando sobre condições para o exercício do direito de ação, que não precluem, a teor do que prescreve o aludido § 3.º do art. 267 do CPC de 1973²⁴⁹.

Paralelamente, José Rogério Cruz e Tucci salienta que "Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa"²⁵⁰. A partir daí, conclui que:

[...] a preclusão no *curso do processo* depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.²⁵¹

Ainda em sentido análogo, Theodoro Júnior consigna que há casos em que a despeito de ter sido decidida a questão processual, permanecerá possível seu reexame pelo magistrado, como ocorre em todos aqueles em que, sendo de ordem pública a controvérsia resolvida, deve ser conhecida de ofício pelo juiz, não podendo sofrer os efeitos da preclusão temporal²⁵². Afirma, ainda, o autor, que "Nem mesmo a preclusão consumativa é de ser aplicada na espécie, pois aquilo que diz respeito à legitimidade e eficácia da própria função jurisdicional tem de ser

²⁴⁸ ARAGÃO, "Preclusão...", p. 173.

²⁴⁹ ARAGÃO, "Preclusão...", p. 174.

²⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290[280].

²⁵¹ CRUZ E TUCCI, "Sobre a eficácia...", p. 280.

²⁵² THEODORO JÚNIOR, "A preclusão...".

aferido sempre enquanto não proferida a decisão de mérito (CPC, art. 267, § 3º)”²⁵³.

Esse é o posicionamento também de Talamini, conforme se extrai da seguinte lição:

Além disso, também parece acertado afirmar que a questão sobre os pressupostos da decisão de mérito (pressupostos processuais e condições da ação), ainda que expressamente examinada, pode tornar a ser decidida, inclusive no mesmo grau de jurisdição e independentemente de recurso. Não se pode extrair do art. 267, § 3º, regra que autorizaria apenas a decisão de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau, mas não a redescisão.²⁵⁴

Donaldo Armelin ainda vai além, para defender inclusive a desnecessidade de interposição de recurso de agravo contra decisão que declara a legitimidade *ad causam* das partes, “já que o reexame da matéria poderá ser feito por ocasião da sentença de mérito”²⁵⁵. Desse modo, segundo o autor, nada impede que por ocasião da sentença o julgador reveja a questão, extinguindo o processo por falta dessa condição da ação, no mesmo passo como o tribunal que tiver reconhecido a legitimidade da parte em sede de agravo de instrumento não se verá impossibilitado de, por ocasião do julgamento de apelação, modificar essa decisão²⁵⁶.

Resumindo, então, é dizer que, *consoante à doutrina pátria majoritária*²⁵⁷, apenas a *preclusão consumativa* opera sobre os poderes judiciais,

²⁵³ THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

²⁵⁴ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 154.

²⁵⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 155. Diversamente, afirma Armelin, “A decisão que reconhece a ausência de legitimidade implica a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC e, portanto, consoante o art. 513 deste Código, passível de reexame através de apelação, já que, na sistemática processual vigente, aquela decisão é, inequivocamente, sentença (art. 162, § 1.º)” (ARMELIN, *Legitimidade...*, p. 154).

²⁵⁶ ARMELIN, *Legitimidade...*, p. 156.

²⁵⁷ É também majoritário no STJ o entendimento segundo o qual “Requisitos de admissibilidade, pressupostos processuais, assim também condições da ação constituem, genuinamente, matérias

desde que a matéria analisada não diga respeito a poderes administrativos, instrutórios, coercitivos, entre outros, do juiz, e ainda assim, só se verificará quando se estiver diante de matéria dependente de oportuna arguição pela parte interessada para ser considerada, pois em se tratando de questão conhecível de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz rever seu entendimento caso se convença do contrário.

6. Valoração crítica acerca do conceito de preclusão

Segundo observa Estagnan, a teoria da preclusão desenvolvida por Chiovenda foi influenciada pelo determinismo histórico, estabelecendo-se em momento de certa fascinação pelo modelo germânico do processo como relação jurídica, razão pela qual, na visão do autor, uma vez superado este, deve também aquela ser atualizada, a fim de se compatibilizar com a nova realidade garantística e dinâmica do processo²⁵⁸. Grasso, por sua vez, acentua que ultrapassada a teoria da relação jurídica enquanto instrumento de exaltação da autonomia do fenômeno processual, o que melhor se amolda à preclusão “não é a situação ativa de direito ou faculdade, senão a situação passiva de ônus”, na medida em que se

de ordem pública, não incidindo sobre elas o regime geral de preclusões, o que torna possível a reavaliação desses aspectos processuais desde que a instância se encontre aberta” (STJ, C.E., AgRg nos EREsp 1.134.242-DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 3.12.2014, *DJe* 16.12.2014). No mesmo sentido: “O julgamento fundado em matéria de ordem pública não se submete à preclusão e não constitui ofensa ao princípio da vedação à reformatio in pejus” (STJ, 3.ªT., AgRg no AREsp 440.138-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.11.2014, *DJe* 12.12.2014). Em sentido contrário, também decidiu o STJ que: “Por ser matéria de ordem pública, a prescrição pode ser alegada a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição. Entretanto, incidirá a preclusão se já houver pronunciamento judicial a respeito da questão, não tendo sido interposto recurso próprio e tempestivo, sendo inadmissível o ressurgimento posterior da controvérsia” (STJ, 3.ªT., AgRg no AgRg no REsp 1.133.794-PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 9.12.2014, *DJe* 15.12.2014).f

²⁵⁸ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 54. Nesse sentido, vide: SATTA, *Diritto...*, p. 286; RICCIO, *La preclusione...*, p. 37 e ss.; GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione – Diritto processuale penale”. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. v. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 570-576[572-573].

apresenta como consequência da “falta de oportuno desenvolvimento de uma atividade, sem a qual a parte não pode conseguir certo resultado”²⁵⁹

Sem querer aqui ingressar na discussão acerca de estar, ou não, ultrapassada a teoria da relação jurídica processual²⁶⁰, cabe-nos primeiramente salientar que não vislumbramos sua aventada incompatibilidade com a noção de ônus – conquanto tenha sido a teoria da situação jurídica (Goldschmidt) a responsável por lançar todos os holofotes sobre esse instituto –, mormente considerando a complexidade e dinamicidade dessa relação, que é composta por múltiplas relações, situações e posições jurídicas que se sucedem no desenrolar do procedimento, entre as quais, ao nosso ver, bem se enquadram os ônus processuais. Nessa linha, aliás, não passa despercebida a observação de que no mesmo passo em que se confere a Bülow a formulação inicial da teoria do processo como relação jurídica²⁶¹, a ele também se atribui a primeira manifestação

²⁵⁹ GRASSO, “Interpretazione...”, p. 641.

²⁶⁰ Cabe mencionar, por todos, as palavras de Guarneri a esse respeito, quando consigna que “il criterio del rapporto processuale da solo non basta a inquadrare la vasta e molteplice realtà processuale, e accanto ad esso occorre far richiamo alle categorie accoppiate di facoltà-onere e di potestà-soggezione. Detto questo, è facile comprendere come è meglio spiegabile il meccanismo della preclusione nell’ambito della situazione giuridica” (GUARNERI, “Preclusione...”, p. 573). Em sentido contrário, Hugo Alsina assevera que “La teoría de la situación jurídica destruye sin construir: por ella se pierde la visión de conjunto que el concepto de relación procesal permite ver en el proceso una unidad. Es cierto que no puede hablarse de derechos y obligaciones, porque estos conceptos corresponden al derecho substancial o material, pero no puede negarse la existencia de deberes de las partes. (...) Además, toda situación jurídica supone una relación jurídica, y, por tanto, es una consecuencia y no un estado autónomo dentro del proceso. Por otra parte, una consideración de orden político hace peligrosa esta teoría aplicada a nuestras instituciones: por ella el juez queda excluido de la relación procesal y no debe cuenta de su conducta más que al Estado, que le ha delegado sus funciones, es decir, priva a las partes de todo derecho de control” (ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. t. I. Buenos Aires: Ediar, 1941, p. 245-246). Ao nosso ver, tem razão Sica quando afirma que “É bem verdade que não se pode negar a utilidade do conceito de situação jurídica, mas não sem harmonizá-lo com a ideia 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. Essa força motriz é, justamente, a preclusão” (SICA, *Preclusão...*, p. 96). Nessa linha, Manoel Caetano Ferreira Filho observa que “o instituto da preclusão encontra aplicação tanto na doutrina da relação jurídica, quanto na da situação jurídica, sendo-lhe, pois, indiferente a concepção que se tenha sobre a natureza jurídica do processo” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 17).

²⁶¹ Nas palavras de Chiovenda, “Durante questo stato di pendenza adunque le parti (attore e convenuto) devono essere posto in grado di far valere le loro eventuali ragioni: vi sono *doveri* e

teórica da ideia de ônus²⁶², o que vem notoriamente de encontro com o aventado antagonismo.

A despeito disso, concordamos com Grasso quando defende que é precisamente a consideração sobre a ideia de *ônus*, e não sobre a de *faculdade*, que possibilitará a configuração de preclusão dentro do processo²⁶³. Além do mais, ao nosso sentir, a preclusão resultante do *exercício* ou do *desatendimento* de *ônus processuais* opera precisamente sobre *direitos processuais*, implicando sua exclusão, e não sua *perda*, do plexo de posições jurídicas processuais *das partes*, e alcançando apenas de modo *reflexo-indireto o juiz*. Essas ideias serão mais bem compreendidas se fragmentadas, conforme demonstraremos nos subitens seguintes.

6.1. Diz respeito a ônus processuais, não a faculdades

A abordagem ora proposta não dispensa, antes de mais, a consideração de que *ônus*, elemento-chave à compreensão da ideia expressa neste capítulo, corresponde a termo cuja conceituação não é unânime ou universal, assumindo, ademais, valor não apenas no âmbito do processo, como também no da Teoria Geral do Direito e nos atos da vida em geral²⁶⁴. Assim é que, *v.g.*, o dicionarista António Cândido de Figueiredo define a palavra “ônus”, na língua portuguesa, como sinônimo também de “obrigação”²⁶⁵, ao passo que no direito privado ela diz respeito, entre outros, a gravame que recai sobre coisas móveis e imóveis (*enfiteuse, usufruto, hipoteca etc.*).

diritti. Di qui l'idea semplicissima ma fondamentale, intravista da HEGEL, affermata da BETHMANN HOLLWEG, e svolta specialmente da OSKAR BÜLOW e dopo di lui dal KOHLER e da molti altri anche in Italia: *Il processo civile contiene un rapporto giuridico*” (CHIOVENDA, *Istituzioni...*, v. I, p. 48).

²⁶² SICA, *Preclusão...*, p. 98; GIANNICO, *A preclusão...*, p. 64-65.

²⁶³ GRASSO, “Interpretazione...”, p. 639-655. Nesse sentido: TARUFFO, “Preclusioni...”, p. 794-810; ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*; SICA, *Preclusão...*; GIANNICO, *A preclusão...*

²⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936, p. 82-84.

²⁶⁵ FIGUEIREDO, *Novo dicionário...*, p. 1.420.

Mas não é só. Conforme observa Roland Arazi, mesmo entre os mais renomados processualistas existe divergências em relação à acepção do vocábulo *ônus*: é ver que Goldschmidt, Carnelutti e Couture situam-no entre os deveres; Rosenberg, Michelli, Devis Echandía e Barrios de Angelis, por sua vez, entre os poderes, direitos ou faculdades²⁶⁶.

Demais disso, se partíssemos da classificação das normas jurídicas em *normas impositivas de conduta* e *normas técnicas* – as primeiras equivalentes àquelas que permitem ou facultam dado comportamento (*i.e.*, que prescrevem deveres), e essas últimas, aos ônus enquanto imperativos a serem observados para se obter dado resultado jurídico –, teríamos de reconhecer a existência de situações envolvendo aplicação simultânea de normas de ambos os tipos, e, assim, a de deveres onerados (*v.g.*, ao dever do juiz de fundamentar está atrelado o ônus argumentativo) e de ônus entrelaçados a deveres (*v.g.*, os deveres de lealdade e boa-fé condicionam o exercício de todos os ônus processuais)²⁶⁷.

Bem por isso é que não prescindimos de aqui elucidar precisamente em qual compreensão a respeito desse termo estão fundadas as ideias que apresentaremos, especialmente aquela que vincula a preclusão à noção de ônus. E nesse propósito, é preciso articular, inicialmente, com a percepção de que sendo o processo “o terreno por excelência dos ônus”, coube, não por acaso, “à ciência processual o aprimoramento desse conceito”²⁶⁸, conforme se observará nas linhas adiante.

Com efeito, não apenas a parte tem necessidade do processo, como igualmente o processo precisa que ela o impulsione com vistas à solução do litígio por meio dele instaurado²⁶⁹, razão pela qual o ordenamento jurídico estabelece *consequências processuais*, positivas e negativas, decorrentes tanto da inércia

²⁶⁶ ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s. d.], p. 227-228.

²⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”. *Revista dialética de direito processual*. v. 29. São Paulo: Dialética, ago./2005, p. 38-56[38-40].

²⁶⁸ TALAMINI, “Notas sobre...”, p. 39.

²⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil* (Trad. Hiltomar Martins Oliveira). São Paulo: Classic Book, 2000, p. 116.

como da atuação das partes no tocante ao seu impulsionamento, atreladas especificamente aos *ônus processuais*²⁷⁰.

Nessa linha, destaca Galeno Lacerda que “Todo processo implica ônus para as partes. Se não aforar o pedido, arrisca-se o autor a jamais ver satisfeita sua pretensão. Se não exercer a defesa, o réu corre o risco de perder a causa”²⁷¹. E acrescenta que: “A prestação jurisdicional cumpre-se [...] mediante uma atividade onerosa, forçada pelo próprio interesse dos litigantes e, necessariamente, desenrolada no tempo”²⁷².

Não destoia da seguinte lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A ordem processual conta com a vontade dos litigantes como mola propulsora que induz cada um deles a participar ativamente do processo civil mediante atos destinados a gerar resultados favoráveis. Como o melhor e mais autorizado juiz dos interesses de um sujeito é ele próprio, a lei institui *ônus* a cargo de cada uma das partes, sabendo elas que desempenhá-los é melhorar suas próprias oportunidades e negligenciá-los significa oferecer oportunidades melhores ao adversário. Ônus são imperativos *do próprio interesse* [...] e é a vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los.²⁷³

A primeira manifestação teórica acerca da ideia de *ônus* deve-se a Bülow, ao consignar que as partes praticam atos processuais com o fito de atender a *interesses próprios*, não do juiz ou da parte adversa²⁷⁴. Posteriormente, construindo sua percepção do processo como situação jurídica, também James Goldschmidt defendeu que “aos litigantes no processo não incumbe em geral

²⁷⁰ CARNELUTTI, *Sistema...*, p. 116-117.

²⁷¹ LACERDA, *Despacho...*, p. 5.

²⁷² LACERDA, *Despacho...*, p. 5.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 1.117, p. 553.

²⁷⁴ BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (Trad. e notas: Ricardo Rodrigues Gama). 2. Ed. Campinas: LZN, 2005.

qualquer dever ou obrigação. Há apenas ônus, não deveres de fundamentar a demanda, de provar, de comparecer, de contestar”²⁷⁵.

Segundo Goldschmidt, os ônus são a *antítese do direito processual*, é dizer, “a necessidade de prevenir um prejuízo processual, e em última análise, uma sentença desfavorável, mediante a realização de um ato processual”, consubstanciando, assim, *imperativos do próprio interesse*, ao contrário dos deveres, que representam *imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade*²⁷⁶.

Além disso, explica Goldschmidt que sendo imperativo do próprio interesse, o ônus processual não implica qualquer direito ao adversário ou ao Estado; pelo contrário, “o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se desembarace de seus ônus de fundamentar, de provar, de comparecer, etc.”²⁷⁷. Ainda, para o autor, o conteúdo do ônus processual corresponde sempre a uma *atuação* (conduta comissiva), não sendo admissível falar-se em *ônus omitendi*²⁷⁸.

No mesmo sentido, Francesco Carnelutti define o instituto como “subordinação de um ou mais interesses do onerado a outro interesse dele, imposta como condição para alcançar esse último”, diferenciando-se com isso da obrigação, compreendida como “subordinação de um interesse do obrigado a um interesse imposto a outrem mediante sanção”²⁷⁹. Também Sergio Costa segue essa linha – é dizer, relacionando os ônus ao atendimento de interesses próprios do agente, e as obrigações, ao de terceiros –, consignando, além disso, que o processo civil moderno utiliza o conceito de ônus sobretudo em relação às partes, enquanto as obrigações dizem respeito, em geral, a terceiros, e raramente às partes²⁸⁰.

²⁷⁵ GOLDSCHMIDT, *Teoría general...*, p. 83.

²⁷⁶ GOLDSCHMIDT, *Teoría general...*, p. 82.

²⁷⁷ GOLDSCHMIDT, *Teoría general...*, p. 84.

²⁷⁸ GOLDSCHMIDT, *Teoría general...*, p. 86.

²⁷⁹ CARNELUTTI, *Istituzioni...*, v. I, p. 205.

²⁸⁰ COSTA, *Manuale...*, p. 180-181.

Não destoia do que até agora se expôs a lição de Eduardo Couture. Nas palavras do processualista uruguaio, “o ônus é um imperativo do próprio interesse. Quem tem sobre si o ônus está implicitamente forçado a efetuar o ato de que se trate; é o seu próprio interesse que o compele”²⁸¹. E adiciona que “O ônus aparece como uma espécie de ameaça, como uma situação embaraçosa que grava o direito do titular. Mas a este é dado desembaraçar-se da carga, cumprindo o que é visado por ela”²⁸².

Ao diferenciar ônus de obrigações, salienta, ainda, Couture que a oposição entre eles não reside na sujeição da vontade, que é elemento comum a ambos, mas sim nas consequências decorrentes da omissão. Isso porque enquanto “a obrigação não satisfeita cria um direito em favor do credor; do ônus insatisfeito apenas resulta um prejuízo para o devedor”, e enquanto “à obrigação insatisfeita corresponde a responsabilidade *subjetiva* ou voluntária; [...] ao ônus insatisfeito corresponde a responsabilidade *objetiva* decorrente da inatividade”²⁸³.

Também debruçando-se sobre o assunto, Remo Caponi faz precisa associação, que merece aqui ser destacada, entre *ônus* – enquanto imperativo de interesse próprio – e *responsabilidade* das partes. Segundo o autor, a *responsabilidade* está relacionada não só com a liberdade dos sujeitos de empreender ações voltadas à tutela dos próprios interesses, mas com os riscos que estão coligados a essa iniciativa, os quais dizem respeito ao conceito de ônus²⁸⁴.

Afirma, então, que os ônus não implicam um *vinculum iuris* em relação a outrem, mas sim uma avaliação econômica *lato sensu* acerca da oportunidade de se adotar determinado comportamento para alcançar certo resultado²⁸⁵, do que advém “o clássico ensinamento segundo o qual o ônus indica a necessidade de um determinado comportamento para realizar um interesse próprio”, distinguindo-

²⁸¹ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 86.

²⁸² COUTURE, *Fundamentos...*, p. 86.

²⁸³ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 87.

²⁸⁴ CAPONI, *La rimessione...*, p. 52-53.

²⁸⁵ CAPONI, *La rimessione...*, p. 53.

se do dever, enquanto “necessidade de um comportamento para realizar um interesse de outrem”²⁸⁶.

Diante, agora, dessas lições, brilha intensamente que a sujeição das partes aos ditames de ordem pública advindos da disciplina legal do processo somente se realiza mediante imposição de ônus²⁸⁷ enquanto *imperativos de interesse próprio*, que possibilitam que elas determinem suas condutas, embora cientes de que advirão, de acordo com a postura que assumirem diante deles, consequências processuais benéficas ou prejudiciais²⁸⁸, e de que a marcha procedimental prosseguirá independentemente do comportamento adotado.

Diversamente dos ônus, as *faculdades* correspondem a possibilidade de atuação jurídica cuja falta de exercício não acarreta consequência processual negativa, no mesmo passo em que seu exercício não implica efeito positivo no processo para a parte atuante. Nesses termos, conforme ensina Dinamarco,

²⁸⁶ CAPONI, *La rimessione...*, p. 53.

²⁸⁷ Nesse ponto, não é demais sublinhar que os ônus consubstanciam, no processo, imperativos de interesse próprio *processual*, no mesmo passo que são *processuais* as consequências resultantes de seu cumprimento ou desatendimento. Esse destaque mostra-se revelante especialmente ao considerarmos a posição do substituto processual, que atua em nome próprio porém em defesa de interesses alheios. Isso porque os interesses do substituído defendidos no processo pelo substituto são *substanciais*, respectivos ao bem da vida objeto do litígio, à tutela de direito perseguida, ao passo que o substituto se desincumbe dos ônus impostos no processo com vistas à satisfação de seus próprios interesses *processuais*, objetivando certas consequências *processuais* e, em última análise, ser bem-sucedido na demanda. Com efeito, embora o substituído de fato suporte prejuízos substanciais em caso de derrota processual do substituto, os prejuízos processuais serão por esse último sentidos, fazendo com que os ônus respectivos consubstanciem estímulos a si direcionados, não havendo negar seu interesse processual *pessoal* em atendê-los.

²⁸⁸ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 66; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 851. Essa ideia de ônus como imperativo de interesse pessoal pode ser extraída também da doutrina civilista. Exemplificativamente, Orlando Gomes aduz que “a obrigação consiste na imposição do sacrifício de um interesse próprio em proveito de um interesse alheio, enquanto, no ônus, o sacrifício do interesse próprio é imposto em relação a outro interesse próprio” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Falência de 2005, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29); bem assim, Francisco Amaral ensina que “Ao direito subjetivo contrapõe-se o dever jurídico, situação passiva que se caracteriza pela necessidade de o devedor observar certo comportamento (positivo ou negativo) compatível com o interesse do titular do direito subjetivo”, sendo próxima à ideia de dever jurídico a de ônus, “necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio, como, por exemplo, o ônus da prova para quem deseja defender judicialmente um direito seu” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 200).

“Faculdade é, em sentido bem amplo, *liberdade de conduta*”²⁸⁹. E prossegue o autor, observando que:

As faculdades processuais puras são muito poucas e revelam-se em atos de menor importância para a definição do processo. As partes têm a faculdade de esmerar-se em citações jurisprudenciais e doutrinárias ou, se preferirem, redigir suas alegações de modo conciso e limitando-se ao essencial; podem datilografá-las, digitá-las em computador ou manuscrevê-las; cada uma delas pode fazer-se representar por um advogado só, ou mais; podem optar por apresentar sua defesa no primeiro dia do prazo ou no último etc. Em nenhum desses casos fica aumentada a carga de deveres do juiz perante a parte nem agravada ou favorecida a posição do adversário. Essas são faculdades processuais puras.²⁹⁰

Paralelamente, Sica aduz que o exercício das faculdades processuais “fica a inteiro arbítrio da parte, e sua omissão não a lança a uma situação desvantajosa”²⁹¹. Na mesma linha, consigna Giannico que “o não-exercício de mera faculdade não traz qualquer consequência prejudicial à parte a quem cabia executá-la”²⁹², porquanto consubstanciam “meros permissivos de conduta, sem consequências pela omissão e sem que seu exercício produza efeitos sobre a esfera jurídica de outro sujeito processual”²⁹³.

Desse modo, exatamente como nos ônus processuais, a ideia de atendimento de *interesses próprios* da parte não é estranha ao conceito de faculdades processuais; ademais, tanto quando se trata de ônus como quando de faculdades, as possibilidades de atuação conferidas são *lícitas* (diferenciando-se ambos, a esse respeito, da noção de *dever*, que está associada com a ideia de

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 493, p. 207.

²⁹⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 493, p. 207-208.

²⁹¹ SICA, *Preclusão...*, p. 101.

²⁹² GIANNICO, *A preclusão...*, p. 50.

²⁹³ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 50.

satisfação de interesses alheios, e cujas alternativas apresentadas são uma lícita e a outra ilícita). Destarte, absolutamente não há contrapô-los sob tais aspectos.

O que os distingue, como já alinhavado, é que o exercício das faculdades processuais fica inteiramente a critério das partes e sua atuação ou omissão a respeito não lhes acarreta consequências prejudiciais ou favoráveis no processo, as quais, diversamente, são verificadas quando se estiver diante de cumprimento ou desatendimento de ônus processuais. Nesse ponto, exsurge a íntima relação existente entre preclusão e ônus processuais, já que aquela corresponde propriamente à consequência processual verificada em decorrência do cumprimento ou desatendimento destes. É notar que as preclusões servem sempre para *estimular* as partes a desenvolver as atividades processuais tempestivamente e em consonância com a ordem legal, o que é inerente à aceção de ônus – não à de faculdade – processual²⁹⁴.

É verdade que os ônus são, essencialmente, também faculdades, no sentido de indicarem *liberdade* quanto ao seu atendimento²⁹⁵; porém, não se pode deixar de considerar que “se uma ‘faculdade’ tem caráter de ônus, fica submetida ao regime do ônus e, pois, se não exercida, gera ou pode gerar prejuízo àquele que se omitiu”, a partir do que não mais se estará “diante de uma faculdade, mas de um ônus, *exclusivamente*”²⁹⁶. Ademais, embora a noção de *ônus* abranja, sob certo ponto de vista, além da ideia de liberdade (faculdade), também a de *poder* do onerado de optar pelo cumprimento ou descumprimento, não sendo dado,

²⁹⁴ Nesse sentido, Caponi assevera que “Posto che il potere processuale si esercita con un atto, le modalità formali e temporali degli atti processuali, previste dalla norma giuridica in vista della salvaguardia degli interessi pubblici, impliciti nel carattere statuale della giurisdizione, e degli interessi individuali della controparte, sono gli oneri processuali”. Assim, “Il mancato compimento dell’atto entro il termine perentorio, o prima della chiusura della fase processuale, si traduce nell’inosservanza di un onere, con conseguente decadenza dal potere e invalidità dell’atto compiuto successivamente” (CAPONI, *La rimessione...*, p. 69-70).

²⁹⁵ Na lição de Dinamarco, “A liberdade de conduta processual é sempre uma *faculdade* (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá conforme queira, caracterizando-se como situação redobradamente ativa quando seu exercício lhe trouxer direito a uma providência do juiz (*poder*) e não deixando de ser o que é ainda quando haja a ameaça de consequências negativas pela omissão” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 493, p. 209).

²⁹⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 474.

outrossim, ao adversário se opor quanto a isso, não há negar sua *autonomia conceitual*²⁹⁷, mormente nos termos acima explanados.

Sob essas premissas, bem se vê, afastamo-nos da ideia formulada por Chiovenda e repetida incontáveis vezes, de que a preclusão atinge *faculdades processuais*, para apreendê-la como consequência processual, prejudicial ou benéfica, decorrente do cumprimento ou do desatendimento de *ônus processuais*²⁹⁸. Nessa linha, e destacando a imprecisão da definição do jurista italiano, Teresa Arruda Alvim Wambier assevera que “Melhor teria sido se tivesse usado o termo *ônus*, no lugar de *faculdade*”, porquanto “É à ideia de ônus que se liga a de preclusão, isto é, à ideia de uma atividade que, se concretizada ou realizada, terá (provavelmente) seus resultados revertidos em benefício daquele que a desempenhou”, do mesmo modo como “as consequências danosas decorrentes da omissão com relação à atividade consubstanciada num ônus devem atingir aquele que se omitiu”²⁹⁹.

No mesmo sentido leciona Giuseppe Guarneri, asseverando que a preclusão resulta sempre da inobservância de um ônus, consistente no respeito de um prazo peremptório, ou da ordem estabelecida pela lei para o exercício das faculdades processuais, ou da necessidade de que o sujeito não tenha já cumprido o ato de cujo exercício se trata³⁰⁰. Não destoam as palavras de Arruda Alvim, para quem “A preclusão, para ser corretamente entendida, pressupõe o entendimento do conceito de *ônus*”³⁰¹, este consistente “em que a parte deve, no processo, praticar determinados atos em seu *próprio benefício*;

²⁹⁷ Nessa linha, afirma Arazí que “¿Imperativo jurídico, derecho subjetivo, obligación, deber, facultad, poder, potestad?; *la carga es la carga*; es decir que se trata de una institución autónoma que integra la teoría general del derecho, aun cuando su principal aplicación la advertimos dentro del derecho procesal (ARAZI, *Derecho...*, p. 229).

²⁹⁸ Nesse ponto, é de se destacar que, conforme será analisado adiante, mesmo a preclusão lógica advém do exercício de um ônus processual, o qual exclui tanto o direito respectivo, como todos aqueles cuja atuação com ele se mostrar logicamente incompatível. A propósito, *vide*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 477.

²⁹⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 474.

³⁰⁰ GUARNERI, “Preclusione...”, p. 573.

³⁰¹ ALVIM, *Manual...*, p. 499.

consequentemente, se ficar inerte, possivelmente esse comportamento acarretará efeito danoso para ela³⁰².

Também Joaquín Silguero Estagnan entende que “À diferença das obrigações ou deveres, os ônus que o ordenamento jurídico estabelece são de livre cumprimento pelo indivíduo, que em caso de descumprir, tem que se ajustar aos prejuízos daí advindos”³⁰³, rematando que “A preclusão aparece como efeito negativo da falta de exercício do ônus ou de sua atenção fora do prazo, sem a qual a parte não pode conseguir um determinado resultado, seja de introdução de fatos no processo, de defesa frente aos mesmos, seja de prová-los”³⁰⁴.

Nada distante, Antonio Carratta acentua que apenas a introdução da figura do ônus na reflexão doutrinária processual permitiu superar os limites pertinentes à reconstrução do processo como relação jurídica, destacando que:

Com o conceito de ônus, de fato, se entende não apenas o comportamento que a parte deve ter para conseguir determinada vantagem processual ou a expectativa de uma sentença para si favorável, mas também o comportamento que a parte deve ter para evitar que se produzam determinadas consequências desfavoráveis, como a preclusão [...]. Nesse contexto, a preclusão vem a coincidir com o inadimplemento de um determinado ônus processual no prazo estabelecido.³⁰⁵

Ainda nesse sentido, Sica afirma que o que distingue os dois institutos não é o fato de que “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”³⁰⁶. Paralelamente, Giannico assevera que “A omissão em relação a um ônus processual, diferentemente do que sucede em relação às meras faculdades, traz efeitos jurídicos desfavoráveis previamente

³⁰² ALVIM, *Manual...*, p. 499.

³⁰³ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 59.

³⁰⁴ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 59.

³⁰⁵ CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 15.

³⁰⁶ SICA, *Preclusão...*, p. 101.

cominados em lei”³⁰⁷, ao passo que “As faculdades *puras* não precluem, porque nada representam em relação ao processo, a seu curso ou a seu destino”, não sendo suficientemente relevantes para alterar a marcha processual³⁰⁸.

Por essas razões, é a consideração sobre os *ônus processuais* – e assim não apenas os ônus probatórios, senão também os de alegação e os de impugnação, na medida em que determinam quem deve alegar, quem há de suportar as consequências derivadas da ausência de alegação e como deve decidir o juiz se não houver alegação ou prova suficientes –, que permitirá a existência de preclusão dentro do processo³⁰⁹, não havendo como se prosseguir repetindo a clássica formulação chiovendiana, de que a preclusão diz respeito a perda de faculdades processuais.

6.2. *Importa exclusão, e não perda*

Ao contrário do que comumente se afirma, a preclusão não constitui propriamente hipótese de *perda*, na medida em que essa acepção sugere *omissão* em praticar o ato no momento apropriado, ou seja, uma *falta* da parte quanto ao cumprimento das prescrições legais, inclinando-se necessariamente para a preclusão temporal³¹⁰, sem aptidão para abranger as demais hipóteses tradicionalmente consagradas (*i.e.*, lógica e consumativa).

Não se pode olvidar que embora possa a parte “perder” o direito à prática de um ato processual em virtude do decurso de tempo, nenhuma perda se verifica nos casos de preclusões consumativa e lógica, em que ocorre, isso sim,

³⁰⁷ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 51.

³⁰⁸ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 51.

³⁰⁹ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 59-60.

³¹⁰ Nessa linha, afirma Cabral que “quando se conceitua a preclusão como decorrente de uma ‘perda’, sugere-se uma falta ou omissão em praticar o ato no momento adequado, isto é, aponta-se para uma conduta omissiva *da parte* de ‘não cumprir as prescrições legais’, e assim naturalmente a concepção inclina-se para a preclusão temporal, até porque dificilmente seria adaptável às espécies consumativa e lógica. [...] Porém, a popularização do termo ‘perda’, acompanhada da falta de reflexão crítica sobre estes outros estudos posteriores de Chiovenda, findou por consagrar o conceito na sua acepção mais limitativa” (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 123-124).

exaurimento do direito processual pelo seu exercício e *imposição de obstáculo* à sua efetivação em razão de conduta incompatível adotada em momento anterior, respectivamente.

Além disso, é preciso considerar que a utilização do vocábulo *perda* contribui para alimentar a confusão historicamente perpetrada entre preclusão e decadência, fenômenos que, ressabidamente, não se confundem³¹¹, mormente porque enquanto a preclusão ocasiona um óbice decorrente não tanto do decurso inútil de um prazo, quanto do constante caminhar do processo, a perda de um direito se verifica sempre pela falta de seu tempestivo exercício em conformidade com as normas legalmente estabelecidas para tal fim³¹².

Por essas razões, seguindo a terminologia sugerida por Hansjörg Otto e adotada por Antonio do Passo Cabral³¹³, entendemos mais apropriado falar em *exclusão* de direitos processuais, acepção que se adéqua também às preclusões consumativa e lógica, no mesmo passo em que atende à necessidade de se afastar o instituto objeto de estudo da noção de decadência.

6.3. Afasta-se das ideias de dever e de sanção

Diante de todo o exposto, absolutamente alheia à preclusão é a ideia de *dever* processual³¹⁴, porquanto esta se volta – diversamente do que se observa

³¹¹ Sobre os aspectos em que se distinguem preclusão e decadência, *vide*, por todos: FERREIRA FILHO, A *preclusão...*, p. 66.

³¹² GIANNOZZI, *La contumacia...*, p. 172-173, em nota.

³¹³ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 124. Também Rosenberg refere-se à preclusão como exclusão (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil* (Trad. Angela Romera Vera). t. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 450).

³¹⁴ Em sentido contrário, Lopes já asseverou tratar-se a preclusão de penalidade *sui generis*: “essa penalidade, segundo entendemos, não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo” (LOPES, “Breves considerações...”, p. 47). Posteriormente, contudo, parece ter revisto sua posição, registrando tratar-se de fato jurídico impeditivo: “a preclusão é um fato processual impeditivo (Stefano Riccio), isto é, um acontecimento que, uma vez verificado, obsta a prática do ato processual pretendido” (LOPES, João Batista. “Preparo do recurso e preclusão consumativa”. *Repertório IOB de jurisprudência*: civil, processual,

com os ônus – ao atendimento de interesses estranhos aos do agente, colocando a parte em situação de desvantagem prévia, não necessariamente relacionada com sua inobservância. Nas palavras de Sica,

[...] 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 desincumbiu-se do dever, atendendo ao interesse de outrem ou ao interesse público que o inspira; se houver o inadimplemento, a parte será submetida a consequências jurídicas sancionatórias, orientadas para coagir o sujeito ao adimplemento, ou puni-lo pelo inadimplemento.³¹⁵

Ademais, a violação a deveres processuais importa *sanções* e reação do sistema no sentido de continuar a exigir seu cumprimento por parte do devedor, o que não se vislumbra quando se trata de preclusão, cuja omissão quanto ao exercício do respectivo ônus implica exclusão do direito processual, sem possibilidade de seu adimplemento posterior.

É lembrar, mais esta vez, a lição de Dinamarco, que atenta para o fato de que são raros os deveres processuais das partes³¹⁶, afinal,

penal e comercial. 1ª quinzena jun./1996, n. 11, São Paulo, 1996, p. 194). Didier Junior, por sua vez, admite a existência de uma categoria denominada preclusão-sanção ou preclusão punitiva, decorrente da prática de um ato ilícito, com natureza jurídica de sanção. Entre os exemplos, cita o caso da confissão ficta, decorrente do não comparecimento ao depoimento pessoal, que é considerado um dever da parte, implica preclusão do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual) (DIDIER JUNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 312).

³¹⁵ SICA, *Preclusão...*, p. 103.

³¹⁶ Segundo a lição de Dinamarco, “Os poucos deveres processuais das partes constituem projeção e consequência de sua *sujeição* ao Estado-juiz e correlativa *autoridade* exercida por este no processo. Eles são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição, *incorrendo em ilícito* aquele que os descumpre. Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado. Daí a reação da ordem jurídica à inobservância desses imperativos de conduta, sancionando-a de diversas formas” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 498, p. 215).

A natureza *duelística* do processo conduz o legislador a optar prioritariamente pela técnica dos *ônus*, impondo consequências nefastas à parte que nesse combate *baixe a guarda*, sem revidar adequadamente aos golpes do adversário e sem assumir em seu próprio benefício as condutas legitimamente indispensáveis ou convenientes. Não existe o *dever de contestar* nem a revelia é um ilícito, ou *rebeldia*; a parte não tem sequer o dever de comparecimento, quando intimada a comparecer para a tentativa de conciliação, ou para depoimento pessoal (arts. 331, 342 e 343, § 2º). Tudo são ônus, cujo descumprimento pode produzir desvantagens mas não constitui *ilícito processual* [...].³¹⁷

Na mesma linha, Riccio afirma que a preclusão não está entre as sanções processuais, tratando-se de um limite a uma atividade que não decorre de uma violação legal, mas sim da consumação de um interesse ou da incompatibilidade pelo desenvolvimento processual alcançado³¹⁸. Também Marques consigna que a preclusão não é uma sanção processual, porquanto “não provém de violação ou inobservância de um *preceptum juris*, e sim, da consumação de um interesse ou de uma incompatibilidade do direito subjetivo com o desenvolvimento processual até aquele momento realizado”³¹⁹.

Ainda em sentido análogo, Caponi destaca que “quando se trata de incentivar a atividade da parte, a consequência desvantajosa não é qualificável como uma sanção”, na medida em que “essa qualificação pertine às consequências previstas para a violação de um dever jurídico em relação a outros (isto é, pelo ilícito) e não pela omissão de uma atividade facultativa”³²⁰.

Giannico, a seu turno, assevera que “a sanção está associada ao descumprimento de um determinado imperativo (*obrigação* ou *dever*). É consequência jurídica oriunda da inobservância de uma norma jurídica e tem como elemento concreto a prática de um *ato ilícito*”, podendo a ordem jurídica inclusive

³¹⁷ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 498, p. 214-215.

³¹⁸ RICCIO, *La preclusione...*, p. 88.

³¹⁹ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 382-383.

³²⁰ CAPONI, *La rimessione...*, p. 17-18.

compelir o obrigado a cumprir a obrigação não realizada dentro do prazo³²¹.
Diversamente, diz o autor,

[...] a preclusão guarda relação com o atendimento ou desatendimento de um ônus processual. Não se relaciona com obrigação, pois. Ao ônus, diferentemente da obrigação, não se agrega a noção de sanção, nos casos em que se optar por seu desatendimento. Diante da inércia da parte em relação a um ônus, o ato processual *não* mais será praticado – muito menos de forma coercitiva –, precluindo a oportunidade de fazê-lo.³²²

Mais não é preciso, portanto, dizer para se perceber que conquanto tenha sido o instituto em alusão, segundo consignou Chiovenda, inspirado na *poena praeclusi* do direito comum³²³, em nada se aproxima das ideias de dever e de sanção, guardando, sim, estreita afinidade, insistimos, com a de ônus processual.

6.4. Incide sobre direitos processuais das partes, direta e reflexamente

Diante do que até agora foi exposto, merece ainda refinamento a definição, para se esclarecer que a preclusão não opera sobre o ônus em si, senão sobre o correspondente direito processual da parte, excluindo-o e obstando-lhe o exercício ou a reiteração. Tal exclusão, isso sim, é que propriamente advém do fato de a parte não ter adimplido o ônus processual que lhe incumbia, tê-lo já feito ou ter adotado conduta incompatível com sua realização.

Nesse sentido, aliás, já afirmava Chiovenda, embora a relacionando com o exercício, ou não, de faculdades processuais, que “A preclusão consiste em

³²¹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 66.

³²² GIANNICO, *A preclusão...*, p. 66-67.

³²³ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232.

que depois da realização de determinados atos ou do transcurso de certos prazos resta *precluso* à parte o direito de realizar outros atos processuais determinados, ou, em geral, atos processuais”³²⁴.

Destarte, são direitos processuais que precluem e com isso são excluídos do rol de posições jurídicas processuais das partes, como *efeito* da conduta por elas assumida diante dos ônus que lhes são estabelecidos no processo pelo ordenamento jurídico (embora sem deixar de ser também *fato* verificado no curso procedimental e hábil a produzir outras consequências nesse âmbito).

Assim, precluem os direitos, *v.g.*, (i) de contestar do demandado, se não cumprir o ônus de fazê-lo no prazo legalmente previsto (*preclusão temporal*), (ii) do sucumbente de apelar, quando houver cumprido, sem ressalvas, a obrigação imposta por meio da sentença (*preclusão lógica*), e (iii) de agravar do prejudicado por decisão interlocutória, quando já o tiver exercido (*preclusão consumativa*).

Para além disso, é de se reconhecer que as preclusões operam sobre as partes também *reflexamente*, no sentido de que lhes caberá considerar e orientar suas condutas com fulcro nos direitos da adversária excluídos por conta da estabilização em alusão, o que se verifica especialmente nas hipóteses em que a postura (omissiva ou comissiva) adotada por uma delas faz nascer para a outra ônus e direitos processuais.

Desse modo é que, *v.g.*, (i) diante da preclusão consumativa incidente sobre o direito do autor de propor demanda judicial exsurge o ônus do réu de contestá-la; (ii) da preclusão temporal do direito do agravante de juntar aos autos da demanda originária cópia de agravo de instrumento interposto – decorrente do desatendimento do ônus estabelecido no art. 526 do CPC de 1973, correspondente ao art. 1.018, § 2.º, do CPC de 2015 (neste caso, prevista a inaplicabilidade aos processos eletrônicos) – advêm para o agravado os ônus de arguir e de comprovar a preclusão operada (CPC/1973, art. 526, p.u.; CPC/2015, art. 1.018, § 3.º); e (iii) com a preclusão lógica existente para as partes que deixam de invocar, até o momento de proposição das provas, convenção contratual sobre

³²⁴ CHIOVENDA, *Princípios...*, v. II, p. 396.

a distribuição dos ônus probatórios (CPC/1973, art. 333, p.u.; CPC/2015, art. 373, § 3.º), o que denota renúncia à avença³²⁵, aparece o ônus de provar suas alegações nos moldes tradicionais, estabelecidos no art. 333, *caput*, do CPC de 1973, correspondente ao art. 373, *caput*, do CPC de 2015.

Sob essa perspectiva, evidencia-se que os ônus processuais atribuídos às partes ao longo do procedimento estão mutuamente entrelaçados, fazendo desde logo brotar a percepção de que não há como serem considerados apenas de modo isolado, sendo imprescindível sua compreensão dentro da dinâmica do processo e em conformidade com as posições jurídicas (direitos, ônus, poderes, deveres, faculdades) de todas as partes envolvidas, conformadoras do procedimento.

6.5. Opera sobre o juiz (apenas) de modo reflexo-indireto

Considerando-se a preclusão como efeito de exclusão de *direitos processuais* em decorrência do não exercício de *ônus processuais*, nos termos que vimos expondo, percebe-se a impropriedade de se falar em preclusão incidente diretamente sobre o juiz, sujeito sobre o qual não pesam ônus³²⁶,

³²⁵ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 121.

³²⁶ É bem verdade que se partirmos da já aludida classificação das normas jurídicas em *normas impositivas de conduta* e *normas técnicas* – as primeiras equivalentes àquelas que permitem ou facultam dado comportamento (*i.e.*, que prescrevem deveres), e essas últimas correspondentes aos ônus enquanto imperativos a serem observados para se obter dado resultado jurídico –, haverá situações envolvendo aplicação simultânea de normas de ambos os tipos (TALAMINI, “Notas sobre...”, p. 38-40), e assim poderemos identificar *poderes-deveres judiciais onerados*, como *v.g.*, o dever de sentenciar, que está atrelado ao ônus argumentativo e ao de observar os requisitos/elementos essenciais da sentença – relatório, fundamentos e dispositivo. Todavia, deixando de lado essa (relevante) classificação e apegando-nos à acepção de ônus como *imperativo de interesse próprio* ao qual é ínsita a ideia de *liberdade de conduta*, insistimos na impropriedade de se identificá-los nos atos do juiz, que não atua no processo visando a satisfação de seus próprios interesses, mas sim de interesses públicos, não tendo, ademais, liberdade quanto à observância, ou não, das ditas normas técnicas para obter os efeitos jurídicos resultantes dos atos que pratica. Nesse sentido, também as aludidas imposições, de que a argumentação deduzida na sentença seja racional, completa e coerente e de que sejam observados os seus requisitos/elementos essenciais, constituem essencialmente deveres, e não ônus do juiz. Na verdade, nos casos de *deveres processuais “onerados”* em razão da imposição de observância de normas técnicas para se obter dado resultado jurídico, os ônus acabam sendo *absorvidos* pelos

tampouco direitos processuais, mas somente *poderes-deveres* relacionados com a condução do processo³²⁷. É perceber que as posições jurídicas processuais das partes e do juiz são essencialmente diversas, até por conta dos interesses a que cada um atende: as partes, próprios, o juiz, público³²⁸.

Nesse sentido, nota-se que enquanto a preclusão consumativa expressa *limitação* ao exercício reiterado dos direitos processuais, o óbice imposto ao juiz para que redecida matérias já resolvidas aparece, diversamente, para

deveres, resolvendo-se, em última análise, tudo em deveres processuais; outrossim, se não atendida a norma técnica, embora não produzidos os resultados jurídicos pretendidos, o dever processual permanecerá; não será excluído, nem reduzido. É diametralmente diverso, destarte, dos *direitos processuais onerados*, cujo exercício é, em virtude dos ônus, restringido; nesses casos, os ônus se relacionam com os direitos processuais notoriamente para excluí-los, seja pela atuação, seja pelo inadimplemento: o direito processual não permanecerá, seja qual for a conduta adotada.

³²⁷ Nas palavras de Dinamarco, “A ordem jurídico-processual não outorga *faculdades nem ônus* ao juiz. Aquelas têm por premissa a disponibilidade de bens ou de situações jurídicas e, daí, serem conceituadas como *liberdade de conduta*: cada qual age ou omite-se segundo sua vontade e sua própria escolha, tendo em vista o resultado que mais lhe agrade. Mas o juiz não está no processo para gestão de seus próprios interesses, senão para regular os de outrem, ou seja, das partes. Não tem disponibilidade alguma sobre esses interesses, que não são seus, nem sobre as situações jurídico-processuais ocupadas por elas. Todos os *poderes* que a lei lhe outorga são acompanhados do *dever* de exercê-los. Quando o juiz defere a produção de prova, ele não o faz porque *optou* por isso, mas porque a parte que a requereu tem direito a ela; nem há *opção pessoal* do juiz, ou mesmo do Estado-jurisdicção, com referência ao processamento de uma causa, de um recurso etc.” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 497, p. 213). Na mesma linha, Sica afirma que “Diferentemente das partes, o juiz assume na relação jurídica processual um único tipo de posição jurídica, qual seja, o *poder-dever*: o juiz *sujeita* as partes a seus poderes, e *deve* utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em observância aos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso *sub iudice* e pacificando as partes em *litígio*. [...] 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 106).

³²⁸ Analisando o tema, Alsina expõe que o interesse das partes em obter uma sentença favorável supõe o exercício dos atos processuais em benefício próprio, ao contrário do que se passa com o juiz, que em relação ao processo só tem o interesse geral de realização da justiça. Bem por isso, explica o autor, não depende do juiz atuar ou deixar de fazê-lo, tendo as partes o direito de exigir sua atuação, e ele, o dever formal de atuar (ALSINA, *Tratado...*, t. I, p. 286). No mesmo sentido, Dinamarco elucida que “O juiz não é atingido por nenhuma situação processual desfavorável, ainda quando passiva, porque toda sua atuação no processo é sempre em benefício dos valores da Justiça, que o Estado tem o encargo de resguardar”. Afinal, “Todas as situações jurídicas do juiz no processo remontam ao *poder estatal* que ele exerce como agente público”, razão pela qual “em regime democrático de Estado-de-direito, a cada poder do juiz corresponde um dever, sendo cada um deles, na realidade, um poder-dever” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 492, p. 206-207).

reforçar seus poderes-deveres – enaltecendo, com isso, a autoridade da decisão judicial –, e de nenhum modo para restringi-los. Ademais, nenhum poder do juiz é, nesse caso, tolhido, já que nunca lhe foi dado decidir mais de uma vez a mesma questão (excetuadas, conforme se verá adiante, aquelas conhecíveis de ofício).

Do mesmo modo, as hipóteses, já aludidas, em que se cogita existir preclusão temporal ou lógica para o juiz, como quando ministro do STF se omite sobre existência de repercussão geral em recurso extraordinário, ou quando, interposto agravo retido, o juiz deixa de se retratar e dá cumprimento à decisão agravada, não decorrem – ao contrário do que se vislumbra com as preclusões temporal e lógica de direitos das partes – de omissões ou de condutas incompatíveis, mas sim e propriamente de *exercício de poderes-deveres* seus.

É dizer, então, que os atos judiciais no processo se resolvem, ao contrário dos das partes, sempre em *atuação de poderes-deveres*, nunca em *omissões*, tampouco em *direitos*, e muito menos em *ônus*. Portanto, a preclusão não opera diretamente sobre o juiz, havendo que se rechaçar tanto o emprego da expressão “preclusão *pro iudicato*”, como o da “preclusão judicial”.

Mas não é só. Ao nosso sentir, a dita “preclusão de questões” – a que refere a doutrina desde Chiovenda, em alusão ao fenômeno que impede o juiz de rever decisões estáveis – consubstancia mais propriamente a exclusão do direito da parte que, diante de decisão que lhe é gravosa, omite-se em interpor o recurso cabível e conforme ao ordenamento jurídico, do que um fenômeno que atinge diretamente o juiz³²⁹. Essa é, aliás, a essência da preclusão delineada por Chiovenda, enquanto *fenômeno unitário*³³⁰, sempre resultante de conduta das partes, que cumprem ou se omitem acerca de determinado ônus, ou, ainda, desempenham ato inconciliável com o exercício do direito que lhe corresponde.

É verdade que as preclusões operadas sobre os direitos das partes estabelecem *óbices* ao juiz, que de fato estará inibido de redecidir certas questões, o que até autoriza, *no direito italiano*, falar em *preclusão para o juiz*,

³²⁹ Em sentido análogo, observou Giannico que “na realidade, não é a decisão que preclui; o que preclui é simplesmente a possibilidade (faculdade) de impugná-la. Uma decisão preclusa, por assim dizer, é aquela que já não mais comporta impugnação” (GIANNICO, *A preclusão...*, p. 147).

³³⁰ ANDRIOLI, “Preclusionone...”, p. 567-568.

tendo em vista o *sentido corriqueiro* (fechar, obstruir, bloquear, tapar) que, como já explanamos, a palavra possui naquele contexto. Entre nós, no entanto, inexistindo esse significado comum do vocábulo “preclusão”, o fato de se constituir uma limitação ao juiz não permite dizer que algo lhe restou precluso, mormente considerando-se que sua acepção técnico-jurídica relaciona o instituto com ônus e direitos processuais, para ele inexistentes.

Ainda a propósito, percebe-se que ao defender fervorosamente a existência de preclusão dos poderes(-deveres) judiciais, a doutrina elenca inúmeras situações em que isso não se verifica³³¹, tal como em relação aos *poderes administrativos, coercitivos e instrutórios* e ao controle de *matérias conhecíveis de ofício e a todo momento*; bem assim, afirma-se rotineiramente inexistirem, em geral, preclusões judiciais *temporais e lógicas*. Diante disso, é questionável a própria utilidade de se sustentar que os poderes do juiz precluem, para depois se apontar inúmeras situações em que tal exclusão não se verifica; aliás, considerando-se todas as exceções comumente apontadas, percebe-se que é estreito o âmbito em que a preclusão nesses termos definida de fato opera.

Na verdade, as normas preclusivas alcançam o juiz apenas *reflexamente*, no sentido de lhe impor que observe as preclusões operadas sobre os direitos processuais das partes no curso do processo, tanto ao impulsioná-lo, como ao proferir decisões. Com efeito, consubstanciando as preclusões normas de comportamento e de julgamento, é de se reconhecer que elas operam de modo

³³¹ Ilustrativamente, cabe destacar a lição de Moniz de Aragão, que parte da classificação dos poderes processuais do juiz proposta por Vittorio Denti, para asseverar que “os que têm natureza administrativa, ‘conquanto sejam coordenados com o exercício da jurisdição’, versam sobre matéria visivelmente insuscetível de preclusão, pois esta só afeta a atividade praticada jurisdicionalmente. [...] Outro marco, na extremidade oposta, pode ser fincado: estão necessariamente sujeitos a preclusão os pronunciamentos judiciais exarados no exercício dos poderes (ditos jurisdicionais) que na classificação de Denti são chamados de ‘finais’ (tanto faz que sejam decisórios ou somente ordinatórios), pois implicam em ‘encerrar o processo perante si’. [...] Quando às decisões, profere-as o juiz tanto no exercício dos poderes ordinatórios quanto no dos decisórios, sempre, porém, com natureza instrumental (as emanadas com natureza final extinguem o processo e são, por isso, denominadas ‘sentenças’). As soluções por ele dadas, quando decorrem do exercício do poder ordinatório, são, em regra, imunes à preclusão, conquanto fiquem a ela também sujeitas, mas com caráter excepcional. Relativamente às soluções determinadas no exercício dos poderes decisórios, diversamente, ficarão sujeitas a preclusão” (ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 171-172).

(somente) indireto sobre os poderes judiciais, conforme melhor esplanaremos no capítulo seguinte.

6.6. *Preclusões como normas de comportamento e de julgamento*

Considerando que os atos praticados por autor e réu no curso do processo estão incontornavelmente voltados à satisfação de interesses próprios, na busca pela tutela jurisdicional por cada um almejada, as normas preclusivas, atreladas aos ônus que lhes são atribuídos nesse transcorrer, estão voltadas, primeiramente, a orientar suas condutas processuais (é dizer: são *normas de comportamento*), no sentido de lhes indicar os ônus que a cada um tocam, os momentos adequados para o seu exercício, assim como as consequências de sua omissão ou de sua realização de forma destoante da legalmente prevista.

Sob essa perspectiva, *v.g.*, é conhecido pelos litigantes que a ausência de apresentação de quesitos a serem respondidos pelo perito no momento processual adequado lhes excluirá o direito de fazê-lo posteriormente, do mesmo modo que a prolação de decisão que lhes seja desfavorável lhes conferirá o ônus de contra ela recorrer, com a consequência de, não o fazendo ou o realizando em desacordo com as normas processuais pertinentes, ficar ela estável no processo (se não versar sobre matéria conhecível de ofício). Diante disso, poderão os litigantes optar por formular, ou não, quesitos, por recorrer ou deixar de fazê-lo, cientes de que suportarão, em suas próprias esferas jurídicas, as consequências processuais oriundas das escolhas que fizerem.

Além disso, enquanto *normas de comportamento* as preclusões orientam também os atos do juiz, no sentido de que *deverá* conduzir o processo sempre com consideração aos direitos das partes por conta delas já excluídos. Desse modo, *v.g.*, se a parte renuncia ao direito sobre o qual se funda a demanda, é vedado ao juiz praticar atos tendentes a fazer prosseguir o curso procedimental, o que é resultado da preclusão do direito dela de impulsioná-lo provocada pela renúncia (a qual, aliás, constitui manifestação unilateral de vontade cuja eficácia

independe de homologação judicial³³²), e não de preclusão propriamente implementada diretamente sobre poderes judiciais.

A esse respeito, observa Cabral que, enquanto normas de comportamento, as preclusões servem “não apenas ao interesse da parte ameaçada pela potencial omissão de comportamento, mas também a seu adversário e aos interesses públicos de prosseguimento hígido e previsível da litigância”³³³. Trata-se, como bem se nota, de reflexo dos princípios da *lealdade*, *boa-fé* e *ética* processuais, sempre e sempre a nortear a compreensão do instituto objeto de estudo.

Por outro lado, as preclusões são também *normas de julgamento*, no sentido de que estabelecem quem assumirá as consequências benéficas ou prejudiciais do exercício ou desatendimento dos ônus processuais, repercutindo, por conseguinte, igualmente sobre o conteúdo das decisões judiciais. Em outras palavras, embora não opere diretamente sobre poderes-deveres do juiz, na medida em que se relaciona estritamente com ônus e direitos processuais, a preclusão lhe impõe que observe os direitos das partes por sua conta excluídos ao decidir cada uma das questões compreendidas na demanda.

Sob essa perspectiva, as situações jurídicas resultantes da preclusão de direitos processuais das partes assumem estabilidade tal que impossibilitarão ao juiz revolvê-las; por outro lado, quando preclusão não houver, tampouco estarão configuradas situações jurídicas estáveis dignas de permanecerem no

³³² DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 933, p. 270-271; NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 45. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 387.

³³³ Conforme ensina Cabral, “[...] as preclusões possuem um duplo significado: embora tenham repercussões no conteúdo da decisão (e então poderão sim servir como regras de julgamento), as preclusões são primariamente *regras de comportamento*. E são regras que se impõem a todos os sujeitos, não apenas às partes mas também para o juiz. Assim, decorrem da preclusão o ônus para as partes de concentração da sua atividade, bem como o dever do juiz de não repetir os atos já praticados, considerando ainda as posições estabilizadas em outros casos. P.ex., regras preclusivas a respeito do ônus da prova não são apenas normas para condicionar a sentença. Sua ligação com os ônus de alegação e demonstração mostram que estas regras influenciam também os comportamentos da parte, do adversário e também do juiz (na sua atividade subsidiária de produção de prova prevista no art. 130 do CPC)” (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 124-125).

tempo, ocasião em que se admitirá, inclusive, que o juiz motivadamente reaprecie questões já resolvidas.

Retomando, nesse caminhar, raciocínio alinhavado no capítulo anterior, acerca da impropriedade de se falar em incidência de preclusão sobre o juiz – sujeito sobre o qual não pesam ônus, tampouco direitos processuais, mas somente *poderes-deveres* relacionados com a condução do processo –, chama atenção o fato de que em todas aquelas situações em que a doutrina *majoritária* afirma ocorrer preclusão de poderes do juiz, no sentido de que não se permitirá que ele rediscida controvérsia já analisada, na verdade o que se verifica é preclusão do direito da parte prejudicada de obter pronunciamento em sentido diverso do já proferido, em virtude de não ter interposto o recurso cabível contra a decisão. As hipóteses, por outro lado, em que se admite que o juiz rediscida certas questões (*i.e.*, quando verse sobre alguma das matérias a que alude o art. 267, § 3.º, do CPC de 1973, equivalente ao art. 485, § 3.º, do CPC de 2015, conhecíveis de ofício³³⁴) não consubstanciam sequer ocorrência de preclusão de direito das partes, que poderão suscitar outra vez a controvérsia, exigindo novo pronunciamento judicial a seu respeito.

Bem aqui, aliás, nota-se a incoerência do entendimento, proclamado por parte da doutrina, no sentido de que a falta de impugnação de uma decisão versando sobre as matérias a que alude o art. 267, § 3.º, do CPC de 1973, equivalente ao art. 485, § 3.º, do CPC de 2015, torna preclusa a questão para as partes, mas não para o juiz, que pode rever seu entendimento caso se convença do contrário, porém em relação às demais matérias a ausência de recurso importa

³³⁴ No sentido de a preclusão não alcançar matérias conhecíveis de ofício pelo juiz (ditas “de ordem pública”), *vide*: STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 560.793-MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 6.11.2014, *DJe* 17.11.2014; STJ, 2.ªT., REsp 1.483.180-PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2014, *DJe* 27.11.2014; STJ, 2.ªT., AgRg no REsp 914.645-PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 21.10.2014, *DJe* 20.11.2014; STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 557.560-PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.10.2014, *DJe* 15.10.2014; STJ, C.E., AgRg na Pet 9.669-RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 17.9.2014, *DJe* 6.10.2014; STJ, 2.ªT., AgRg nos EDcl no AREsp 495.040-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.9.2014, *DJe* 10.10.2014; STJ, 4.ªT., AgRg nos EDcl no AREsp 396.902-ES, rel. Min. Raul Araújo, j. 19.8.2014, *DJe* 16.9.2014; STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 505.201-SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 7.8.2014, *DJe* 15.8.2014; STJ, 1.ªT., AgRg no REsp 1.427.357-PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.6.2014, *DJe* 4.8.2014.

preclusão para ambos, tolhendo do juiz o poder para rededir³³⁵ (é, aliás, o que levou Tesheiner a propor a distinção entre *preclusão parcial*, operada apenas para a parte, e *preclusão total*, incidente tanto sobre as partes, como sobre o juiz)³³⁶.

Isso porque não há sentido em negar à parte a possibilidade de requerer novo pronunciamento judicial a respeito dessas questões, se se reconhece ao juiz o poder de apreendê-las e rededi-las de ofício. Seria imaginar uma – esdrúxula – situação em que, depois de proferida decisão versando sobre alguma dessas matérias, a parte pugnassem por novo pronunciamento judicial a seu respeito (inclusive mediante o já consagrado “pedido de reconsideração”), e o juiz reputasse inadmissível o pedido, ao fundamento de que diz respeito a questão preclusa para a parte, porém em seguida, *fazendo de conta* que fechou os olhos para a sua provocação, analisasse *de ofício* a matéria por meio dela trazida ao seu conhecimento.

Aliás, como se nota, o raciocínio que vimos expondo igualmente condiz com a doutrina que – na linha de Barbosa Moreira, Marques, Lauria Tucci, Maneschy e Dierle Nunes – defende que a não interposição de recurso obsta a rediscussão, tanto para o juiz, como para o tribunal, também das matérias conhecíveis de ofício já decididas, porquanto ainda que se adote esse entendimento, será sempre a preclusão operada sobre o direito da parte que,

³³⁵ Nessa linha, assevera Rubin que “a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida: caso indisponível, a falta de impugnação torna preclusa, desde já, a matéria para as partes, mas não para o juiz que pode (e deve) rever seu posicionamento, sob pena de decidir com afronta à norma imperativa e contrariando, inclusive, sua própria (e atual) convicção” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 165). Igualmente, Sica asseverou que “a preclusão que fulmina direitos da parte não se confunde com o efeito que impede o juiz de rededir 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 232).

³³⁶ TESHEINER, *Elementos...*, p. 174. Esse entendimento vem bem resumido nesta lição de Cruz e Tucci: “Daí porque, a eficácia preclusiva da decisão de saneamento do processo se irradia, em princípio, sobre toda a matéria que faz parte de seu núcleo decisório, tão-somente para as partes, desde que se mostrem, por não terem recorrido, presumivelmente conformadas com o provimento judicial. Por outro lado, em decorrência do disposto no § 3º do art. 267, não há se cogitar de eficácia preclusiva, *in casu*, para o juiz, que poderá, até o momento de proferir sentença, reexaminar a matéria atinente aos pressupostos processuais e às condições da ação” (CRUZ E TUCCI, “Sobre a eficácia...”, p. 281).

devendo ser considerada pelo órgão julgador, tolherá a possibilidade de redecisão.

Em outras palavras, ou se aceita a preclusão do direito da parte de obter dado pronunciamento acerca dessas matérias e, com isso, restará vedado também ao juiz se pronunciar a respeito delas, ou bem a preclusão não opera nesses casos, diante do reconhecimento de sua tradicional relevância, e assim também o poder judicial de redecisão acaba se justificando. Por aí, o art. 473 do CPC de 1973, que tem como correspondente no CPC de 2015 o art. 507, ao obstar às partes a rediscussão das questões já decididas no curso processual a cujo respeito operou preclusão³³⁷, estabelece óbice (literalmente, aliás) direcionado às partes, o qual limitará o juiz de modo indireto, no tocante à revisão de decisões antes proferidas³³⁸; no mesmo passo, não havendo preclusão (como na hipótese, segundo a doutrina majoritária, de a parte não ter recorrido de decisão versando sobre matéria conhecível de ofício pelo juiz), vedação à rediscussão para ela não existirá, tampouco, por conseguinte, para o juiz, à redecisão.

Nesses termos, a preclusão que atinge as partes é a mesma que alcança, embora apenas indiretamente, o juiz, não havendo, insistimos, falar em “preclusão *pro iudicato*”, tampouco em “preclusão judicial”. Com isso, não se está a empregar um mesmo termo para designar fenômenos diversos; o fenômeno em questão é um só: a preclusão que incide sobre os direitos processuais das partes, e que, como todos os demais fatos processuais, alcançará, de modo reflexo, não

³³⁷ Bem aqui, cabe observar que o art. 507 do CPC de 2015, coincidente ao art. 473 do CPC de 1973, acertadamente retirou uma *vírgula* mal colocada nesse último. Referimo-nos à percepção de que, pelo que consta do art. 473 do CPC de 1973, mormente diante do que indica o sinal gráfico existente entre “decididas” e “a cujo” (“É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”), pode-se conceber ser defeso à parte discutir *qualquer das questões já decididas*, pois *em relação a todas elas* operou preclusão – exegese essa que, como já dito, não prevalece. O CPC de 2015, por sua vez, ao excluir, em seu art. 507, a aludida vírgula (“É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito operou preclusão”), evidencia que apenas em relação àquelas questões decididas que efetivamente estão acobertadas por preclusão é que a rediscussão está vedada às partes, sendo esta, por conseguinte, possível se a decisão não comportar tal estabilidade, como quando versar sobre matéria conhecível de ofício.

³³⁸ SICA, *Preclusão...*, p. 226.

apenas elas próprias, como também o juiz. Essa posição, por outro lado, não denota adoção de qualquer postura privatista do processo, mormente considerando que de nenhum modo condiciona-se a atividade do juiz à iniciativa das partes, mantendo-se seu poder-dever de conhecer oficiosamente de certas matérias, tenham sido ou não objeto de decisão.

6.6.1. O óbice à alteração da decisão incide desde sua publicação, e não apenas depois de precluso o direito da parte de recorrer: fenômeno diverso da preclusão

Seria possível objetar às ideias acima expostas que desde o momento em que é publicada a decisão, não é dado ao juiz alterá-la, ainda que não exaurido o prazo recursal para impugnação e que, com isso, não esteja configurada a preclusão do direito das partes de recorrer. Do mesmo modo, é verdade que uma vez publicada a sentença, tolhe-se do juiz a possibilidade de modificá-la mesmo antes do advento do trânsito em julgado, o qual perfectibiliza a preclusão do direito recursal das partes e conforma, em última análise, a coisa julgada. Em ambos os casos, note-se bem, estamos diante de situações em que de fato existe óbice à redecisão, imposto diretamente ao juiz, embora não resultante de seu poder-dever de considerar preclusão operada sobre direito processual das partes.

No entanto, em consonância com tudo o que vimos expondo, esse empecilho não se confunde com preclusão – fenômeno que, insistimos, atinge diretamente apenas as partes, alcançando o juiz somente de forma reflexa. Com efeito, a vedação imposta à alteração das decisões judiciais depois de publicadas é decorrência do disposto no art. 463 do CPC de 1973, coincidente ao art. 494 do CPC de 2015, que consagra a regra *da inalterabilidade das decisões*, depois de publicadas, pelo juiz que as proferiu, exceto para lhe corrigir erro material e por meio embargos de declaração.

Segundo essa regra, enquanto não publicada a decisão – vale dizer, até que não seja *tornada pública* mediante sua *entrega em cartório* ou *juntada aos*

autos –, a rigor de decisão não se trata, podendo ser modificada pelo juiz³³⁹; todavia, após essa publicação, que, como se nota, sequer pressupõe a intimação das partes³⁴⁰, não é dado ao seu prolator alterá-la. A propósito, embora o art. 463, *caput*, do CPC de 1973, correspondente ao art. 494, *caput*, do CPC de 2015 aluda a *sentença*, não há negar sua aplicabilidade também às decisões interlocutórias (versando sobre matérias não conhecíveis de ofício), igualmente atingidas pela regra da inalterabilidade, diante do exaurimento do ofício jurisdicional respectivo à questão específica.

É verdade que tanto a regra que veda ao juiz a alteração das decisões depois de publicadas como a preclusão incidente sobre os direitos processuais das partes encontram fundamento nos princípios constitucionais da celeridade e da segurança jurídica, manifestando-se, outrossim, ambos no âmbito endoprocessual. Nesse aspecto, não negamos a existência de um *liame unificador* entre esses fenômenos. Ainda assim, não há como confundi-los, tampouco reduzi-los a um mesmo instituto, especialmente considerando a amplitude das preclusões processuais, que atingem diretamente todos os direitos processuais onerosos das partes, alcançando, além disso, reflexamente também o juiz, ao passo que a regra em alusão diz respeito apenas a esse último, obstando-o de modificar, logo que publicadas, as decisões judiciais.

Nesse ponto, cabe ainda observar que existem diversos outros obstáculos processuais ao exercício dos poderes do juiz, igualmente voltados à promoção de segurança jurídica, e que nem por isso se cogitou, em momento algum, alcunhar de preclusão, como é o caso, *v.g.*, do óbice quanto a decidir de modo diverso a entendimento jurisprudencial consagrado em súmula vinculante e da vedação a que, nos tribunais, o controle de inconstitucionalidade das leis e atos normativos seja feito pelos órgãos fracionários (CF, art. 93, inc. XI). Aliás, também

³³⁹ Nesse sentido, embora em alusão apenas à inalterabilidade *das sentenças*, *vide*: BUENO, Cassio Scarpinella. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.502.

³⁴⁰ Conforme lição de Bueno, “A publicação da sentença na imprensa para fins de intimação das partes (art. 236, *caput* c/c art. 242, *caput*) é ato *posterior* à sua publicação em cartório ou de seu proferimento e publicação na própria audiência nos termos dos arts. 456 e 457. Tanto que nesse caso, proferida a sentença em audiência (e aí *publicada*), as partes dela sairão *intimadas* (art. 242, § 1.º)” (BUENO. MARCATO (coord.), *Código...*, p. 1.502).

em relação às partes existem impedimentos processuais inconfundíveis com preclusão, como o caso da vedação à prática de atos processuais durante o período de suspensão (CPC/1973, art. 266; CPC/2015, art. 314). Destarte, não há reduzir todo e qualquer óbice cominado aos sujeitos do processo a um único instituto.

6.7. *Arremate do capítulo: importância e utilidade científica da redefinição do instituto nos termos propostos*

O único caminho para se tentar acomodar as exigências antagônicas conviventes no processo é primar por rigor científico no delineamento e na interpretação de seus institutos³⁴¹. Diante disso, e considerando todas as ponderações acima realizadas, novamente sublinhamos que o conceito de preclusão por nós abraçado é no sentido de que ela se afasta das ideias de *dever*, *faculdade* e *poder*, para denotar precisamente *exclusão de direito processual da parte*, decorrente de *consumação* ou *desatendimento* de *ônus processual* que lhe corresponda, ou ainda da *prática de ato incompatível* com o seu exercício. Essa exclusão, outrossim, alcançará de modos *direto* e *indireto* as partes, e (apenas) *reflexamente*, o juiz.

A redefinição desse instituto processual nos termos ora propostos vem ao encontro, antes de mais, da necessidade de se primar por *rigor científico* em seu delineamento, atendendo, nesse passo, ao anseio de precisão terminológica indispensável para sua adequada compreensão e interpretação. É lembrar a célebre lição de Norberto Bobbio, de que o cuidado na terminologia não é ditado pela gramática meramente para a beleza do estilo, mas sim exigência inafastável para a construção de qualquer ciência³⁴².

³⁴¹ SICA, *Preclusão...*, p. 301.

³⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950, p. 200-236. Segundo lição de Bobbio, “Se infatti noi ci rendiamo conto che stabilire le proposizioni primitive e le regole logiche entro cui si deve muovere quella determinata ricerca (independentemente dal fatto che si possano porre proposizioni primitive e regole logiche diverse), significa porre le basi per la costruzione di un discorso rigoroso (o linguaggio), si dovrà dire che una ricerca scientifica non è

No mesmo sentido, acentua Teresa Arruda Alvim Wambier 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”³⁴³. Afinal, “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”³⁴⁴.

Contra esses postulados, imbricados de indiscutível exatidão científica, há quem, embora admitindo que a preclusão diga respeito mais propriamente a ônus processual, continue proclamando sua incidência de forma direta sobre o juiz, por vezes sem apresentar para tanto qualquer justificativa, noutras sob o (singelo) argumento de que tendo se convencido a chamar de preclusão judicial ou *pro iudicato* o óbice existente para a rediscussão de questões versando sobre matéria não conhecível de ofício, devemos persistir nessa terminologia.

Quanto a isso – ousamos emprestar estas palavras de Paulo de Barros Carvalho, empregadas em contexto similar ao que ora nos encontramos: –, “Seria difícil surpreender uma postura dogmática mais desastrosa e que ostente tão acentuado despreço pela função construtiva da Ciência do Direito”³⁴⁵. Isso porque se aceitarmos – aqui adaptando para o nosso problema o que naquela ocasião afirmou o eminente tributarista –, de maneira passiva e acrítica, os equívocos reiteradamente proclamados pela doutrina e pela jurisprudência, muitas vezes transformados em disposições legais, de nada servirá a investigação

possibile al di fuori della costruzione di un discorso (o linguaggio) rigoroso, che la scientificità consiste nella rigosità del linguaggio, o per lo meno nella elaborazione di quel linguaggio più rigoroso del linguaggio comune, che si suole chiamare appunto linguaggio scientifico. Di qua s'intende perfettamente perchè la moderna metodologia insista tanto sul rapporto tra scienza e linguaggio: la scienza non consiste nell'apprensione della verità, ma nell'uso del linguaggio scientifico. Costruire una scienza vuol dire costruire un linguaggio rigoroso, onde vale come 'scientificamente vera' non già quella proposizione che si adegua alla verità obbiettiva, ma che è espressa con termini che rispettano le regole valide nell'ambito del sistema entro cui si pone” (BOBBIO, *Teoria...*, p. 214-215).

³⁴³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1996, p. 318.

³⁴⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *O novo regime...*, p. 318.

³⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243.

científica³⁴⁶. Com efeito, por essa lamentável predisposição a repetir o que está dito porque assim tem funcionado, fulmina-se “uma das mais sérias pretensões do cientista, qual seja a de contribuir, efetiva e decididamente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas”³⁴⁷.

Mas não é só. A construção teórica desenvolvida neste trabalho permite perceber que os óbices impostos para o juiz pelas preclusões processuais vão muito além daquele, tradicionalmente aceito, de redecidir questões, na medida em que o compelem a considerar todas as preclusões operadas sobre os direitos processuais das partes. É assentar que, apesar de incidirem apenas reflexamente sobre os poderes do juiz, as preclusões condicionam sua conduta de maneira mais contundente do que aquela comumente proclamada, impondo sejam consideradas, nos termos acima expostos, tanto como normas de comportamento, como de julgamento. Essa concepção, demais disso, vem reforçar os deveres de lealdade, boa-fé, ética processuais impostos às partes e ao juiz, rechaçando toda sorte de dilação infundada, de comportamento contraditório, de reiteração maliciosa.

³⁴⁶ CARVALHO, *Curso...*, p. 243.

³⁴⁷ CARVALHO, *Curso...*, p. 243-244.

SEÇÃO SEGUNDA: OUTROS ASPECTOS RELEVANTES DO INSTITUTO

7. Natureza jurídica

Do mesmo modo como pôde ser verificado na análise de seu conceito, a natureza jurídica da preclusão é alvo de numerosas opiniões desencontradas, revelando-se incertezas também em relação a esse aspecto de nosso objeto de estudo. É o que passamos a demonstrar, em linhas gerais, iniciando com a exposição do posicionamento do italiano Stefano Riccio.

Tomando por base a classificação dos fatos jurídicos proposta por Carnelutti³⁴⁸, Riccio defendeu que a natureza jurídica da preclusão não corresponde à situação derivada do cumprimento de um ato, sendo ela antes um *fato processual* constitutivo de condição impeditiva de uma atividade posterior, e tendo sempre o mesmo conteúdo, consistente na perda de uma faculdade processual³⁴⁹.

Esse autor define como fato jurídico processual o “acontecimento processual ou qualquer circunstância relevante, a que o direito atribui efeitos jurídicos processuais”, podendo ser ele *primário* quando direcionado “ao nascimento, modificação ou extinção da relação jurídica processual”, e *secundário* quando ocasionar “modificação ou extinção de uma faculdade ou de uma obrigação que faz parte da relação jurídica”³⁵⁰.

³⁴⁸ Nas palavras de Riccio, “I fatti giuridici, secondo l'insegnamento del CARNELUTTI, si classificano secondo *la natura del fatto*, al quale è attribuita l'efficacia, oppure secondo *la natura della efficacia*, che è attribuita al fatto. Sotto il primo profilo possono aversi fatti giuridici *naturali* o *causali* e *fatti umani*, secondo che l'efficacia giuridica è attribuita ad un fatto della *natura* o *dell'uomo*. Sotto il secondo profilo il fatto si distingue secondo che la efficacia giuridica ad esso attribuita sia *principale* o *secondaria*; si hanno perciò fatti giuridici *principali* e fatti giuridici *secondari* o condizioni giuridiche, a seconda che il fatto opera da se e non opera se non in presenza di un altro fatto, del quale o consolida o paralizza o modifica soltanto l'efficacia. Cosichè di fronte ai fatti *costitutivi* o *estintivi* vi sono le condizioni *impeditive* o *modificative*” (RICCIO, *La preclusione...*, p. 15-16).

³⁴⁹ RICCIO, *La preclusione...*, p. 15.

³⁵⁰ RICCIO, *La preclusione...*, p. 16.

A partir daí, segundo Riccio, a preclusão é mais especificamente um *fato jurídico processual impeditivo secundário*, porquanto “não extingue ou impede todo o processo, mas somente uma faculdade processual”³⁵¹, sendo *fato* porque “não obstante seja consequência de um ato, prescinde-se da causa, isto é da sua proveniência e do seu liame com a vontade”, *jurídico processual* porquanto “regulado pelo direito e produtor de efeitos processuais, ainda que verificados fora do processo”, e *secundário* uma vez que extingue ou impede um só direito ou faculdade³⁵².

Na mesma linha de Riccio, Guarneri compreende que a preclusão corresponde a um *fato processual impeditivo*, que segundo o autor “importa privação ou perda de uma faculdade, ou pelo decurso de um termo peremptório, ou pela existência de um obstáculo jurídico”, e cuja verificação faz surgir “para o juiz o poder-dever de declarar, e para a outra parte, a faculdade de pedir a ineficácia do ato eventualmente praticado”³⁵³.

Entre os doutrinadores brasileiros, Marques assevera que a preclusão “é fato processual porque é um acontecimento [...] que produz efeitos jurídico-processuais”³⁵⁴, sendo as preclusões temporal e lógica *atos impeditivos*, ao passo que a consumativa tem natureza de *fato extintivo*³⁵⁵. Não muito distante, Antonio

³⁵¹ RICCIO, *La preclusione...*, p. 16.

³⁵² RICCIO, *La preclusione...*, p. 16-17. A construção de Riccio foi objeto de crítica, elaborada por Carnelutti, nestes termos: “a preclusão, segundo R., é um fato jurídico; mas por que não se perguntou sobre o que é necessário para que exista um fato jurídico? A prescindir do problema acerca dos fatos omissivos ou negativos, que não é sequer afluído, um fato será a inércia; mas a preclusão não é a inércia e sim o que dela decorre. Que os outros ainda não tenham sabido dizer o que seja, pode também dar-se; mas uma monografia sobre um tema específico não vale nada se não o faz dar um passo avante” (*Rivista di diritto processuale*, v. VI, 1951, I/371 apud ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 144). Analisando essas críticas, Moniz de Aragão afirma que “O rigoroso crítico reputou insuficiente a afirmação de ser a preclusão um fato: considerou-a o *efeito* de um fato (*“la preclusione non é l’inerzia, sibbene ciò que ne consegue”*); admitiu que até então a doutrina ainda não lograra esclarecer a natureza jurídica da preclusão e afora considerá-la efeito (não é, portanto, *causa*) nada acrescentou, o que bem revela as dificuldades que a equação e a solução do problema oferecem” (ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 144).

³⁵³ GUARNERI, “Preclusione...”, p. 572.

³⁵⁴ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 382.

³⁵⁵ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 380-381. Em obra posterior, todavia, Marques deixa de fazer tal distinção, definindo a preclusão apenas como *fato processual impeditivo* (MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 175).

Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco registram que objetivamente, “a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento” – enquanto subjetivamente “representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual*; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão”³⁵⁶.

Igualmente debruçando-se sobre o assunto, Moniz de Aragão defende que a preclusão surge sempre e necessariamente como *efeito*, o que não significa, contudo, que deixe de ser um *fato processual* (não um ato, porém, pois não praticável), na medida em que sua verificação origina consequências, das quais, portanto, é causa, o que é, aliás, natural diante da constatação de estarem os atos e fatos do processo encadeados em uma sequência preordenada a um fim³⁵⁷.

Cotejando os posicionamentos de Riccio, Marques e Moniz de Aragão, Giannico defende que as preclusões lógica, temporal e hierárquica têm natureza de *fato jurídico processual impeditivo secundário*, enquanto a preclusão consumativa, de *fato jurídico processual extintivo secundário*³⁵⁸. Além disso, salienta o autor que embora seja concebida também como “resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa), a preclusão, em si, por sua vez, gera inúmeras consequências jurídico-processuais, o que por si só reafirma sua condição de fato jurídico processual autônomo”³⁵⁹.

Por outro lado, Sérgio Costa aduz que a preclusão é um *princípio*, que foi utilizado, sobretudo, para disciplinar as demandas, possibilitando que as partes tenham ciência de seus limites desde o início³⁶⁰. Paralelamente, Couture assinala que a preclusão, em verdade, “não é um instituto único e individualizado, senão,

³⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 328.

³⁵⁷ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 145-146.

³⁵⁸ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 76.

³⁵⁹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 78.

³⁶⁰ COSTA, *Manuale...*, p. 232.

antes, uma circunstância atinente à própria estrutura do processo”³⁶¹, correspondendo a um princípio processual “segundo o qual o juízo se divide em etapas, cada uma das quais supõe o fechamento da anterior sem possibilidade de renová-la”³⁶². Entre nós, Arruda Alvim diz que a preclusão pode ser “considerada um verdadeiro princípio da teoria dos prazos porque ela interfere em toda a dinâmica do andamento processual”³⁶³, e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma a necessidade de tratar a preclusão como princípio, “considerada portanto não em si mesma, mas no seu complexo, organizada em sistema dentro de estrutura processual, com vistas ao direto e precípua funcionamento desta”³⁶⁴.

Ainda sob outro viés, Teresa Arruda Alvim Wambier salienta que “a impossibilidade da prática do ato [precluso] não é *efeito* da preclusão (que seria o fato gerador dessa consequência), mas é a *própria preclusão*”³⁶⁵, entendimento que é de certo modo abraçado por Sica, ao consignar que a preclusão “não é fato jurídico, nem mesmo processual, pois não se trata de acontecimento do mundo real verificado no processo e com consequências jurídicas sobre ele projetadas”, mas sim “*da própria consequência jurídica atribuída pela lei a um determinado fato ou ato processual*”³⁶⁶. Em sentido análogo, cabe também mencionar o entendimento de Alsina, para quem a preclusão corresponde precisamente ao *efeito* que tem uma fase processual de encerrar a anterior³⁶⁷.

Ao nosso ver, a preclusão serve como *efeito* qualquer que seja a tese que se assuma, na medida em que brilha intensamente sua correspondência com a consequência estabelecida em lei para uma pluralidade de causas (decurso de prazo, realização de ato incompatível, exaurimento, pelo exercício, do próprio ato

³⁶¹ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 93.

³⁶² COUTURE, *Vocabulário...*, p. 477.

³⁶³ Prossegue Arruda Alvim dizendo que a preclusão “é a espinha dorsal do processo, no que respeita ao seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação positiva” (ALVIM, *Manual...*, p. 499).

³⁶⁴ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 170.

³⁶⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 475.

³⁶⁶ SICA, *Preclusão...*, p. 177.

³⁶⁷ ALSINA, *Tratado...*, t. I, p. 263.

etc.). Tal, contudo, não esgota seu significado, porquanto manifesta também um *fato jurídico processual*, absolutamente apto a integrar o suporte fático de outros fatos e efeitos jurídicos verificados dentro do processo³⁶⁸.

Trata-se de posicionamento extraído inclusive das lições de Chiovenda, que depois de asseverar que “todo processo [...] põe limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que para além desses limites essas faculdades não se poderão mais exercitar”, conclui ter dado “a essa *consequência* o nome de « preclusão »”³⁶⁹, mas em outra ocasião também assenta ser efeito da preclusão o nascimento de um direito ou, o que ocorre mais frequentemente, de uma simples situação jurídica³⁷⁰.

Somente nesses termos, importa notar, é que a preclusão deixa de operar em abstrato, alheia à realidade do procedimento, para integrá-lo de forma direta: não é apenas *efeito de precluir* – isto é, de excluir o direito processual cujo ônus não foi exercido oportunamente, já está consumado, ou tornou-se incompatível com outro já atuado –, mas também o fato processual de *estar precluso* o direito, que, por sua vez, inegavelmente operará outras consequências no processo.

Para além disso, não se pode desprezar que a preclusão também consubstancia *princípio, instituto e técnica* processuais³⁷¹.

É *princípio* normativo no sentido de que estabelece um arquétipo no qual se embasa o desenrolar procedimental, sendo ainda uma exigência genérica,

³⁶⁸ Segundo Didier Junior, “A partir deste panorama das diferentes espécies de preclusão, é fácil concluir que, de regra, se está diante de um efeito jurídico. ‘A preclusão ou caducidade é só efeito’, dizia Pontes de Miranda. Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico. Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material. A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal” (DIDIER JUNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 313).

³⁶⁹ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232.

³⁷⁰ CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 396.

³⁷¹ SICA, *Preclusão...*, p. 177 e 262.

necessária a todo processo³⁷², que condiciona o modo de ser de outros princípios (como o da eventualidade) e regras (como as que estabelecem os prazos em que os atos processuais devem ser praticados)³⁷³. Consoante a esse princípio, “o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado [...]. Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba”³⁷⁴.

É *instituto jurídico-processual* autônomo³⁷⁵ – pois apresenta delineamento particular, absolutamente alheio a outros fenômenos processuais, admitindo cientificidade em seu estudo e aplicação – e constitucionalmente demarcado, integrante do conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, destinado a garantir a segurança *intrínseca* do processo, sem se confundir, por aí, com a coisa julgada, esta voltada a assegurar a segurança a ele *extrínseca*³⁷⁶.

É, finalmente, *técnica processual*³⁷⁷ mediante a qual o legislador almeja alcançar precisão e ordem no desenvolvimento do processo, disciplinando as

³⁷² Nessa linha, Riccio aduz que “La preclusione, quindi, ha, secondo i casi, un campo maggiore o minore di applicazione; ma ogni processo non ne può prescindere, in quanto ha una logica ed una vita. Il regolamento lógico e temporale dei poteri e dei doveri è dunque una necessità imprescindibile del processo” (RICCIO, *La preclusione...*, p. 9). Também Guarneri assevera que “un certo ordine di precedenza deve essere necessariamente stabilito in ogni processo, sia civile che penale” (GUARNERI, “Preclusione...”, p. 571).

³⁷³ Segundo Alvaro de Oliveira, “a interferência de outros princípios e técnicas permitirá, à evidência, alterações no esquema básico, a exemplo do que ocorre num processo dominado pela oralidade, imediação e concentração, em que as fases tendem a se aproximar ou a se confundir temporalmente, com o consequente enfraquecimento da preclusão” (OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 170).

³⁷⁴ DIDIER JUNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 307.

³⁷⁵ Assim consigna Barbosa a esse respeito: “a *preclusão* é um verdadeiro *instituto*; instituto dos mais importantes, no qual repousa a eficiência do processo. É ordem, é disciplina, é lógica. É, em suma, o imperativo de que decorre a necessidade de serem todos os atos e faculdades exercitados no momento e pela forma adequados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais. É, em última análise, o instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica” (BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 50).

³⁷⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

³⁷⁷ Nesse sentido, destaca Riccio que a preclusão é “un metodo, prima di essere un istituto; rivela cioè una orientazione fondamentale giuridica processuale ed una conseguenza dei rapporti obiettivi tra i soggetti processuali, prima di essere quel complesso di norme, che quella orientazione determina e quei rapporti regola; è un carattere del processo, prima di porsi come fatto impeditivo al nascimento o mutamento di un atto o di un diritto” (RICCIO, *La preclusione...*, p. 9).

atividades das partes e do juiz, e exigindo que os direitos processuais sejam exercidos em consonância com os parâmetros legais. Compreende, ademais, técnica de promoção de celeridade e economia processuais, de tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional perseguida e de racionalidade procedimental.

8. Efeitos

Conforme mencionado no capítulo anterior, enquanto *fato* inerente ao *efeito* de exclusão de direito processual, a preclusão em si também produz efeitos variados no processo, que em geral refletem o surgimento de situações jurídicas³⁷⁸. Como exemplos de efeitos resultantes da preclusão, podemos citar que quando: (i) precluso o direito de contestar, em decorrência do decurso do prazo, aparecem os efeitos – material e/ou processual – da *revelia*; (ii) pela terceira vez consecutiva deixa o demandante de impulsionar o curso processual, sobrevém a *perempção* e seus efeitos, como o da exclusão da possibilidade de repropor a demanda; (iii) escoados os prazos recursais, advém coisa julgada (formal e, conforme o caso, material)³⁷⁹.

Ainda a propósito, Bedaque destaca a existência de um aspecto positivo no fenômeno, consistente na situação de vantagem assumida pela parte em virtude de a adversa não ter se desincumbido de um ônus que lhe era imposto sob consequência de preclusão³⁸⁰. Entretanto, a preclusão não gera qualquer

³⁷⁸ Segundo a lição de Chiovenda, “La situación jurídica (KOHLE) es una figura de derecho privado como de derecho procesal; se distingue del *derecho* en que contiene únicamente un *elemento* del derecho o de un efecto o ato jurídico futuro; esto es, tiénese una circunstancia que, con el concurso de otras circunstancias posteriores puede conducir a un cierto *efecto* jurídico, mientras que si estas circunstancias no se verifican queda sin ningún efecto” (CHIOVENDA, *Principios...*, v. II, p. 396). Nesse sentido, já percebera Pontes de Miranda que “As consequências da omissão não se limitam [...] à preclusão, isto é, a que não mais se admita a prática do ato que seria proveitoso para a parte, e. g., contestar, impugnar, recorrer”, tampouco “à condenação às custas” ou “à extinção do processo, à dispensa das provas, à convocação de substituto serventuário, à multa e à pena ao perito, à pena de confesso” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 121).

³⁷⁹ SICA, *Preclusão...*, p. 153-155.

³⁸⁰ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 128.

direito à parte contrária àquela em relação a quem operou, fazendo surgir, insistimos, apenas situações que, se somadas a outras, poderão ensejar o nascimento de direitos³⁸¹. Assim, exemplificativamente, não faz surgir “para o autor o direito a uma sentença de procedência do pedido, mas tão-só uma situação jurídica que lhe é favorável: a revelia produz a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor”³⁸².

Destarte, fica nesse ponto outra vez ressaltada nossa compreensão da preclusão enquanto fenômeno que não se esgota em efeito processual, manifestando também fato jurídico perfeitamente hábil a compor o suporte fático de outros fatos e efeitos jurídicos verificados dentro do processo, nos termos anteriormente expostos.

8.1. Preclusão, inadmissibilidade e invalidade

No estudo dos efeitos das preclusões, não se pode deixar de destacar que o ato processual praticado pelas partes em descon sideração às preclusões operadas no processo importa *inadmissibilidade*, e não nulidade; afinal, a lei apenas impede que o ato produza seus efeitos regulares, sendo, por conseguinte, ineficaz, e não inválido³⁸³. Nesses termos, são inadmissíveis, v.g., o agravo de instrumento intempestivo, a apelação interposta após o cumprimento sem ressalvas da sentença, a comprovação do preparo recursal em momento outro que não o ato de interposição do recurso.

Diversamente, o ato do juiz que deixa de considerar as preclusões operadas sobre os direitos das partes no curso procedimental é nulo, na medida

³⁸¹ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 31.

³⁸² FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 31.

³⁸³ SICA, *Preclusão...*, p. 155-157. A propósito, observa Sica que “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 destempo. 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 157).

em que malhere o devido processo legal, demandado, outrossim, que outro seja produzido em seu lugar³⁸⁴. Por aí, são nulos o acórdão que conhece e julga o mérito de apelação intempestiva ou cuja sentença foi cumprida sem ressalvas pelo apelante, a decisão que impulsiona o processo após o autor manifestar renúncia ao direito em que se funda a demanda *etc.*

Com isso, observa-se a diversidade dos efeitos provocados pelas preclusões quando operam, direta ou reflexamente, sobre as partes (*i.e.*, inadmissibilidade), em relação àqueles causados por ocasião de sua incidência, de modo indireto, sobre o juiz (*i.e.*, nulidade), o que é decorrência precisamente das posições jurídicas por cada um assumida no processo. Mais uma vez, ressalta-se que estamos diante de duas faces de um mesmo fenômeno processual, as quais, todavia, não se confundem.

8.2. *Repercussão endoprocessual*

Imprescindível, outrossim, acentuar que a preclusão *acontece* no âmbito de uma relação jurídica processual já estabelecida e tem seus efeitos nela mesma *exauridos*. Aliás, no tocante à preclusão operante sobre o direito de recorrer contra decisão que resolve questão incidental processual, é até mesmo “Difícil conceber [...] que venha a tornar-se relevante noutro processo a força vinculativa do pronunciamento”³⁸⁵, pois versando sobre matéria de índole processual, “são suscetíveis de ser postas apenas no contexto do processo”³⁸⁶.

³⁸⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 155-158.

³⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, *Questões...*, p. 120.

³⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, *Questões...*, p. 125. Em sentido análogo, Comoglio, Ferri e Taruffo afirmam que “non potrà ripresentarsi in un altro processo una situazione del tutto identica a quella oggetto di decisione nel primo processo (si può trattare di situazione simile, equivalente ma non identica per la semplice ragione che il secondo processo è altro dal primo) e pertanto difficilmente il giudicato sulle questioni processuali potrà operare allo stesso modo di come opera la regolamentazione del rapporto sostanziale già controverso rispetto al diritto che venga nuovamente in discussione in diverso processo” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. v. I: il processo ordinario di cognizione. 5. ed. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2011, p. 757).

A propósito, importa destacar que precisamente nesse aspecto é que reside a importância de se delimitar autonomamente esse instituto processual, com destaque a sua distinção em relação à decadência, à renúncia, aos princípios *ne bis in idem* e *nemo potest venire contra factum proprium*, entre outros com ela por vezes equivocadamente confundidos, cujos efeitos não são necessariamente sentidos no âmbito restrito de um processo em curso.

Assim sendo, conforme observa Talamini, “Em prol da clareza dos conceitos, é censurável o emprego do termo ‘preclusão’ para expressar autoridade que se pretende que vá *para fora do processo*”³⁸⁷, mormente considerando que se convencionou “empregar o vocábulo para designar fenômeno *interno* ao processo: a perda da faculdade para prática de ato *dentro do processo*”³⁸⁸. Portanto, imperioso assentar que estabilidade cujos efeitos transcendam o processo em que se perfectibilizou de preclusão não se trata.

8.3. Ônus perfeitos e imperfeitos

Ainda acerca dos efeitos das preclusões, é conhecida a diferenciação dos ônus processuais em *perfeitos* – correspondentes àqueles cujo descumprimento implica necessariamente consequência jurídica prejudicial, como de regra é o ônus recursal – e *imperfeitos* – quando tal decorrência negativa é possível, porém não necessária, como em geral é o ônus probatório³⁸⁹. Tratam-se, respectivamente, conforme nomenclatura utilizada por Dinamarco, de ônus *absolutos e relativos*³⁹⁰.

³⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 134-135.

³⁸⁸ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 134-135.

³⁸⁹ ALVIM, *Manual...*, p. 995.

³⁹⁰ Segundo Dinamarco, são *absolutos* os ônus “cujo não-cumprimento conduz *inevitavelmente* ao resultado desfavorável”, como no caso do autor que deixa de alegar, na petição inicial, todos os fatos em que embasa sua pretensão, e com isso não poderá ser beneficiado com um julgamento fundamentado em fatos omitidos. Diversamente, são *relativos* os ônus que “não trazem consequências inexoráveis”, o que denota que se desatendidos, “seu titular *corre o risco* de ser prejudicado mas ainda é possível que o risco não se consume”, o que se observa em relação ao

Ao nosso sentir, os ônus processuais poderão assumir *graus de perfeição* diversos em virtude das circunstâncias específicas dos casos concretos, razão pela qual não há como se classificá-los *a priori* em perfeitos e imperfeitos ou absolutos e relativos. Sob essa perspectiva, há de se reconhecer que embora as preclusões incontornavelmente operem quando verificadas suas causas ensejadoras, a intensidade dos efeitos que produzirão no processo dependerá do grau de perfeição que o ônus correspectivo assuma em cada situação específica.

É notar, *v.g.*, que se a Fazenda Pública não cumpre o ônus de recorrer de sentença que lhe seja desfavorável, o trânsito em julgado, que de regra é efeito da preclusão temporal invariavelmente operada, não ocorrerá se na hipótese for cogente o reexame necessário, quando se admitirá, inclusive, que ela deduza em memoriais todas as impugnações que lhe competia fazer em suas razões recursais, em ordem a afastar o resultado prejudicial da sentença desfavorável não apelada. Outrossim, os efeitos da preclusão temporal operada sobre o direito de contestar do réu revel serão diversos se, no caso, existirem matérias conhecíveis de ofício pelo juiz, que poderão ser por ele (réu) deduzidas em qualquer momento e grau de jurisdição.

No mesmo passo, se quando instada a se manifestar sobre as provas que pretende produzir, a parte postula o julgamento “antecipado”³⁹¹ de mérito, entendendo suficientes as provas constantes dos autos, verifica-se a incidência de preclusão consumativa sobre seu direito de se manifestar a propósito desse despacho, assim como de preclusão lógica sobre seu direito de produzir provas. Apesar disso, se determinada a produção de prova oral ou pericial, de ofício ou a requerimento da parte adversária, não há óbice a que também aquela que requerera o julgamento imediato arrole testemunhas, formule quesitos e apresente assistente técnico.

ônus probatório, cujo descumprimento nem sempre implicará insucesso na demanda” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 494, p. 210-211).

³⁹¹ As expressões “julgamento antecipado” e “julgamento conforme o estado do processo”, conforme observa Talamini, “Transmitem a falsa impressão de que o ato decisório estaria ocorrendo antes de seu momento oportuno”, quando, pelo contrário, “decide-se porque não há mais o que ser feito; porque tudo o que era necessário para a formação da convicção do julgador já está nos autos” (TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 147).

Logo, o estudo dos efeitos das preclusões processuais não dispensa a análise das circunstâncias particulares da relação jurídica processual estabelecida, com consideração dos aspectos específicos que a envolvem, assim como das peculiaridades respectivas a cada um dos ônus nela compreendidos. Mais uma vez, brilha a percepção sobre a insuficiência da abordagem dos ônus processuais de modo isolado, sendo imprescindível sua compreensão dentro da dinâmica e do conjunto de relações, situações e posições jurídicas conformadoras do processo.

9. Funções positiva e negativa

Traçando-se agora um paralelo com as funções positiva e negativa da coisa julgada material, é de se reconhecer que também a preclusão comporta essas eficácias.

Como ressaltado, a *eficácia negativa* da coisa julgada material está voltada a impedir a dedução de demanda idêntica a outra já decidida, na hipótese de nesta ter sido prolatada sentença definitiva transitada em julgado; portanto, a eficácia negativa obsta que questão principal definitivamente decidida seja outra vez julgada como tal em demanda diversa. Nesse sentido, ensina Talamini que essa eficácia “Consiste na proibição [...] de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada”³⁹².

Cabral também discorre sobre o tema, explicando que:

Pela função negativa, o debate é “exaurido”, não podendo ser reproposto, ou seja, torna-se proibida a rediscussão da pretensão. A função negativa da coisa julgada é muito aproximada do princípio mais amplo do *ne bis in idem*, impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema. Não é permitido nem mesmo que o juiz, no segundo processo, decida da mesma forma ou com idêntico conteúdo. Portanto, existe uma vedação de reiteração (*Wiederholungsverbot*), e neste sentido se fala que a coisa julgada corresponderia a um “pressuposto processual

³⁹² TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 130.

negativo”. A qualificação de “negativo” decorre da concepção de que é a “inexistência” da *res iudicata* que é exigida para o desenvolvimento regular do processo.³⁹³

Por sua vez, a *eficácia positiva* da coisa julgada impõe que retornando ao Poder Judiciário, como *questão incidental* (se principal, seria reconduzida à eficácia negativa), controvérsia sobre a qual já exista decisão de mérito transitada em julgado, não poderá ser resolvida de modo diverso daquele como foi no processo anterior. Nesse sentido, a eficácia positiva da coisa julgada vincula o julgador ao quanto decidido em demanda em que se perfectibilizou coisa julgada sobre a questão que lhe foi submetida à apreciação.

A propósito, consigna Liebman que “é corrente a afirmação de que a autoridade da coisa julgada já não tem só uma função negativa (consumação da ação), mas também e sobretudo uma função positiva”, na medida em que obriga o juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demandas que o pressuponham³⁹⁴. Entretanto, partindo da concepção de que “os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão-só para torná-los imutáveis”³⁹⁵, defende o autor que essa função positiva consiste em mero reflexo da função negativa, conformando, na verdade “simplesmente a eficácia natural da sentença”³⁹⁶.

Quanto a isso, cabe lembrar a lição de Talamini, quando assevera que embora de fato a “eficácia positiva da coisa julgada” expresse também os efeitos (declaratórios, constitutivos) da sentença, “certamente, sem a coisa julgada, a ‘eficácia positiva’ não se poria como tal”³⁹⁷, na medida em que “o juiz do segundo processo não ficaria vinculado à solução já dada pelo *decisum* da sentença

³⁹³ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 99.

³⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 58.

³⁹⁵ LIEBMAN, *Eficácia...*, p. 59.

³⁹⁶ LIEBMAN, *Eficácia...*, p. 60.

³⁹⁷ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 131.

anterior à questão que ora funciona como prejudicial”³⁹⁸. Destarte, “é sempre a autoridade da coisa julgada que faz o juiz ficar vinculado ao conteúdo do comando anterior seja para negar novo julgamento, seja para decidir tomando aquele comando como premissa necessária”³⁹⁹.

Com base, então, nessas lições, é de se reconhecer que também a preclusão comporta *funções negativa e positiva*, embora – diversamente daquelas inerentes à coisa julgada material – sejam verificadas, conforme já afirmado, apenas em âmbito *endoprocessual*. Nesses termos, a eficácia negativa da preclusão impedirá o rejuízo de questões (desde que não conhecíveis de ofício); a positiva, a seu turno, fará com que o conteúdo das decisões proferidas seja absorvido por eventuais futuras decisões e pela sentença, podendo inclusive servir de seu fundamento.

Ainda a propósito, não há dizer que a função positiva da preclusão seja mera decorrência da negativa – concepção essa que, aliás, denota confusão entre sua causa e sua consequência –, porquanto “O efeito positivo deriva da preclusão (por isso é efeito dela!) e portanto não pode ser considerado como causa da incorporação no ato posterior do conteúdo do ato anterior”⁴⁰⁰. Portanto, a preclusão (operada sobre direitos das partes) condiciona o juiz ao conteúdo do comando anterior seja para negar a reapreciação de matérias estáveis, seja para decidir tomando-o como premissa cogente.

10. Limites objetivos e subjetivos

Os efeitos (endoprocessuais) das preclusões sofrem limitações em razão das pessoas sobre as quais incidem (subjetivos) e do objeto atingido (objetivos).

³⁹⁸ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 131.

³⁹⁹ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 131.

⁴⁰⁰ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 126.

No tocante aos limites subjetivos, é de se considerar que serão alcançados pelos efeitos das preclusões verificadas no processo, direta e indiretamente, as partes – aí incluídos terceiros intervenientes⁴⁰¹ e sucessores – integrantes da relação jurídica processual, assim como, de modo reflexo, o juiz. Afinal, relacionando-se a preclusão com ônus e direitos *processuais* e operando apenas no âmbito *endoprocessual*, sequer haveria logicidade em admitir que alcançasse estranhos à relação jurídica processual.

Nesse sentido, explica Giannico que:

Essa ideia decorre da própria concepção de nosso processo civil: assim como os efeitos da coisa julgada não podem beneficiar ou prejudicar terceiros (CPC, art. 472), também os efeitos da preclusão (originando perda de direitos ou de faculdades processuais), de uma maneira geral, devem respeitar essa premissa, atuando somente em relação aos integrantes da relação processual. A rigor, em função dos consagrados princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os terceiros não são atingidos pela preclusão, a eles não se aplicando essa perda de direitos ou faculdades.⁴⁰²

Diante disso, *v.g.*, intimado acerca de decisão proferida *inaudita altera parte*, apenas depois de exercido o contraditório diferido é que surgirá para o interessado o ônus de agravar⁴⁰³; outrossim, as preclusões operadas sobre os direitos processuais do exequente e da pessoa jurídica executada alcançarão o

⁴⁰¹ Observa Giannico, a propósito, que “são atingidos pela preclusão todos aqueles que, apesar de não serem originariamente integrantes da relação jurídica processual, têm *efetiva participação* no processo. Ou seja, estão igualmente sujeitos à preclusão os terceiros que, intervindo no processo e tendo conquistado o *status* de parte, vierem a integrar a relação jurídica processual. É o caso dos assistentes, dos litisdenunciados, do opoente etc. Uma vez instituído seu ingresso no processo, o terceiro torna-se parte nele e, como tal, passa a sofrer os efeitos da preclusão” (GIANNICO, *A preclusão...*, p. 87-88).

⁴⁰² GIANNICO, *A preclusão...*, p. 84-85.

⁴⁰³ SICA, *Preclusão...*, p. 312. A propósito, explica Sica que “Isso não significa, contudo, que o réu não possa, se quiser, agravar diretamente da liminar, pois avulta inequívoco o seu interesse recursal. 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’” (SICA, *Preclusão...*, p. 312).

sócio dessa última, para o qual seja posteriormente redirecionada execução, somente a partir do momento em que ingressar na relação jurídica processual.

Por sua vez, os limites objetivos dizem respeito ao contexto fático-probatório em que a estabilidade se verificou, podendo-se falar em preclusão apenas quando mantido esse quadro. Essa análise adquire particular relevância em relação às preclusões operadas sobre o direito das partes de recorrer contra decisões proferidas no curso processual, no sentido de que ampliado o grau cognitivo do juiz sobre fatos e provas constantes dos autos, não haverá preclusão a ser por ele considerada, abrindo-se o caminho para que nova decisão seja proferida.

11. Classificação

Considerando que todo ordenamento jurídico pode estabelecer seu próprio sistema preclusivo, ao menos *em teoria* a preclusão pode ser processual ou extraprocessual (tese de Vincenzo Manzini⁴⁰⁴); temporal, ordenatória, lógica ou consumativa (segundo Stefano Riccio⁴⁰⁵); explícita ou implícita, parcial ou total, absoluta ou relativa (de acordo com Carlo Stea⁴⁰⁶) etc.⁴⁰⁷ Virgílio Andrioli classifica as preclusões em cinco categorias, quais sejam (i) derivadas do decurso infrutuoso de prazos previstos sob consequência de decadência; (ii) resultantes do esgotamento de uma fase processual; (iii) advindas do fato de não se ter realizado de certa maneira um ato, ainda que não esteja já perfectibilizado o estado do processo em que se deva inserir; (iv) provocadas pelo esgotamento de um grau de jurisdição; e (v) ocasionadas pela realização de um ato incompatível com aquele que forma seu objeto⁴⁰⁸. Crisanto Mandrioli, a seu turno, fala em preclusões

⁴⁰⁴ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. v. I. Torino: UTET, 1952, p. 221.

⁴⁰⁵ RICCIO, *La preclusione...*, p. 14.

⁴⁰⁶ STEA, Carlo. *La teoria dei termini nel diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1912, p. 30.

⁴⁰⁷ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 65-66.

⁴⁰⁸ ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 568-570.

oriundas (i) do decurso de prazo improrrogável; (ii) do esgotamento de uma fase processual; (iii) da inobservância das formalidades previstas para a prática de certos atos; (iv) do desenvolvimento da própria instância processual; e (v) da incompatibilidade em relação a atos já realizados⁴⁰⁹.

A adoção desses ou de outros parâmetros depende da perspectiva de estudo adotada. Para o que nos propusemos com esta dissertação, revelam-se neste momento necessárias algumas ponderações acerca do que entendemos por preclusões *temporal*, *lógica*, *consumativa* e *hierárquica*, considerando que expressam a classificação que tem sido em geral adotada pela doutrina nacional⁴¹⁰.

11.1. Preclusão temporal

É recorrente a afirmação de que a preclusão temporal resulta do decurso do tempo previsto para o exercício do direito processual, sem a concretização do ato processual correspondente pela parte interessada. Já dizia Chiovenda que a preclusão deriva, ficando no que aqui importa, da inobservância da ordem legalmente prevista para o exercício das faculdades (*rectius*, ônus) processuais, como os prazos peremptórios ou a sucessão legal de atividades e exceções⁴¹¹.

⁴⁰⁹ MANDRIOLI, *Corso...*, p. 295.

⁴¹⁰ A propósito, vide: MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 175; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 129; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 338, nota n.º 111; ALVIM, *Manual...*, p. 502; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 574. Conforme observa Rocha, “É comum na doutrina encontrar-se menção às modalidades de preclusão temporal, lógica e consumativa, atribuindo-se tal classificação a Chiovenda. De fato, a já clássica tripartição bem se amolda à formulação de Chiovenda, embora não se possa, a rigor, atribuir-lhe o feito de haver classificado e batizado as hipóteses que descreveu. Deve-se a Riccio a primeira proposta de classificação das diversas modalidades de preclusão, muito embora a doutrina posterior tenha acolhido apenas em parte sua sistematização” (ROCHA, *Preclusão...*, p. 77).

⁴¹¹ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 233.

Tratando-se de definição contida inclusive nos CPC de 1973 e de 2015 (arts. 183, *caput*, e 223, *caput*, respectivamente) e notoriamente repetida inúmeras vezes em doutrina e jurisprudência, mais não é preciso dizer para se fixar a ocorrência de preclusão temporal quando os atos processuais são praticados *extemporaneamente*, seja porque decorrido prazo legal, seja porque superada uma fase do processo⁴¹².

A propósito, observa-se que sob a égide do CPC de 1973, os prazos peremptórios não admitem prorrogação mediante convenção entre as partes (art. 182), a qual, todavia, é permitida em relação aos dilatórios (art. 181); sob o regramento do CPC de 2015, por sua vez, tanto os peremptórios como os dilatórios podem ser alterados (dilatados ou reduzidos), nos termos de seus arts. 191 e 222. De todo modo, são preclusivos, em ambos os sistemas, tanto os prazos peremptórios, como os dilatórios⁴¹³; afinal, uma coisa é a natureza do prazo em si (peremptório ou dilatatório), outra é a consequência prevista em lei para seu transcurso *in albis* (preclusão)⁴¹⁴.

Por outro lado, queremos aqui destacar que a preclusão temporal não está reduzida à ideia de superação de cada um dos termos previstos para a prática dos atos processuais, tampouco pode ser redirecionada exclusivamente ao fechamento das fases que compõem o procedimento, sob o risco de restar limitada à ideia cronológica de tempo como *objeto de medida*, desprezando-se sua afinidade com a perspectiva de tempo como *momento adequado*⁴¹⁵, inegavelmente relevante para a adequada compreensão da problemática.

Nesse sentido, imprescindível verificar a relação entre o tempo e os atos processuais integrantes do procedimento, assim como entre o processo e a

⁴¹² Andrioli distinguiu a preclusão derivada do decurso infrutuoso de prazos previstos sob consequência de decadência daquela resultante do esgotamento de uma fase processual (ANDRIOLI, “Preclusione...”, p. 568-569). Ao nosso sentir, ambas as hipóteses são absolutamente reconduzíveis à acepção de preclusão temporal, inexistindo sentido em categorizá-las distintamente. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 34.

⁴¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 256.

⁴¹⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 131-132.

⁴¹⁵ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 72-73.

realidade que lhe é subjacente, para que se possa compreender o verdadeiro alcance da preclusão temporal, enquanto fenômeno resultante da inobservância do momento apropriado para o exercício dos direitos processuais, muito mais que do simples extrapolar de prazos legais ou fases processuais.

Sob essa perspectiva é possível compreender as relações entre preclusão temporal e (i) *princípio da eventualidade*, que determina que as partes proponham ao mesmo tempo, com a petição inicial e a contestação, todas as matérias de ataque e defesa, ainda que contraditórias entre si, e (ii) *princípio da estabilização da demanda*, que reputa defeso ao autor alterar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, após a citação, e em nenhuma hipótese depois do saneamento (CPC/1973, arts. 264 e 294; CPC/2015, art. 329), casos esses em que a preclusão incide não propriamente em virtude do decurso de prazo em horas, dias, meses, anos, mas sim pela superação do momento próprio para o exercício do direito.

Além disso, ficam esclarecidos os ônus de que sejam, sob a égide do CPC de 1973, *simultaneamente* apresentadas contestação e reconvenção (CPC/1973, arts. 299 e 315), ou que, segundo o regramento do CPC de 2015, a reconvenção seja deduzida *na própria contestação* (CPC/2015, art. 343). Compreende-se, ademais, como a preclusão temporal opera quando não apresentados quesitos e assistentes técnicos antes do início dos trabalhos do perito, quando não formulado pedido de reavaliação do bem penhorado antes de sua adjudicação ou alienação⁴¹⁶ etc.

⁴¹⁶ STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 128.195-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 10.2.2015, *DJe* 19.5.2015. Outros exemplos são extraíveis de julgados do STJ. Ilustrativamente: “A competência interna desta Corte é de natureza relativa, razão pela qual a prevenção ou a prorrogação indevida deve ser suscitada até o início do julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do art. 71, § 4º, do RISTJ” (STJ, 5.ªT., AgRg no AREsp 594.623-MT, rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, j. 3.2.2015, *DJe* 9.5.2015); “[...] a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irresignação apresentada por advogado sem procuração. Inteligência da Súmula 115/STJ” (STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 583.576-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 3.2.2015, *DJe* 6.2.2015).

11.2. Preclusão lógica

Consiste a preclusão lógica na impossibilidade de se exercer direito incompatível com comportamento anteriormente adotado no processo, sendo ela, sob certo prisma, “também consumativa, embora produza efeitos que transcendem o ato”⁴¹⁷, na medida em que “há preclusão para a pretensa nova prática do mesmo ato e também de outro incompatível com o que foi praticado”⁴¹⁸.

Essa exclusão se ampara na constatação de que “A contradição, a incoerência e a inconstância são inimigas de um processo ordenado e célere e, sobretudo, da boa-fé que deve nele imperar”⁴¹⁹. Nesse sentido, “Não se deve prestar o sistema processual a armadilhas, ardis ou manobras maliciosas, não sendo desejável que as partes possam surpreender constantemente uma à outra com condutas antagônicas”⁴²⁰.

Entre os exemplos sempre referidos pela doutrina a esse respeito, estão a inadmissibilidade de a parte recorrer de sentença ou decisão quando houver manifestado aceitação expressa ou tácita a seu respeito (CPC/1973, art. 503; CPC/2015, art. 1.000), de suscitar conflito de competência quando antes arguiu incompetência relativa (CPC/1973, art. 117; CPC/2015, art. 952)⁴²¹ e de produzir prova quanto a fato confessado⁴²².

⁴¹⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 477.

⁴¹⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 477.

⁴¹⁹ ROCHA, *Preclusão...*, p. 82.

⁴²⁰ ROCHA, *Preclusão...*, p. 82.

⁴²¹ A propósito, observa Rocha que “A doutrina ora identifica na norma hipótese de preclusão lógica, ora de preclusão consumativa para o réu. Na verdade, dá-se o exaurimento da faculdade [*rectius*, ônus] de opôr a exceção pelo só fato de já haver o réu se pronunciado a respeito, exercendo a faculdade de arguir a incompetência (preclusão consumativa), mas fica-lhe obstada, via de consequência, a contradição consubstanciada na defesa de posição contrária à anteriormente exercida quanto à competência (preclusão lógica)” (ROCHA, *Preclusão...*, p. 102). Ao nosso ver, oferecida exceção de incompetência incide preclusão consumativa sobre o direito de oferecer exceção de incompetência, mas preclusão lógica quando ao de suscitar conflito de competência.

⁴²² A propósito, já decidiu o STJ no sentido de que “o agravante, ao realizar o preparo prévio do recurso, praticou ato incompatível com o interesse de recorrer da decisão que indeferiu o benefício

Apesar disso, a preclusão lógica não está adstrita a hipóteses taxativas previstas em lei, exigindo coerência nas condutas processuais de modo geral, até por conta dos princípios da lealdade e da boa-fé, que inspiram o instituto. Outrossim, mesmo diante do princípio da eventualidade, que permite sejam lançados argumentos contraditórios na petição inicial e na contestação, não deixa de ter aplicação a preclusão lógica, tendo em vista a linha de subsidiariedade que os assinala⁴²³.

Por outro lado, embora a maior parte da doutrina venha sempre e sempre repetindo a ideia de que a preclusão lógica, inspirada no *nemo potest venire contra factum proprium*⁴²⁴, decorre necessariamente de condutas comissivas, sendo as posturas omissivas reconduzíveis à preclusão temporal⁴²⁵, entendemos ser possível, sim, pensar na exclusão do direito à prática de ato processual em decorrência de *inércia reiterada* do sujeito, que tenha produzido em seu adversário uma confiança merecedora de tutela.

da assistência judiciária, o que configura preclusão lógica” (STJ, 3.ª T., AgRg no AREsp 532.790-MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.12.2014, DJe 2.2.2015).

⁴²³ SICA, *Preclusão...*, p. 150. Em sentido diverso, Rubin aduz que nos casos envolvendo o princípio da eventualidade “não há espaço para aplicação da preclusão lógica, podendo, na verdade, cogitar-se da incidência da preclusão consumativa – a exigir que as partes tragam em uma determinada oportunidade todas as matérias, mesmo que incompatíveis, sob pena de não mais poderem ser apresentadas em momento processual posterior” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 113).

⁴²⁴ Com efeito, a preclusão lógica consubstancia “manifestação inequívoca da proibição do *venire contra factum proprium* no processo e, assim, da proteção que o sistema jurídico brasileiro empresta à boa-fé na sua dimensão objetiva, à segurança jurídica e à confiança legítima nas relações que nele têm lugar” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Propriedade industrial. Boa-fé objetiva. Proteção da confiança. Proibição do *venire contra factum proprium* no processo. Dever de não conhecer do recurso”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, n. 61, jan.-mar./2008, p. 181-193[186-187]). Segundo Cabral, de acordo com o entendimento dominante, são pressupostos para aplicação da vedação ao *venire contra factum proprium*: “(1) existência de dois atos sucessivos no tempo (o *factum proprium* e um segundo comportamento) praticados com identidade subjetiva do agente; (2) a incompatibilidade da segunda conduta com o comportamento anterior; (3) a verificação de uma legítima confiança na conservação da primeira conduta; e (4) a quebra da confiança pela contradição comportamental” (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 132).

⁴²⁵ Nesse sentido, explica Sica que “a preclusão lógica é *comissiva*, e não *omissiva* como a preclusão temporal. Nesta modalidade, a preclusão não é derivada da *inércia*, mas sim da efetiva prática de um ato antecedente e logicamente conflitante com o subsequente” (SICA, *Preclusão...*, p. 150).

Nesse sentido, Cabral evoca o instituto alemão *Verwirkung*, que diz respeito à hipótese em que “o sujeito permanece inativo durante um determinado espaço temporal, sem empreender nenhum ato jurídico que possa demonstrar racional tomada de posição para exercitar uma posição jurídica ativa”⁴²⁶, mediante o qual são reprimidas contradições comportamentais decorrentes de *factum proprium* omissivo, desde que o passar do tempo tenha ocasionado uma *confiança digna de ser protegida*⁴²⁷.

Salienta, a partir daí, que “a *Verwirkung* pode ter aplicação maior, no processo, quando não houver prazos legais ou judiciais rigidamente fixados”, porquanto nas hipóteses em que se conhece “o termo *ad quem* para a prática da conduta, não pode ser configurada confiança legítima em decorrência da omissão, ou seja, não chega a criar uma expectativa digna de tutela”⁴²⁸.

Com fulcro, então, nessa construção, Cabral defende que a preclusão lógica tem aptidão para alcançar também as situações em que a inatividade reiterada do sujeito quanto à adoção de certo comportamento processual implique um padrão de conduta produtor de expectativa legítima nos demais sujeitos processuais, ensejando impossibilidade de atuação futura⁴²⁹.

Sob tal perspectiva, de fato é possível identificar situações em que o direito processual há de ser excluído, por preclusão lógica, em virtude de postura omissiva assumida pelo sujeito. É pensar, exemplificativamente, na hipótese em que, instada, a parte deixa de depositar os honorários do perito, implicando a não produção da prova técnica: essa omissão lhe precluirá o direito de, posteriormente, sobrevindo sentença desfavorável a si, arguir em sede recursal ocorrência de cerceamento de defesa supostamente daí advindo⁴³⁰.

⁴²⁶ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 134.

⁴²⁷ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 135.

⁴²⁸ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 135.

⁴²⁹ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 121.

⁴³⁰ A propósito, já afirmou o STJ que “Ocorre a preclusão consumativa quando a parte não apresenta prova para a qual foi intimada a produzir, sendo incabível a alegação posterior de cerceamento de defesa” (STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 296.808-RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20.11.2014, DJe 28.11.2014). O caso, todavia, como exposto, não é propriamente de

Outro bom exemplo, mencionado por Cabral, é o de que se houver convenção contratual sobre a distribuição dos ônus probatórios (CPC/1973, art. 333, p.u.; CPC/2015, art. 373, § 3.º), é ônus das partes invocá-la na petição inicial e na contestação, ou até o momento de proposição das provas, de modo que havendo inação quanto a isso, indicaria que renunciaram à avença⁴³¹.

Por essas razões, endossamos aqui essa lição, para refutar a ideia de que as posturas omissivas sejam reconduzíveis necessariamente à preclusão temporal, na medida em que podem configurar preclusão lógica, quando diante da ausência de prazo processual fixado, tenham ensejado um padrão de conduta configurador de uma *confiança legítima*⁴³², merecedora de tutela. Tal percepção, aliás, é absolutamente extraível dos deveres de ética, lealdade e boa-fé, que ressamidamente norteiam o direito processual hodierno como um todo, e o instituto objeto de estudo em especial.

11.3. Preclusão consumativa

Há preclusão consumativa, de acordo com a tradicional acepção do instituto, nas hipóteses em que o ato correspondente ao direito processual objeto da preclusão já foi realizado, inadmitindo o ordenamento jurídico sua reiteração.

preclusão consumativa, porquanto resultante de omissão da parte, mas se aproxima mais propriamente da preclusão lógica, nos termos ora propostos.

⁴³¹ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 121.

⁴³² Nesta outra passagem, Cabral elucida o que se pode compreender por confiança legítima: “Para verificar, na prática, se fica caracterizada a *existência de confiança*, pode-se aferir se o prejudicado realizou gastos e despesas (investimento) com base na conduta anterior; ou ainda verificar se houve anúncio público, pelo prejudicado, de adesão às consequências do comportamento inicial. No processo, a confiança pode ser demonstrada a partir de declarações, documentos, pareceres, alegações (orais ou escritas), etc. Já a *legitimidade da confiança* é examinada, sobretudo, pela *imprevisibilidade da mudança do comportamento* que gerou a expectativa. Se a primeira conduta foi praticada pelo agente com a reserva de que seria contrariável no futuro, não há confiança legítima dos outros sujeitos. No processo, isso ocorre quando o litigante expressamente pronuncia-se pela possibilidade de reavaliação do comportamento no curso da demanda, o que evidentemente mantém uma relativa imprevisibilidade a respeito daquela conduta que impede a criação de um padrão estável a justificar a formação de confiança legítima e qualquer expectativa digna de tutela” (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 133-134).

Nesse sentido, aduz Cabral que “O desempenho de uma conduta impede que aquele mesmo sujeito, *ceteris paribus*, volte a praticá-la”⁴³³, baseando-se esse óbice “no princípio do *ne bis in idem*, na impossibilidade de repetição do mesmo ato”⁴³⁴ – o que emerge de vários dispositivos do CPC de 1973, como, *v.g.*, de seus arts. 158, 300, 303 e 473, correspondentes, no CPC de 2015, aos arts. 200, 336, 342 e 507.

Todavia, ao dizer que essa resulta do fato de já ter sido *validamente* exercida a faculdade (*rectius*, ônus) processual, Chiovenda ocasionou controvérsias no âmbito doutrinário acerca da existência, ou não, de preclusão consumativa quando inválido o ato praticado, assim como sobre a admissibilidade de emenda ou retificação do ato inadmissível dentro do prazo legalmente previsto para sua prática.

À análise da problemática dedicou-se Bedaque, defendendo a inexistência de preclusão consumativa em tal situação e a possibilidade de correção de falhas e de eliminação de vícios ou imperfeições dos atos processuais, desde que observado o prazo previsto para sua prática – com isso, *v.g.*, o autor admite que a parte complementa, no prazo legal de interposição, as razões de recurso já interposto ou interponha outro quando inadequado o primeiro.

Segundo Bedaque, para compreender a preclusão consumativa, “não se pode prescindir da *validade* do ato praticado no exercício de determinada faculdade ou no cumprimento de algum ônus”, porquanto “ao lado da celeridade processual está a instrumentalidade das formas e do próprio processo”, valor que “não pode ser desprezado na interpretação de qualquer instituto processual”⁴³⁵. Diante disso, ressalta, ainda, que:

Se no ato verifica-se a existência de defeito, a parte pode saná-lo se ainda não esgotado o prazo para sua realização. Mesmo porque, se não eliminado o defeito, o ato certamente não produzirá os efeitos a ele inerentes. Não se justifica, portanto, impedir a

⁴³³ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 119.

⁴³⁴ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 119.

⁴³⁵ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 144.

regularização, se realizada no prazo. Conclusão contrária implica apenas duplamente a parte, além de reduzir o tempo concedido para a prática regular do ato apenas por haver ela agido antes do termo final. Não se pode extrair desse comportamento renúncia ao período faltante, pois a antecipação não é ato incompatível com a regularização ou complementação realizada antes do encerramento do prazo.⁴³⁶

Sica também aceita tais possibilidades de emenda e de retificação⁴³⁷, asseverando que como a preclusão consumativa está inspirada na regra *ne bis in idem*, extingue a possibilidade de ser praticado um ato quando ele tiver sido realizado *validamente*, não havendo negar a possibilidade de emenda dos atos inadequados quanto à forma, desde que dentro do prazo legalmente previsto (se desatendido o prazo, operará preclusão temporal)⁴³⁸.

Em última análise, entretanto, Sica nega a própria existência dessa modalidade de preclusão no tocante à atividade processual das partes⁴³⁹ (embora a reconheça quanto aos poderes do juiz⁴⁴⁰), em virtude de nela não “identificar – de modo igualmente claro, como ocorre quanto à preclusão temporal e lógica – a

⁴³⁶ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 144.

⁴³⁷ SICA, *Preclusão...*, p. 120-127.

⁴³⁸ SICA, *Preclusão...*, p. 123-125.

⁴³⁹ SICA, *Preclusão...*, p. 151-153. Também rejeitando essa modalidade de preclusão, Estagnan escreve que “Desde el punto de vista procesal, es preferible adoptar un sentido *estricto* y definir la preclusión como el efecto de impedir o excluir una facultad procesal por no haberla ejercitado en tiempo y forma. Pertenece, por tanto, al ámbito de las cargas o deberes procesales y, en concreto, a la actitud de no empleo o inhibición que abandona y extingue la posibilidad de ejercicio de una facultad procesal. Quedan por tanto fuera de ella los supuestos de cumplimiento o consumación de las facultades procesales, que sí se aparecían referidos en las tesis chiovendianas, por no responder a la idea básica de precluir, esto es, de extinguir o impedir una cosa antes de tiempo, o como puntaliza BIELSA, de cerrar antes, no en el curso de una actividad” (ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 64-65).

⁴⁴⁰ Nas palavras do autor, “a despeito ainda de refutarmos a existência de preclusão consumativa para os direitos das partes, essa figura parece adequada justamente para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais, 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 265).

vocação de instituto destinado a impedir obstáculos à marcha do processo, ou de eliminar retrocessos”⁴⁴¹. Para o autor,

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 decurso do prazo. Se o prazo tivesse sido integralmente utilizado, contramarcha alguma haveria.⁴⁴²

Posicionando-se contrariamente a essa possibilidade, Moniz de Aragão assevera que realizado o ato, “não será possível tornar a praticá-lo, ou acrescentar-lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido”⁴⁴³. Paralelamente, Giannico sustenta que “Exercido determinado ônus processual, mesmo que de modo inválido, ainda assim está-se diante da perda da possibilidade de novamente exercê-lo”, porquanto a preclusão incide “pela *consumação* pura e simples do ato processual, não sendo relevante apurar, para fins de conceituação do instituto, se tal ato se encontra inquinado ou não de eventuais vícios, defeitos ou irregularidades”⁴⁴⁴. Todavia, abraçando a classificação proposta por Riccio⁴⁴⁵ e adotada por Barbosa⁴⁴⁶, Giannico enquadra tal hipótese em uma quarta categoria de preclusão, denominada *ordinatória*⁴⁴⁷.

Ao nosso ver, embora a preclusão resultante da consumação dos ônus processuais não corresponda propriamente à ideia básica de precluir – é dizer, “de

⁴⁴¹ SICA, *Preclusão...*, p. 152.

⁴⁴² SICA, *Preclusão...*, p. 152.

⁴⁴³ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 180.

⁴⁴⁴ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 53.

⁴⁴⁵ RICCIO, *La preclusione...*, p. 14.

⁴⁴⁶ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 35.

⁴⁴⁷ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 128. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “a rigor, esta espécie de preclusão [ordinatória] pode se assimilar perfeitamente à categoria mais ampla de preclusão consumativa” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 478).

extinguir ou impedir uma coisa antes do tempo, [...] de fechar antes, não no curso de uma atividade”⁴⁴⁸ –, e apesar de não estar expressa na acepção de Chiovenda, em princípio, a ideia de consumação da faculdade (*rectius*, ônus) quando *inválido* o ato processual consumado, não há negar a relevância de sua consideração, inclusive nesses casos de invalidade, para o adequado desenrolar procedimental.

Isso porque a admissão indiscriminada de reiteração e complementação dos atos processuais, ainda que respeitado o prazo, tumultuaria, sim, em certa medida, a marcha processual, revelando-se *antieconômica*⁴⁴⁹ e prejudicando a definição dos limites do que está sendo postulado e alegado, tanto para a parte adversa como para o juiz, com necessidade de que atentem aos diversos pedidos e alegações formulados em tantas peças quantas forem protocolizadas em apartado.

Bem da verdade, a premissa da *responsabilidade*⁴⁵⁰ dos litigantes e de seus patronos, que os compele a responder por seus atos e eventuais falhas⁴⁵¹, exige que exerçam seus direitos nos momentos adequados, em consonância com os parâmetros legais e cientes de que tudo o que fizerem interferirá no rumo do processo, embora indique, por outro lado, também a necessidade de se admitir a retificação e complementação dos atos processuais sempre que a imperfeição resulte de motivos não atribuíveis à parte prejudicada.

⁴⁴⁸ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 65.

⁴⁴⁹ A propósito, registra Cabral que “a regra do *ne bis in idem* romano recebeu uma reformulação mais refinada e racional de Wilhelm Sauer sob a denominação de princípio da unicidade (*Grundsatz der Einmaligkeit*). Sauer parte de uma relação meios-fins genericamente aplicável ao processo e, com base nessa ideia, a repetição de um ato com o mesmo escopo daquele repetido seria inútil, porque antieconômica, e ineficaz porque o ato posterior seria desprovido de qualquer finalidade. Trata-se de uma versão mais elaborada e voltada a interesses públicos presentes na atividade jurisdicional, embora atinja efeitos práticos similares ao *ne bis in idem*, tornando inadmissível a conduta repetida” (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 120).

⁴⁵⁰ Conforme destaca Riccio, “L’iniziativa, essendo libera, porta con sè l’*autoresponsabilità*, per cui sulla parte – e su essa soltanto – ricadono le conseguenze del non esercizio o dell’esercizio pigro o malaccorto; cioè alla libertà di iniziativa è collegato il rischio di conseguenze svantaggiose derivanti da una condotta deficiente o incauta. Questo principio, ispiratore del processo, serve al conseguimento delle finalità della giustizia, in quanto il rischio è il più energico stimolo ad una vigile e sagace condotta” (RICCIO, *La preclusione...*, p. 65). Bem aqui, é de se consignar que sendo a responsabilidade a mais pura expressão da autonomia particular, prescindível é o prefixo *auto*, de modo que aludiremos apenas a *responsabilidade*.

⁴⁵¹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 53, nota 125.

Parte dessa discussão, de todo modo, perde o sentido sob o regramento trazido pelo CPC de 2015. Isso porque ao prever, em seu art. 223, *caput*, que “Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual [...]”, esse Código acaba estabelecendo, ao nosso sentir, um *direito de emenda* dos atos processuais, a ser exercido, sob consequência de preclusão, dentro do prazo para a prática do ato em si. Por isso, com o advento desse Código a preclusão consumativa há de ser relida também sob essa perspectiva.

11.4. Breves parênteses: a “preclusão” hierárquica

Conforme afirmado em capítulo anterior, convencionou-se chamar de preclusão *hierárquica* o dever do Juízo *a quo* de se curvar às decisões proferidas pelo *ad quem* em sede recursal, diante da exclusão do poder de se manifestar contrariamente ao que lá ficou decidido. Desde logo, nota-se que nenhum poder do juiz é, nesse caso, tolhido, já que nunca lhe foi dado contrariar decisões proferidas nas instâncias hierarquicamente superiores. Mais uma vez, trata-se de óbice estabelecido para *reforçar* a autoridade das decisões judiciais, não para restringir posições jurídicas processuais, como fazem, de outro lado, as preclusões sobre os direitos das partes.

Bem da verdade, a impossibilidade de o juízo *a quo* contrariar decisão proferida pelo *ad quem* decorre da própria hierarquia judiciária, não sendo necessário desnaturar o instituto da preclusão e baralhar conceitos para se explicar esse fenômeno. Afinal, sequer existe sentido em se admitir que o juiz de instância inferior possa simplesmente desprezar as decisões proferidas na superior e manifestar-se contrariamente a elas, o que tornaria, inclusive, inócuo o recurso⁴⁵².

Além disso, a inviabilidade desse reexame se justifica tanto “pela perda de competência para cuidar da questão: com o recurso, o tema é transferido para

⁴⁵² ROCHA, *Preclusão...*, p. 152.

o conhecimento da instância superior e, assim, não cabe mais à instância originária dele se ocupar⁴⁵³, como pelo efeito substitutivo dos recursos, mediante o qual a decisão do Juízo inferior é substituída pela do superior⁴⁵⁴. Destarte, também por isso não se confunde o óbice em menção com preclusão.

Em última análise, é *dever* do juiz observar o que ficou resolvido nas instâncias que lhe são superiores, sob pena inclusive de *sanções* disciplinares. No caso de decisões do STJ e do STF, a violação a esse dever enseja até mesmo o cabimento de reclamação, voltada a “preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões” (Lei n.º 8.038/1990, art. 13), essa cabível também em relação a decisões de alguns tribunais locais, quando houver previsão regimental. E dizendo respeito a deveres e sanções, percebe-se novamente como a dita preclusão hierárquica de preclusão propriamente não se trata.

12. Racionalidade

O que até agora foi dito demonstra absoluta intranquilidade quanto aos contornos do instituto estudado, já que tudo o que lhe diz respeito é objeto de controvérsia. Com efeito, questiona-se sua utilidade científica, sua necessidade, originalidade e pertinência processuais, seu conceito, seu objeto (faculdades, direitos, poderes, ônus), sua natureza jurídica, seu âmbito de incidência, suas modalidades⁴⁵⁵.

O único ponto em que parece, em linhas gerais, concordar a doutrina diz respeito à *racionalidade* da preclusão, enquanto mecanismo destinado a atender não à necessidade de *justiça* das decisões, mas às exigências *publicísticas* de que o desenrolar processual seja *ordenado e célere*, embasado nos princípios da *isonomia*, da *lealdade processual*, da *responsabilidade* das partes e de seus procuradores.

⁴⁵³ ROCHA, *Preclusão...*, p. 152.

⁴⁵⁴ ROCHA, *Preclusão...*, p. 152.

⁴⁵⁵ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 29-30.

Conforme assevera Barbosa, a preclusão é “imperativo de que decorre a necessidade de serem todos os atos e faculdades exercitados no momento e pela forma adequados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais”⁴⁵⁶, além de ser “instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica”⁴⁵⁷.

Igualmente, Antonio Carlos Marcato consigna que o desenrolar processual deve ser ordenado, coerente e regular, garantindo certeza e estabilidade às situações processuais “sob pena de retrocessos e contramarchas desnecessárias e onerosas que colocariam em risco não só os interesses das partes em litígio mas, principalmente, a majestade da atividade jurisdicional a ele voltada”⁴⁵⁸.

Por sua vez, Moniz de Aragão aduz que o princípio de preclusão está fundamentado no de *isonomia constitucional* (de que deflui o *contraditório*) e no de *lealdade processual*, “facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto”, qual seja, o de liberdade, e desse modo “proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos”⁴⁵⁹.

Manoel Caetano Ferreira Filho igualmente salienta que o escopo da preclusão é “tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedido e livre de contradições ou de retorno” e garantir, no mesmo passo, a certeza das situações jurídicas processuais e a boa-fé processual (o “jogo franco e leal”, nas palavras de Mortara)⁴⁶⁰. Também Bedaque aduz que a razão de ser e a finalidade da preclusão estão ligadas ao interesse público, “consistente em assegurar a simplificação, a rapidez e a eficiência do

⁴⁵⁶ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 50.

⁴⁵⁷ BARBOSA, *Da preclusão...*, p. 50.

⁴⁵⁸ MARCATO, “Preclusões...”, p. 105-106.

⁴⁵⁹ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 150.

⁴⁶⁰ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 29.

instrumento”, enfatizando, com isso, “a separação temporal entre as fases do procedimento” e racionalizando “a sequência dos atos processuais, todos voltados ao mesmo fim – qual seja, a produção da tutela jurisdicional”⁴⁶¹.

Nada distante, Theodoro Júnior afirma que de diversas maneiras o Estado-juiz cumpre sua “tarefa de eliminar os obstáculos à regular marcha do processo e de tornar efetivo o ideal de rápida composição do litígio”, sendo a preclusão o mais eficiente “de todos os mecanismos com que o processo conta para implementar esse objetivo”.⁴⁶² Nessa mesma linha destaca Rui Portanova que “a preclusão é instituto essencial ao processo, enquanto considerado marcha à frente”, já que sem ela correria o risco de se tornar interminável⁴⁶³.

Ainda a propósito, Cabral explana que “A preclusão é um fenômeno da essência do processo, cujo encadeamento de atos teleologicamente destinados a um fim comum exige um “caminhar” sempre adiante”⁴⁶⁴. Afinal, “Se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores, o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado”, desatendendo ao princípio constitucional da duração razoável⁴⁶⁵.

No entanto, mesmo diante de tal consonância doutrinária a respeito da racionalidade da preclusão, alguns aspectos das lições acima mencionadas merecem ser destacados e refletidos, mormente para que seja o instituto compreendido e interpretado do modo mais consentâneo possível com o atual sistema de garantias processuais constitucionais. São eles: a) preclusão, justiça, segurança jurídica; b) razões publicísticas da preclusão; c) preclusão e responsabilidade; e d) preclusão, contraditório-cooperação e lealdade processual.

⁴⁶¹ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 127.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, “A preclusão...”.

⁴⁶³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 174.

⁴⁶⁴ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 117.

⁴⁶⁵ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 117.

12.1. Reflexão: preclusão, justiça, segurança jurídica

É recorrente a afirmação de que, estando legitimada pelo compromisso estatal com a *rápida e ordenada* composição dos litígios⁴⁶⁶, a razão de ser da preclusão não está na *justiça* dos provimentos judiciais⁴⁶⁷, tampouco na busca pela *verdade* dos fatos, senão na boa organização e no impulsionamento do processo rumo ao seu fim, amparando-se, então, nos valores *segurança jurídica, efetividade*⁴⁶⁸ e *certeza* das decisões⁴⁶⁹.

Trata-se de reflexo de uma preocupação recorrente no direito processual, que historicamente oscila entre a necessidade de decisão rápida e a de defesa do direito das partes: “O aumento de intensidade nas medidas para alcançar um desses objetivos implica, quase sempre, o distanciamento do outro; a um processo muito rápido corresponde geralmente a restrição na defesa do direito por parte do réu”⁴⁷⁰, ao passo que “a uma garantia muito desenvolvida dessa defesa corresponde um processo moroso”⁴⁷¹.

Nesse sentido, explica Manoel Caetano Ferreira Filho que:

⁴⁶⁶ Conforme salienta Dinamarco, “o instituto da *preclusão* tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio a regras que regem a ordem sequencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela *aceleração processual*” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 633, p. 466-467).

⁴⁶⁷ Nas palavras de Manoel Caetano Ferreira Filho, “o instituto da preclusão, por visar à celeridade do processo, é totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão: o que se pretende com a preclusão é apenas abreviar ao máximo possível a duração do processo, pouco importando que isso implique em uma sentença injusta” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 15).

⁴⁶⁸ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 80.

⁴⁶⁹ Segundo lição de Carratta, “È quel che evidenzia la dottrina, che si è occupata dell'argomento, quando sottolinea che la finalità del principio di preclusione va ricercata in un'aspirazione alla certezza che prevale rispetto all'aspirazione alla giustizia o, se si vuole, alla verità” (CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 21).

⁴⁷⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 515.

⁴⁷¹ BARBI, *Comentários...*, v. 1, p. 515.

Os estudiosos do direito processual, em especial do direito processual civil, sempre buscaram atingir um processo que atendesse a duas necessidades fundamentais da sociedade: certeza e estabilidade das relações jurídicas, de um lado, que por sua vez requerem uma decisão o quanto antes possível; e, de outro lado, que os litígios sejam decididos da forma mais justa que a contingência humana possa alcançar. Numa palavra: um processo rápido e uma sentença justa.

Estes dois ideais, no entanto, apresentam-se antagônicos: quanto mais oportunidades forem concedidas às partes para apresentarem suas razões e provas, mais possível será a obtenção de uma sentença justa; isto, todavia, desatende à necessidade de que o processo se desenvolva com a maior rapidez possível.⁴⁷²

Todavia, é necessário a esse respeito reconhecer que o fato de estar orientado por um regime preclusivo não implica, por si só, que o processo vá resultar mais célere, até porque isso depende de fatores exógenos a ele, como os recursos de que dispõe o Poder Judiciário, a carga de trabalho que recai sobre os juízes *etc.*⁴⁷³; ademais, não se mostra correto dizer *a priori* que a rapidez quanto à consecução dos atos processuais será preferível em todas as ocasiões⁴⁷⁴, tampouco se pode fazer dela um fim em si mesma⁴⁷⁵. Por outro lado, é evidente que um sistema processual excessivamente preclusivo e, ainda assim, moroso revela-se absolutamente irracional, além de desinteressado na justiça substancial⁴⁷⁶.

⁴⁷² FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 12-13. Também Guarneri destaca que “Nella scelta della soluzione ottima il legislatore deve tener conto di due esigenze contrastanti: da una parte vi è l’interesse al raggiungimento della verità, il quale consiglia di dar corso in ogni momento a qualsiasi richiesta, deduzione ed eccezione, potendo da esse provenire al giudice elementi utili all’accertamento della verità; dall’altra, vi è l’interesse alla rapidità, alla buona fede e all’economia processuale, il quale porta necessariamente a prescrivere un ordine e un coordinamento tra gli atti processuali” (GUARNERI, “Preclusione...”, p. 571).

⁴⁷³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 98-110.

⁴⁷⁴ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 18.

⁴⁷⁵ NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977, p. 63.

⁴⁷⁶ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile nello Stato democratico”. *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 5-25[11].

Na verdade, o que a preclusão busca, ao exigir que os atos processuais se realizem em conformidade com certas exigências formais, mais do que celeridade, é *eficiência processual* (que se traduz em um *slogan*: “nenhuma atividade processual inútil!”⁴⁷⁷), com otimização dos recursos processuais e promoção, na medida do possível, de maior segurança jurídica tanto para a parte que se desincumbe de seus ônus processuais, como para a adversária, que não se verá surpreendida por uma alegação tardia ou pelo exercício reiterado de um direito processual⁴⁷⁸. Nesse sentido, o princípio da eficiência processual “transcende a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de freiar gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual”, mas sim “à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível”⁴⁷⁹.

Nada obstante, não há excluir a necessidade de se verificar, diante das situações em concreto, os casos em que as normas preclusivas devem efetivamente prevalecer, e quando sobressaem as necessidades de justiça e de se perseguir a verdade dos fatos sobre os quais o juiz é chamado a se pronunciar. Nessa linha, embora seja a celeridade processual um objetivo a ser visado, não se pode deixar mutilar as garantias⁴⁸⁰, seja de observância do direito objetivo, seja de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros⁴⁸¹. É lembrar a

⁴⁷⁷ “Una categoria vecchia ma – per così dire – rimessa a nuovo è proprio il principio di preclusione. Da dove scaturisce questo principio? Il fondamento è chiaro, anzi chiarissimo e non bisogna fare neppure troppa fatica per trovarlo: si tratta del principio di ragionevole durata del processo. Un principio, peraltro, stranissimo. Sembra, infatti, un'esortazione, un augurio, un ideale cognitivo del legislatore costituzionale, un invito ad accelerare i tempi del processo, lavorando di più. Ma non è esattamente questo. Principio di ragionevole durata del processo significa principio di efficienza processuale che, a sua volta, si traduce in uno slogan: ‘nessuna attività processuale inutile!’” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. “Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno”. *Il principio di preclusione nel processo penale*. A cura di Luca Marafioti e Rosita Del Coco. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 1-7[3]).

⁴⁷⁸ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 18.

⁴⁷⁹ LACERDA, *Despacho...*, p. 6.

⁴⁸⁰ ASSIS, Araken de. “Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil”. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 196.

⁴⁸¹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1974, p. 382.

percepção de Hélio Tornaghi, segundo quem o acerto da decisão prevalece sobre sua presteza, não se admitindo que a ligeireza se converta em leviandade, que a pressa acarrete irreflexão: “O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão”⁴⁸².

Sob essa perspectiva, não se pode descuidar de que as técnicas de ordenação processual, como é o caso da preclusão, constituem instrumentos em prol dos verdadeiros fins (materiais) do processo, não assumindo valor absoluto, mas voltando-se para sua efetividade, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que as legitimam no contexto jurídico-social e político⁴⁸³. Logo, “há que se evitar, tanto quanto possível, que as formas sejam um entrave à plena consecução dos escopos processuais, que sufoquem a substância do direito”⁴⁸⁴.

Por essas razões, reputamos necessário relativizar a preclusão sempre que evidenciado que seu reconhecimento, além de não servir à otimização da celeridade e da efetividade do processo, redundará em manifestas injustiças, proporcionando tutela jurisdicional a quem não lhe faz jus⁴⁸⁵. Afinal, uma decisão judicial que solucione o litígio submetido à apreciação estatal revela-se notoriamente insuficiente quando não convença, ainda que minimamente, as partes de seu acerto, deixando com isso de apaziguar as relações conflituosas.

Em última análise, aliás, se a própria coisa julgada admite relativização – inclusive mediante manejo de ação rescisória –, tendo em vista a necessidade de tutelar outros valores além do da segurança jurídica, ¿por que não a comportaria a preclusão, quando para possibilitar que o resultado do processo se aproxime da vontade do direito material?⁴⁸⁶ É o que leciona Bedaque, ao asseverar que:

⁴⁸² TORNAGHI, *Comentários...*, v. 1, p. 382.

⁴⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁴⁸⁴ ROCHA, *Preclusão...*, p. 64.

⁴⁸⁵ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 128.

⁴⁸⁶ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 128-129.

[...] deve o intérprete levar em conta os interesses em jogo. *Segurança e celeridade* não podem ser considerados os valores mais importantes do processo, a ponto de preterirem outros, tão ou mais relevantes. A justiça das decisões, representada pela solução juridicamente adequada à situação concreta, é o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional.

Como outros institutos ligados à técnica processual, a preclusão não é simples mecanismo de que se vale o legislador, com a finalidade de melhor organizar o método por ele adotado para solucionar as crises verificadas no plano material. Não se justifica interpretar as regras instrumentais com rigor formal exagerado, de modo a comprometer o próprio resultado pretendido. Sempre que isso ocorrer, os meios transformam-se em óbices.⁴⁸⁷

No mesmo sentido, Cabral defende que “há razões para um abrandamento da preclusão, com o aumento das possibilidades de modificação da posição estável”, porquanto “a complexidade da vida, constantemente refletida no processo, pode revelar a necessidade de rediscussão quando alterações significativas demonstrem que a estabilidade anterior não deva ser mantida”⁴⁸⁸. E arremata que “No direito contemporâneo, onde a segurança absoluta não é a ‘pérola rara’ aos olhos do jurista, crescem em importância outros valores, como a busca por correção e justeza procedimental, a isonomia, a efetividade e a celeridade”⁴⁸⁹.

Diante disso, mister identificar e estruturar um regime preclusivo *equilibrado*, hábil a assegurar a duração razoável do processo e a segurança jurídica, porém, ao mesmo tempo, apropriada possibilidade defensiva às partes, acomodando, assim, as necessidades de *certeza* e de *justiça* da decisão⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 129.

⁴⁸⁸ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 309.

⁴⁸⁹ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 309.

⁴⁹⁰ CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 23. Conforme consignou Calamandrei, o melhor modo para se promover celeridade processual “è certo quello di costruire nel procedimento un compiuto sistema di preclusioni, che, a guisa di sbarramenti sempre più rigorosi, chiudano l’adito allo stillicidio delle difese ritardate in malafede. Ma anche qui non bisogna dimenticare che ogni legge processuale deve rappresentare il punto di equilibrio fra due esigenze che in ogni campo dell’attività umana assai volte si trovano in conflitto: il *presto* e il *bene*” (CALAMANDREI, Piero. “Sul progetto preliminare Solmi”. *Studi sul processo civile*. v. IV. Padova, 1939, p. 107 e ss.). Cruz e Tucci, no

Segundo entendemos, o caminho para esse propósito é conferir ao órgão judicial certa margem de discricção no manejo das preclusões, que lhe possibilite temperar os excessos, considerando as peculiaridades das situações concretas que lhe são submetidas à apreciação e identificando aquelas em que a busca pela verdade dos fatos e pela justiça da decisão devem prevalecer sobre os valores (certeza, celeridade, segurança) tutelados por meio das normas preclusivas.

12.2. *Segue. Razões publicísticas da preclusão*

O caráter *eminentemente público* da preclusão é ressaltado e explicado pelo próprio Chiovenda, ao dizer que “O Estado tem a definição do litígio pela via mais rápida e com o mínimo possível de atividades processuais: o Estado tem pressa de liberar seus órgãos do peso e da responsabilidade do processo”⁴⁹¹. Nessa linha, Carratta registra que o princípio de preclusão assume sempre uma “*coloritura pubblicistica*”, de instrumento destinado não apenas ao ordenado e zeloso desenvolvimento do processo, mas também a tornar concreto e cogente o dever das partes de colaborar com sua razoável duração⁴⁹².

mesmo sentido, aduz que: “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição do grau de efetividade da tutela jurisdicional” (CRUZ E TUCCI, *Tempo...*, p. 66).

⁴⁹¹ Nas palavras de Chiovenda, “Là dove si vedono tante cose difficili, a noi pare di vedere, in tutti questi casi ravvicinati e aggruppati, una cosa molto semplice, un principio assai chiaro di carattere eminentemente pubblico, il quale può certamente essere discusso nella sua razionalità, e nella sua corrispondenza alle esigenze del processo moderno, ma non cessa per questo d’informare il nostro diritto positivo. Lo Stato tende alla definizione della lite per la via più rapida e col minimo possibile impiego d’attività processuale: lo Stato ha fretta di liberare i propri organi dal peso e dalla responsabilità del processo. Pur garantendo alle parti la maggior libertà di difesa, la legge procede per via di *preclusioni*, in ogni caso in cui da considerazioni generali, e più o meno esatte, di equità approssimativa, di probabilità, di normalità, si sente autorizzata a farlo. Questo istituto della preclusione trova riscontro ad ogni modo, sebbene in diversa misura, nei processi d’ogni tempo” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Del sistema negli studi del processo civile”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1993, p. 237).

⁴⁹² CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 19-20.

A legitimidade dessa razão *publicística*, todavia, é absolutamente questionável nos dias de hoje, em que se mostra mais adequado dizer que são as partes que têm o direito (fundamental) de obter uma resposta jurisdicional em tempo razoável – garantia essa entre nós erigida ao patamar constitucional (CF, art. 5.º, inc. LXXVIII) –, e não o Estado pressa em se livrar o mais breve possível do processo⁴⁹³. Ademais, é de se convir que já não estamos diante de realidades (público-privado) contrapostas, mas sim complementares e justificadas pelas exigências de *efetividade da tutela jurisdicional*, o que também vem temperar o sentido da preclusão como limite público ao poder de disposição das partes⁴⁹⁴.

Esses direitos fundamentais – à razoável duração e à efetividade do processo – vinculam o Poder Judiciário e o obrigam a conformar adequadamente a distribuição da Justiça, apreendendo e adotando as técnicas processuais concebidas para promover tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional, não praticando atos que de forma injustificada retardem o processo e eliminando insatisfações com justiça e em conformidade com o direito⁴⁹⁵.

A tempestividade ora enaltecida, interessa acentuar, obviamente não significa construção de processos instantâneos⁴⁹⁶, com atropelo de outras garantias fundamentais igualmente merecedoras de atenção, mas sim priorização pela inexistência de dilações infundadas, que coloquem em risco a própria tutela jurisdicional a ser ao final concedida. Em outras palavras, “deverá o processo ter duração que não importe no fenecimento do direito posto em causa, vale dizer: a

⁴⁹³ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 43-44.

⁴⁹⁴ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 56.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 18; DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 331.

⁴⁹⁶ ROCHA, *Preclusão...*, p. 67. Na mesma linha, afirma Giannico que: “É natural que a prestação jurisdicional final de mérito não possa ser oferecida com prontidão. A atividade cognitiva do juiz e as múltiplas oportunidades dadas às partes para participarem em contraditório de todos os atos processuais necessitam de um prazo mínimo para sua concretização. Afinal, a decisão final de mérito, apta a adquirir o *status* de imutável, deve obrigatoriamente ser concebida mediante cognição vertical ampla e irrestrita” (GIANNICO, *A preclusão...*, p. 11).

jurisdição deverá agir e concretizar o direito controvertido dentro de um tempo apto ao gozo desse direito”⁴⁹⁷.

Nesse caminhar, é preciso articular com dois aspectos emergentes do tema “tutela jurisdicional efetiva”: o *primeiro* corresponde à exigência de que os remédios processuais sejam *acessíveis* a quem quer que tenha necessidade de atuar um direito próprio, além de *razoavelmente eficientes* em termos de *tempo*, *custos* e *atividades* necessárias a sua consecução, e que, enfim, garantam *resultados adequados* à natureza da situação concreta carente de tutela⁴⁹⁸; o *segundo*, por sua vez, resulta da proliferação de situações concretas carentes de tutela em que as técnicas ordinárias se revelam insuficientes, implicando necessidade de se diversificar os modelos de processo e os remédios jurisdicionais⁴⁹⁹.

A cada um desses tópicos há de se mostrar sensível o fenômeno preclusivo. Com isso, não se pode, ao nosso ver, falar em preclusão quando decorrente de manifestas deficiências de acesso à Justiça, tampouco há de ser priorizada essa exclusão quando não direcionada a promover efetividade, tempestividade e segurança à tutela almejada, especialmente se conflitante com outros valores igualmente merecedores de atenção. À pluralidade de modelos de processo e de remédios jurisdicionais, por sua vez, deve corresponder uma

⁴⁹⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 103.

⁴⁹⁸ São as palavras de Comoglio, Ferri e Taruffo em: COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni...*, p. 32. Prosseguem, a respeito, os autores afirmando que “Si tratta di condizioni solo apparentemente ovvie. In realtà, la loro specifica individuazione deriva da una lunga e complessa opera di interpretazione delle garanzie fondamentali del processo [...], e la loro concreta attuazione implica la soluzione di complicati problemi economici, istituzionali e sociali, oltre che di rilevanti difficoltà tecnico-giuridiche. In realtà, la costruzione di un sistema che davvero assicuri una tutela giurisdizionale rispondente a questi requisiti è un'operazione estremamente difficile per qualsiasi ordinamento” (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni...*, v. I, p. 32).

⁴⁹⁹ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni...*, v. I, p. 32-33. A propósito, igualmente salienta Luiz Guilherme Marinoni que “a proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinariedade” (MARINONI, *Tutela antecipada...*, p. 14). Nada distante, Bedaque destaca a insuficiência do sistema de tutelas judiciais, de modo que “A busca de alternativas mais eficazes é tarefa inadiável, mormente em razão do contínuo surgimento de novos interesses” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16).

diversificação também das preclusões operantes, em absoluta consonância com as especificidades das situações concretas ajuizadas.

Sob essa perspectiva, ganham relevo as observações de Barbosa Moreira, de que “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que deem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam nossa mais cuidadosa atenção”⁵⁰⁰, e de que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”⁵⁰¹.

Avulta, destarte, a importância do *manejo apropriado das normas preclusivas*, o qual, ao nosso sentir, conforme já alinhavado, há de ficar a cargo do juiz, para assim poder considerá-las à luz das necessidades dos casos concretos litigiosos, preenchendo com isso as lacunas que o ordenamento jurídico não pode antever, especialmente porque respeitantes às partes litigantes, ao direito material discutido em juízo, às dificuldades de acesso à Justiça no caso verificadas. Nesses termos, as preclusões vêm conferir ao processo ritmo condizente com uma duração que seja, *no caso*, reputada razoável, repelindo riscos de inefetividade do provimento *em concreto* pretendido.

12.3. Ainda: preclusão e responsabilidade

Considerando sua potencialidade de comprometer a plena cognição da controvérsia submetida à apreciação jurisdicional e de implicar, por consequência, decisões injustas, não se pode descuidar de que mais do que opções legislativas de cunho técnico, as normas preclusivas manifestam *opções ideológicas, éticas, moralizantes*. Elas expressam o desejo de se evitar que os litigantes reservem seus melhores argumentos para fazê-los valer apenas quando creiam que o adversário não estará em condições de se defender adequadamente, impondo-

⁵⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual*. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

⁵⁰¹ BARBOSA MOREIRA, “Efetividade...”, p. 23.

lhes que deixem, desde o início, fixas e claras suas posições, e primando para que o processo se desenvolva de forma leal e aberta.

Bem por isso é que as normas preclusivas devem ser concebidas e interpretadas como normas de imputação de *responsabilidade*⁵⁰² pelas condutas assumidas pelas partes no curso do processo, que precisam estar sempre e sempre cientes de que suportarão, na própria esfera jurídica, as consequências de seus atos e de suas omissões. Nessa linha, a responsabilidade diz respeito à esfera dos interesses do sujeito agente, relacionando-se estreitamente com o conceito de *ônus* (e, por conseguinte, com o de preclusão), que não implica *vinculum juris* em relação a outrem, mas sim “uma valoração econômica em sentido lato sobre a *oportunidade* de se adotar determinado comportamento para obter certo resultado”⁵⁰³.

Portanto, a preclusão responsabiliza os sujeitos litigantes, disciplinando o cumprimento das atividades e o exercício das prerrogativas processuais, a fim de possibilitar um ordenado e diligente desenrolar procedimental. Apesar disso, a análise da responsabilidade das partes não pode desprezar uma diferença precisa das condutas processuais comissivas em relação às omissivas, pois enquanto aquelas constituem iniciativas inequivocamente voltadas à tutela de interesse próprio, estas portam consigo intrínseca carga de ambiguidade⁵⁰⁴.

Com efeito, conforme acentua Remo Caponi, a inatividade processual pode decorrer de uma opção da parte por renunciar ao cumprimento do ônus processual, ou de sua negligência a propósito, ou, ainda, da ocorrência de um fato a ela não imputável, que a tenha impedido de agir⁵⁰⁵. A partir daí, é necessário

⁵⁰² BETTI, *Diritto...*, p. 59. “Il ricorso a tale meccanismo o espediente o principio [preclusão], infatti, si giustifica con l’opportunità soprattutto dei sistemi processuali moderni (in quanto ispirati almeno tendenzialmente alla prevalenza del principio dispositivo) di dare la dovuta rilevanza all’autoresponsabilità delle parti nel processo per ciò che fanno o non fanno: è propria del processo improntato al principio dispositivo la regola per cui ‘la parte ha da sopportare le conseguenze di ciò che afferma o non afferma; di ciò che nega o ammette; di ciò che prova o non prova; di ciò che dice o tace; in breve, del suo contegno processuale’ (CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 17).

⁵⁰³ PUGLIATTI, Salvatore. “Autoresponsabilità”. *Enciclopedia del diritto*. v. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 454.

⁵⁰⁴ CAPONI, *La rimessione...*, p. 49.

⁵⁰⁵ CAPONI, *La rimessione...*, p. 49.

reconhecer que apenas nas duas primeiras situações poderão ser imputados à parte os prejuízos decorrentes do não atendimento do ônus e da consequente exclusão do direito respectivo; quanto à última, deve o sistema oferecer mecanismos que possibilitem o cumprimento extemporâneo do ônus processual⁵⁰⁶, até para que a consideração eficiente do processo que serve de base à preclusão não reduza sua realidade garantística.

Sob essa perspectiva, são precisamente as garantias processuais que poderão justificar que se confira à parte nova oportunidade para o cumprimento do ônus ou, pelo contrário, que opere a preclusão. Nesse sentido, aliás, é que devem ser compreendidas as normas constantes dos arts. 245, p.u., e 183 do CPC de 1973, equivalentes aos arts. 278, p.u., e 223 do CPC de 2015⁵⁰⁷, segundo as quais se admite que o juiz restitua prazo para a parte praticar ato processual quando demonstrado impedimento legítimo quanto à alegação de nulidade processual ou que a ausência de sua realização oportunamente se deu por justa causa. As preclusões devem ser relativizadas sempre que resultantes de fatos não atribuíveis à parte por elas prejudicadas.

Assim, v.g., enfermidade do advogado pode justificar a reabertura do prazo, desde que imprevisível e hábil a obstar a prática do ato processual, porquanto “exigir do causídico, vítima de mal súbito e transitório, que substabeleça a qualquer um o seu mandato [...] é forçá-lo a não só trair a confiança de seu constituinte [...], mas também a contribuir para a deslegitimação da decisão final”⁵⁰⁸. Do mesmo modo, equívoco quanto a informação prestada pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário não pode ser imputado à parte, havendo que se possibilitar, em tal situação, a admissão do ato processual extemporaneamente realizado ou a reabertura do prazo, em consonância com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

⁵⁰⁶ CAPONI, *La rimessione...*, p. 49-50.

⁵⁰⁷ *A rimessioni in termini*, do direito italiano, e a *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, dos países de tradição germânica também estão voltadas à eliminação dos efeitos das preclusões temporais, assemelhando-se à “devolução de prazo” brasileira, inexistindo também naqueles sistemas previsão de qualquer remédio para as preclusões lógica e consumativa (CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 137-140).

⁵⁰⁸ RUBIN, *A preclusão...*, p. 112-113.

Para além disso, é de se reconhecer que embora constitua garantia contra a chicana, a protelação, a ocultação da situação fática, o *princípio da eventualidade* representa também risco de exclusão de alegações e pedidos omitidos sem culpa pela parte, até porque frequentemente mostra-se inviável expor de forma compreensiva todos os aspectos do litígio já no início da demanda⁵⁰⁹. Afinal, “Os arrazoados da contraparte eventualmente conterão sugestões e novas ideias: ou o ponto crucial somente será desvendado pela inquirição do juiz, quando da ouvida das testemunhas, ou até no momento da prolação da sentença”⁵¹⁰.

Nesse caminhar, conquanto a concentração e a estabilização do pedido e da *causa petendi* conformem em regra limites a serem precisamente observados pelo órgão judicial, é necessário que o sistema preveja mecanismos que possibilitem ao autor, desde que demonstrada sua boa-fé, a modificação da demanda na primeira audiência dos debates, depois de elucidados os fatos que lhe deram ensejo⁵¹¹. O controle da admissibilidade dessa alteração, outrossim, há

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 173-174.

⁵¹⁰ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 174.

⁵¹¹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 176. Conforme destaca Rubin, “a possibilidade de alteração da causa de pedir e pedido na audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC determinaria um novo e forte prestígio a esse momento processual, incentivando a oralidade e a consequente maior colaboração das partes no feito. Agregando à audiência preliminar esse importante e necessário ingrediente, razoável flexibilizador da regra da eventualidade, estar-se-ia despertando, e maior escala, o interesse das partes, e do próprio diretor do processo, na realização dessa inicial audiência – com todas as suas etapas (inclusive a tentativa de conciliação amigável); sendo essa uma válida tentativa na resolução mais célere dos litígios, muitos dos quais acabam se perdendo no labirinto das provas e das exclusivas manifestações escritas” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 259). Nessa linha, afirma Teixeira que “A maior flexibilidade na fase postulatória, permitindo-se alterações da *causa petendi* e do pedido até a audiência prevista no art. 331 do CPC, à semelhança do que ocorre na Itália e na Espanha, possibilitaria uma melhor delimitação dos termos da controvérsia, podendo também evitar novas demandas entre os litigantes, em benefício da economia processual e da otimização da prestação jurisdicional. Trata-se, pois, de uma mitigação ao princípio da eventualidade, cuja rigidez com que é aplicado no direito brasileiro certamente reclama alterações legislativas, de modo a possibilitar que as partes, após as alegações trazidas pelo adversário, possam modificar ou complementar as alegações, os pedidos e as exceções apresentados na petição inicial e na contestação (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 322).

de ficar a cargo do juiz, independentemente, ademais, até para que encontre aplicabilidade, da anuência do réu⁵¹².

No mesmo sentido, inexistente prejuízo em se admitir a inserção de novos pedidos e causas de pedir decorrentes de fatos supervenientes ao ajuizamento da demanda, desde que constitutivos do mesmo direito cuja tutela é pretendida pelo autor⁵¹³. Tal solução, conforme destaca Bedaque, por implicar desnecessidade da propositura de nova demanda, enaltece o princípio da economia, justificando-se, com isso, a regra da estabilidade apenas “diante de fatos já existentes à época da propositura da demanda, pois o autor poderia tê-los invocado”⁵¹⁴.

As mesmas razões, ademais, impõem que também ao réu seja possibilitado tecer novas alegações depois da contestação, desde que demonstrada sua boa-fé e que sejam as omissões decorrentes de causas a ele não atribuíveis; afinal, tanto a limitação como o elastecimento do exercício dos direitos processuais só se mostram legítimos quando operem por igual para ambas as partes.

Imprescindível, para além disso, liberalizar a arguição de novas questões fáticas também perante o juízo de apelação, sempre que tenha a parte deixado de fazê-lo por motivo de força maior⁵¹⁵. Do mesmo modo, é de se admitir amplamente a produção de provas extemporaneamente requeridas ou apresentadas, uma vez comprovado que tal omissão não é imputável à parte nela interessada.

Exceções como essas, bem se nota, são coerentes com a visão instrumentalista do direito processual, vindo ao encontro dos valores *efetividade*,

⁵¹² OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 176. Em sentido análogo, afirma Sica que “parece temerário renunciar, pura e simplesmente e para a generalidade dos casos, às benesses 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” (SICA, *Preclusão...*, p. 175-176).

⁵¹³ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 136.

⁵¹⁴ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 136.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 176.

eficiência, economia e celeridade, norteadores do instituto da preclusão. Em todo caso, destarte, são necessárias *válvulas de escape* para que o princípio preclusivo não se torne demasiadamente rígido e concorra para injustiças evidentes⁵¹⁶, sendo, sim, aconselhável que a lei regule essas questões, mas sem usar de rigor excessivo e deixando ao órgão judicial, insistimos, certa margem de discricão, para levar em conta, no tratamento do problema, as peculiaridades das situações concretas que lhe são submetidas à apreciação⁵¹⁷.

Conforme já indicamos acima, o regime de preclusões legais deve abranger apenas aquelas indispensáveis, em linhas gerais, ao bom desenrolar procedimental, ficando, no mais, a gestão processual direcionada pela *lealdade* e pelo senso de *responsabilidade* das partes, além do *papel ativo do juiz*, que admita as atividades processuais tardias que se mostrarem verdadeiramente úteis ou necessárias para a verificação da verdade dos fatos, e por outro lado, a exclusão dos retardos dolosos, dos comportamentos contraditórios e das reiteraões maliciosas⁵¹⁸.

12.4. Preclusão, contraditório-cooperação e lealdade processual

Classicamente concebida como decorrência do Estado de Direito, a garantia do contraditório indica a oitiva da parte previamente ao ato decisório como vetor de regularidade processual e de legitimidade da decisão. Coíbe-se,

⁵¹⁶ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 175.

⁵¹⁷ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 154. Um bom exemplo da forma como as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas no trato do instituto em estudo é colhido do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná cuja ementa é a seguinte: “Audiência de instrução e julgamento – Não-comparecimento – Advogada – Estado adiantado de gravidez – Mal súbito – Advogada grávida, que horas antes da audiência, sofrendo fortes contrações, é levada às pressas ao hospital, onde permanece em repouso por ordem médica – Justificação posterior – Possibilidade, diante das peculiaridades do caso – Necessidade de designação de nova data – CPC, art. 453, § 2.º – Relativização, no caso concreto, da exigência normativa de que o impedimento do advogado seja demonstrado “até a abertura da audiência” – Princípio da razoabilidade. Recurso provido” (TJPR, 13.ªCCív., AI 486516-9, rel. Des. Rabello Filho, j. 11.6.2008, DJ 20.6.2008).

⁵¹⁸ CARRATTA, “Il fondamento...”, p. 23.

nessa linha, o arbítrio, “somente sendo legítima uma decisão coercitiva caso haja participação efetiva daqueles que possam sofrer suas consequências”⁵¹⁹.

Esse princípio pressupõe, ao lado do de ampla defesa, paridade de armas (*par conditio*) no tocante às possibilidades de alegações, provas, impugnações *etc.*, entre as partes do processo. Denota, assim, não apenas o direito ao conhecimento dos fatos, mas também a possibilidade de manifestação a propósito deles, com o que envolve, nas palavras de Cabral,

[...] o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abrange as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no Plenário do Tribunal do Júri, dentre outras.⁵²⁰

Vem daí o conhecido binômio *informação-reação* (sendo aquela absolutamente necessária, sob o risco de configuração de nulidade processual, enquanto esta é apenas possível), impondo sejam as partes cientificadas dos atos praticados no curso procedimental, para que tenham possibilidade de, querendo, reagir àqueles que lhes sejam desfavoráveis. Esse binômio, entretanto, expressa visão *individualista e liberal* do processo civil, que vincula o contraditório à existência de prejuízo individual para as partes ou terceiros, restringindo os contornos que o princípio assume hodiernamente e desconsiderando as novas realidades existentes⁵²¹.

⁵¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 126, ago./2005, p. 59-81[60].

⁵²⁰ CABRAL, “O contraditório...”, p. 61.

⁵²¹ CABRAL, “O contraditório...”, p. 61-62. Cabral cita como exemplo da inadequação da necessária vinculação entre contraditório e prejuízo as ações coletivas, que ao consagrarem a técnica da legitimidade extraordinária, estabelecem vinculação coletiva de decisão proferida apenas com a participação do substituto processual; além desse, lembra o autor que há inúmeros casos em que sequer existe conflito de interesses e, mesmo assim, os sujeitos são chamados a exercer o contraditório (jurisdição voluntária, *v.g.*).

Daí afirmar-se que, em sua concepção atual, o princípio do contraditório abandona aquela assimilação com a igualdade meramente *estática e formal*, para se aproximar da exigência de igualdade *substancial e dinâmica*, voltada especialmente para a necessidade de *cooperação* entre os atores do processo. Nessa linha, acentua Grinover que:

Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo.⁵²²

O modelo processual civil cooperativo baseia-se em uma ampliação do diálogo judicial, impondo *deveres de colaboração* – lealdade, boa-fé etc. – às partes, a terceiros (advogados, testemunhas, auxiliares da justiça) e ao juiz, que passa a ser concebido como sujeito que *exerce* o contraditório. Com isso, confere-se ao magistrado o dever de instaurar verdadeiro debate a respeito das questões discutidas no curso procedimental, assumindo postura ativa na busca da verdade dos fatos⁵²³ e assegurando às partes o gozo de todos os instrumentos voltados à participação no processo⁵²⁴.

⁵²² GRINOVER, Ada Pellegrini. “Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória”. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

⁵²³ CABRAL, “O contraditório...”, p. 64.

⁵²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 32. Essa compreensão, aliás, leva Grasso a refletir a relação jurídica processual, no modelo colaborativo, não mais sob a perspectiva triangular, sim como conformada por linhas paralelas: “In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele” (GRASSO, Edoardo. “La collaborazione nel

Conforme salienta Daniel Mitidiero, no modelo processual cooperativo, “que é necessariamente um ‘*debido proceso leal*’, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo”⁵²⁵. Na mesma linha, assevera Cabral que com a superação das concepções privatistas do processo, este passa a ser um instrumento de que se utiliza o Estado precipuamente para finalidades públicas, não uma ferramenta sujeita ao alvedrio das partes litigantes, o que justifica a busca por retidão no manuseio dos mecanismos processuais⁵²⁶.

A compreensão dos deveres inerentes à colaboração-cooperação processual está amparada nos princípios do contraditório e da boa-fé objetiva, bem como no CPC de 1973, que consubstancia cláusula genérica de conduta ética (CPC/1973, art. 14), estabelece comportamentos que configuram litigância de má-fé (CPC/1973, art. 18), impõe ao infrator o dever de indenizar a parte contrária pelos prejuízos causados pela litigância de má-fé (CPC/1973, art. 16), entre outros⁵²⁷. O CPC de 2015, no mesmo rumo, é pleno de dispositivos que consagram de forma expressa e contundente essas exigências, como é o caso dos arts. 5.º, 77, 79 e 80.

processo civile”. *Rivista di diritto processuale*. Pádova: Cedam, v. XXI, out.-dez./1966, p. 580-609[609]).

⁵²⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 95.

⁵²⁶ CABRAL, “O contraditório...”, p. 68.

⁵²⁷ Segundo Mitidiero, “A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la” (MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 102). Por sua vez, Cabral consigna que “com a sedimentação da boa-fé processual objetiva, é possível a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e seus procuradores”. Nesse campo, aduz, a aferição subjetiva é desnecessária, implicando, ademais, dificuldades no âmbito probatório (CABRAL, “O contraditório...”, p. 78). E conclui que “A vitória da boa fé objetiva evita o subjetivismo das disposições legais específicas, reconduzindo o debate a propósito da boa-fé para a confiança e a proteção de expectativas” (CABRAL, “O contraditório...”, p. 79).

Sob essa perspectiva, conforme observa Marco Gradi, os deveres de lealdade impedem que o juiz surpreenda as partes com decisões nunca antes imagináveis, impondo-lhe consentir a elas possibilidade de desenvolver completamente as próprias defesas após o aparecimento de questões antes não submetidas ao debate e, em particular, permitir que a esse respeito aleguem novos fatos, apresentem novos documentos, deduzam outros meios de prova, e assim por diante⁵²⁸.

Portanto, mesmo quando perceber configurada questão conhecível de ofício, deverá o juiz ouvir as partes antes de se pronunciar a seu respeito antes de decidir com base nela. Trata-se, conforme há muito preconizado por Talamini, “do ‘dever de diálogo’ do juiz para com as partes, modernamente ressaltado como o próprio contraditório em sua dimensão mais plena”, não se justificando “que as partes sejam surpreendidas por decisões de ofício acerca de matéria sobre as quais, até então, não haviam desenvolvido alegações”⁵²⁹.

O CPC de 2015, aliás, estabelece de modo expresso esse dever judicial, conforme podemos extrair de vários de seus dispositivos, especialmente do art. 10, segundo o qual “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

É bem verdade que são conflitos de interesses que fazem com que as partes recorram ao Poder Judiciário, de modo que não há como se “iludir o

⁵²⁸ GRADI, Marco. “Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. LXV, jul.-ago./2010, p. 826-848[834].

⁵²⁹ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 150-151. No mesmo sentido, Dierle Nunes afirma que “A garantia do contraditório em especial, numa releitura democrática de seu conteúdo, não traz tão só uma garantia de bilateralidade da audiência ou de simétrica paridade de armas, impõe que todo provimento deva ser participativo – dialógico – de forma que as alegações aduzidas pelas partes devam ser levadas em conta no momento do proferimento de qualquer decisão. E, se o órgão judicial não concorda com as alegações das partes deve fundamentar as razões de sua discordância (art. 1º, *caput* e 93, IX, CR/88), e mais, se possui uma terceira opinião, deve submetê-la à procedimentalidade discursiva, proporcionando a essas partes a possibilidade de manifestarem-se acerca de seu entendimento, para somente após proferir o provimento. Na pior das hipóteses, o magistrado deveria advertir às partes das irregularidades ou deficiências de suas conclusões e alegações” (NUNES, “Preclusão...”, p. 198-199).

antagonismo', fingindo que o processo vive do contributo desinteressado de todos, juiz e partes, para que, de mãos dadas, se obtenha a solução mais justa"⁵³⁰. Nessa linha, aliás, destacou Barbosa Moreira sua percepção de que:

Seria ingênuo desconhecer que, em regra, cada uma das partes tem maior interesse numa reconstrução *favorável* do que numa reconstrução exata dos acontecimentos de que nasceu o litígio, e que os seus esforços talvez visem menos a ajudar o órgão judicial na busca da verdade do que a desviá-lo dela, ou quando nada a atrair-lhe a atenção exclusivamente para *um lado* da verdade.⁵³¹

Ocorre que essa realidade de nenhum modo pode significar admissão de que o contraditório e demais direitos e garantias processuais sejam exercidos de forma ilimitada, tendo, sim, o Estado-juiz que "exigir das partes retidão no manuseio do processo"⁵³², assim como de atuar, ele mesmo, de forma leal. E esses deveres processuais vêm sendo inegavelmente reforçados e difundidos com as teorizações elaboradas em torno do princípio da cooperação, não havendo negar a utilidade e importância do debate travado a seu respeito.

Sob essa perspectiva, percebe-se que ao encontro do princípio do contraditório, especialmente sob seu viés cooperativo, vêm as preclusões processuais, já que muito além da necessidade prática de que seja o procedimento ordenado, são o direito de defesa e os deveres conexos ao de lealdade processual que demandam o estabelecimento de limites à atuação das partes. Com efeito, não basta garantir a presença de ambas as partes no processo ou combater as causas extraprocessuais de desigualdade, pois a base do respeito

⁵³⁰ MATOS, José Igreja. "O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)". *Julgar*. Coimbra, n. 2, mai.-ago./2007). Disponível em: < <http://zip.net/bgpQ6w>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

⁵³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A garantia do contraditório na atividade de instrução". *Revista de processo*. n. 35. jul./1984, p. 231-238[232].

⁵³² CABRAL, "O contraditório...", p. 63.

ao contraditório está em lhes oportunizar as mesmas possibilidades de defesa⁵³³, o que não seria possível sem a existência e observância de normas preclusivas.

Nesse sentido, observa Dierle Nunes que:

Como as partes no procedimento em contraditório agem estrategicamente buscando argumentos de persuasão e não de convencimento, e as regras processuais não regulam, em princípio, os argumentos permitidos, o processo para ser legítimo deve garantir espaços e tempo para os discursos jurídicos, que obrigatoriamente deverão ser levados em conta na formação do provimento judicial.

Desta forma, o desencadeamento procedimental vem lastreado em prazos para realização dos atos processuais e em ônus pelo seu não-cumprimento.⁵³⁴

Destarte, considerando-se o processo como *ambiente de colaboração-cooperação*, são exigíveis comportamentos coerentes dos sujeitos processuais, sendo-lhes “vedado sinalizar uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior”⁵³⁵. As preclusões, bem assim, são imprescindíveis à proteção da parte contra alegações extemporâneas advindas daquela em face de quem litiga⁵³⁶, até porque o prejuízo à defesa daquele se vê exposto a alegações ou provas serôdias é manifesto, mas não o daquele que podendo se desincumbir de um ônus em tempo e forma legalmente estatuídos não o faz. Ademais, a limitação imposta ao exercício dos direitos processuais das partes com base na preclusão revela-se admissível desde e na medida em que opere por igual para ambas as partes⁵³⁷.

⁵³³ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 81.

⁵³⁴ NUNES, “Preclusão...”, p. 190.

⁵³⁵ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 128.

⁵³⁶ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 79-80.

⁵³⁷ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 81-82.

PARTE II: DINÂMICA

13. Premissa: atuação dinâmica dos ônus processuais

A preclusão guarda estreita relação com a dinâmica processual. Há muito salientou Andrioli que os atos e fatos que compõem o procedimento conformam uma série ordenada, possibilitada pelo princípio da preclusão, onde cada um é resultado do precedente e pressuposto do seguinte, e todos são instrumentais à emanção do ato final⁵³⁸. Nesse sentido também se pronunciou Marelli, para quem esse instituto só pode ser corretamente compreendido se inserido no desenvolvimento de um procedimento, que se projeta como um conjunto de atos e fatos concatenados em sequência ordenada, direcionado a alcançar determinados efeitos, que são produzidos somente pelo ato final⁵³⁹.

Entre nós, asseverou Guimarães, na mesma linha, que o processo compõe-se “de uma série de atividades [...] que se interligam pelo vínculo do procedimento, isto é, pelo fato de que são dispostos por lei, em sequência coordenada, de forma que cada ato pressupõe o antecedente e é, por sua vez, pressuposto do subsequente”⁵⁴⁰. Com isso, consignou o autor, “Ao longo do *iter* processual, em sua marcha para a sentença definitiva, criam-se sucessivas situações, todas elas de efeito preclusivo que lhes assegura a estabilidade”⁵⁴¹.

Sob essa perspectiva, é de se reconhecer que a compreensão do processo (do latim, *prōcēssus*: ação de avançar, de ir para diante, marcha⁵⁴²) enquanto *entidade complexa* conformada pelo *procedimento* (“sucessão de atos interligados e coordenados”) e pela *relação jurídica processual* (“conjunto de

⁵³⁸ ANDRIOLI, *Lezioni...*, p. 395.

⁵³⁹ MARELLI, *La trattazione...*, p. 6.

⁵⁴⁰ GUIMARÃES, “Preclusão...”, p. 11.

⁵⁴¹ GUIMARÃES, “Preclusão...”, p. 11.

⁵⁴² “**prōcēssus, -ūs**, subs. M. I – Sent. próprio: 1) Ação de avançar, avanço, marcha [...]” (FARIA, *Dicionário...*, p. 798).

situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos”)⁵⁴³, demanda a existência da preclusão enquanto *força motriz* que faz com que cada posição jurídica assumida pelas partes implique outra, que, superada, gerará outra, e assim consecutivamente até que ele chegue ao fim⁵⁴⁴.

Com isso, a preclusão ingressa na dinâmica processual para atender a necessidades práticas geradas pela própria dinâmica, enquanto necessário estabelecer limites às possibilidades de se exercer determinados direitos, de modo que o processo imprima marcha sempre para frente. Nesse sentido, já observara Chiovenda, quando do delineamento dos primeiros contornos do instituto em alusão, que todo processo, alguns mais, outros menos, para imprimir precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos que o compõem, coloca entraves ao exercício dos direitos processuais⁵⁴⁵, sendo, assim, a preclusão um fenômeno inerente a sua *essência*, mormente porque todo “encadeamento de atos teleologicamente destinados a um fim comum exige um ‘caminhar’ sempre adiante”⁵⁴⁶, sob o risco de contramarchas indesejáveis, que incidiriam no risco de eternizá-lo.

Desse modo, por vezes a preclusão aparece para consolidar estado resultante do decurso do tempo, noutras, para obstar o exercício de direitos processuais logicamente incompatíveis com o de outros antes atuados, ou, ainda, para impedir o exercício reiterado desses direitos, convertendo-se, em todo caso, em remédio para a incerteza que geram certas situações jurídicas produzidas pelo processo⁵⁴⁷, as quais a partir dela se tornam *estáveis*, é dizer, tendentes a permanecer no tempo.

Com efeito, é precisamente a consideração sobre a dinâmica dos ônus processuais e, assim, sobre como eles repercutirão no comportamento das partes e do juiz e nas decisões proferidas no curso procedimental, que justifica a

⁵⁴³ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 387, p. 25-26.

⁵⁴⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 96.

⁵⁴⁵ CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 232.

⁵⁴⁶ CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 117.

⁵⁴⁷ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 23.

existência de preclusões dentro do processo. Essas, por sua vez, atuam não apenas no momento específico em que são verificadas, ou seja, quando certo momento processual é superado (no caso de preclusão temporal) ou determinado ato é praticado ou obstado (nos de preclusão lógica e consumativa), mas sim durante todo o desenrolar procedimental, impondo que as partes e o juiz considerem sua existência e determinem suas atuações sem olvidá-las.

Nesses termos, o instituto consubstancia um princípio *transversal* de todo o procedimento, o que denota que operará progressivamente, com maior ou menor intensidade, sobre os ônus processuais inerentes a cada uma de suas fases, afetando atos de alegação, de impugnação, de prova, de decisão⁵⁴⁸. Por conseguinte, apresentam-se as preclusões também “com caráter de efeito preliminar em relação às fases e graus que servem para preparar ou preservar a situação final derivada da sentença”⁵⁴⁹, assegurando com isso uma ordem consecutiva legal, direcionada ao escopo derradeiro do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional⁵⁵⁰ mediante a sentença.

Por essas razões é que pretendemos, neste momento da dissertação, enquadrar o estudo da preclusão no marco dinâmico e progressivo da relação jurídica processual, relacionando-a com os atos praticados por seus sujeitos (autor, réu e juiz), com os ônus, direitos e poderes que a cada um compete nesse decorrer e com as fases constitutivas do procedimento, considerando, ademais, que os ônus processuais não operam em abstrato, mas sim inseridos na realidade do litígio e do conjunto de atos e fatos consecutivos conformadores do processo.

⁵⁴⁸ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 60-61.

⁵⁴⁹ ESTAGNAN, *La preclusión...*, p. 23.

⁵⁵⁰ Nesse ponto, toca esclarecer que adotamos a compreensão de Marinoni de que “a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória *reconhecem* o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 114).

14. O sistema de preclusões do procedimento comum ordinário estabelecido pelo CPC de 1973: reflexões aproximativas ao regramento estabelecido pelo CPC de 2015

Cada preclusão tem sua função na dinâmica do processo, e o legislador, a quem cabe estabelecer e organizar a sequência dos atos processuais, assim como determinar os momentos em que ela opera, deve ser consequente quanto a isso. Inexistindo soluções *naturais* ou *obrigatórias* a esse respeito, pode-se constituir regime legal rígido ou flexível de preclusões, ou, ainda, conforme verificado tanto no CPC de 1973, como no de 2015, rígido em relação a alguns aspectos e flexível quanto a outros.

A distribuição dos ônus e das preclusões no desenrolar do procedimento será melhor compreendida se os inserirmos nas fases que o constituem, as quais estão, em linhas gerais, bem delineadas nos mencionados diplomas processuais civis. Por isso, analisaremos agora, de forma sistemática, as fases postulatória, saneatória, instrutória, decisória e recursal do rito comum ordinário previsto pelo CPC de 1973, traçando um paralelo entre esse e aquele disposto no CPC de 2015, destacando alguns dos ônus processuais que às partes competem em cada uma delas, assim como a postura a ser assumida pelo juiz diante deles e da verificação de terem sido, ou não, cumpridos pelos litigantes.

14.1. A fase postulatória

A fase postulatória corresponde àquela em que são conferidos a autor e réu *ônus de alegação* – inerentes, aliás, aos procedimentos, como o nosso, fundados no *princípio dispositivo*⁵⁵¹ –, abrangendo a *petição inicial*, ato mediante o

⁵⁵¹ Nesse sentido, assevera Arazí que, como decorrência do princípio dispositivo, “Incumbe a las partes la carga de suministrar los hechos en que funden sus pretensiones y defensas, y al juez el deber de considerar para su decisión aquellos expresamente admitidos por ellas, así como la prohibición de tomar en cuenta hechos *no afirmados* oportunamente en el proceso. El juez, pues, en un proceso de tipo dispositivo, no *investiga* la realidad sino que en todo caso *constata* la probable existencia de los hechos afirmados validamente en el proceso, es decir, la ‘realidad’

qual é exercido o direito de ação, e as *respostas do réu*, que compreendem *contestação, reconvenção e exceções*.

14.1.1 A petição inicial

Em relação à petição inicial, é notar que tanto pelo sistema previsto no CPC de 1973, como segundo o disposto no CPC de 2015, o autor tem o *ônus* de formular o *pedido*, com suas especificações (CPC/1973, art. 282, inc. IV; CPC/2015, art. 319, inc. IV), em regra *certo e determinado*⁵⁵² (CPC/1973, art. 286; CPC/2015, arts. 322 e 324), que será interpretado restritivamente pelo juiz (*princípio da correlação ou da congruência*⁵⁵³ – CPC/1973, art. 293, p.u.;

según la versión de una y otra partes” (ARAZI, *Derecho...*, p. 184). Na mesma linha se pronunciou Rosenberg, acentuando, ainda, que “el principio dispositivo no exige que las afirmaciones partan precisamente de quién está sujeto a la carga de la prueba o de la afirmación” (ROSENBERG, *Tratado...*, p. 388).

⁵⁵² Segundo lição de Medina, “‘Certo’ é o pedido imediato, elaborado com exatidão acerca da tutela jurisdicional pleiteada (a ausência de prescrição acarreta a inépcia da petição inicial, cf. art. 295, parágrafo único); ‘determinado’ é o pedido quando individuado o bem da vida; ‘genérico’, por fim, é o pedido realizado de modo abrangente e impreciso quanto aos seus limites”. Dispensa-se, todavia “a determinação da extensão do pedido, sempre que, ante as circunstâncias do caso, esta providência seja impossível ou muito difícil. Além dos casos dos incisos do art. 286, enquadra-se em semelhante situação a hipótese do art. 95 da Lei 8.078/90, dentre outras” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao Projeto do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2011, p. 288).

⁵⁵³ Excepcionalmente, tem a jurisprudência relativizado o princípio da correlação, como nos casos de ações previdenciárias em que se admite, especialmente por conta do caráter protetivo que envolvem, a concessão, na sentença, de benefício diverso do postulado na petição inicial. A propósito, *vide*: STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 574.838-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.10.2014, *DJe* 30.10.2014; STJ, 2.ªT., REsp 1.426.034-AL, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.6.2014, *DJe* 11.6.2014; STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 493.329-RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 22.5.2014, *DJe* 30.5.2014; STJ, 1.ªT., AgRg no REsp 1.320.249-RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 7.11.2013, *DJe* 2.12.2013; STJ, 2.ªT., AgRg no REsp 1.313.899-SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.10.2012, *DJe* 25.10.2012; STJ, 6.ªT., AgRg no REsp 1.105.295-PR, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13.11.2012, *DJe* 29.11.2012. Por outro lado, segundo entendimento firme no STJ, “Não há error in procedendo no provimento jurisdicional firmado após compreensão lógico-sistemática do pedido, entendido como ‘aquilo que se pretende com a instauração da demanda’ [...], eis que ‘o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo’” (STJ, 2.ªT., AgRg no REsp 1.455.713-SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2014, *DJe* 24.11.2014).

CPC/2015, art. 492⁵⁵⁴). Outrossim, compete-lhe indicar todos os *atos* em que embasa o pedido (CPC/1973, art. 282, inc. III; CPC/2015, art. 319, inc. III), sendo de regra inadmissível a introdução posterior de fatos e pedidos não deduzidos, diante da preclusão operada.

Expressará, ainda, o autor, na petição inicial, os *fundamentos jurídicos* de seu pedido (CPC/1973, art. 282, inc. III; CPC/2015, art. 319, inc. III), os quais, contudo, não precluem, nem vinculam o juiz, que poderá ajustar aos fatos narrados a qualificação jurídica que entender acertada⁵⁵⁵. Isso é decorrência da *teoria da substanciação*⁵⁵⁶, vigente em nosso atual sistema normativo processual e

⁵⁵⁴ O CPC de 2015 não traz expressa a regra de que o pedido será interpretado restritivamente, estabelecendo em seu art. 322, § 2.º, que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. Ainda assim, não resta extirpado de nosso sistema jurídico o princípio da correlação ou da congruência, prosseguindo o juiz, mormente diante do art. 492 do CPC de 2015, a não poder conceder à parte tutela não requerida, ainda que tenha de considerar para fim de apreensão do que foi postulado o conjunto da postulação e o princípio da boa-fé.

⁵⁵⁵ Segundo explica Rubin, “o entendimento quanto à inatuação do magistrado diante de alteração da causa de pedir e pedido não chega ao ponto de vetar que o julgador decida a *lide* com fundamento jurídico não suscitado pelo demandante, ou com fundamento de lei diverso daquele que a parte autora entendia cabível – tendo-se ainda que as não invocações de dispositivos legais aplicáveis à espécie, pelas partes e/ou pelo próprio julgador, não possuem o condão de reabrir a discussão em outro processo” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 246). Nesse sentido, conferir, v.g.: STJ, 2.ªT., AgRg no REsp 1.455.713-SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2014, *DJe* 24.11.2014; STJ, 3.ªT., REsp 1.197.476-BA, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 7.10.2014, *DJe* 10.10.2014; STJ, 1.ªT., AgRg no REsp 1.120.968-MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26.8.2014, *DJe* 2.9.2014; STJ, 4.ªT., AgRg no REsp 1.075.225-MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2013, *DJe* 4.2.2014. Apesar disso, “O especial é recurso de fundamentação vinculada, não lhe sendo aplicável a exegese do brocardo *iura novit curia* e, portanto, ao relator, por esforço hermenêutico, não cabe extrair da argumentação qual dispositivo teria sido supostamente contrariado a fim de suprir deficiência da fundamentação recursal, cuja responsabilidade é inteiramente do recorrente” (STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 515.120-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014, *DJe* 11.11.2014). Esse entendimento também se aplica aos recursos extraordinários (STF, 2.ªT., RE 640.474 AgR-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.8.2014, *DJe* 3.9.2014) e aos embargos de declaração (STJ, 4.ªT., EDcl no AgRg no AREsp 450.787-GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.6.2014, *DJe* 27.6.2014).

⁵⁵⁶ A propósito, elucida Teixeira que “para a *teoria da substanciação*, o conteúdo da causa de pedir é formado pelo fato constitutivo ou pelo conjunto de fatos que sustentam a pretensão do autor. Dessa forma, a alteração dos fatos, ainda que permaneçam idênticos o pedido e o direito alegado pelo autor, causa mudança da ação. Além disso, a sentença pronunciada com base em certos fatos constitutivos impede a propositura de nova ação entre as mesmas partes e amparadas nos mesmos fatos, ainda que o autor, na nova demanda, pretenda tirar uma nova consequência jurídica desses fatos. Para essa teoria, é irrelevante o *nomem iuris* atribuído pelo autor à relação jurídica por ele afirmada, em virtude da aplicação da regra *iura novit curia*, que é consequência

adotada pelo CPC de 2015, segundo a qual apenas os fatos narrados, e não os fundamentos jurídicos, são relevantes para a delimitação objetiva da demanda e, por conseguinte, da sentença⁵⁵⁷.

Segundo o CPC de 1973, a petição inicial indicará, ainda (CPC/1973, art. 282): *o juiz ou tribunal, a que é dirigida* (inc. I), *os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu* (inc. II), *o valor da causa* (inc. V), *as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados* (inc. VI) e *o requerimento para a citação do réu* (inc. VII). Em caso de não preenchimento de qualquer desses requisitos, o juiz determinará que o autor a emende⁵⁵⁸, no prazo de dez dias, sob consequência, além de preclusão, de indeferimento (CPC/1973, arts. 284 e 295, inc. I) e de extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/1973, art. 267, inc. I)⁵⁵⁹.

prática da parêmia *da mihi factum, dabo tibi ius*” (TEIXEIRA, *O princípio...*, p. 184). Esclarece, todavia, o autor, que “não obstante o direito brasileiro acolha a regra da *Eventualmaxime*, há mitigação nas hipóteses em que a substanciação é minorada ou atenuada, como nas ações reivindicatória, de usucapião extraordinária, de divórcio direto e de conversão de separação judicial em divórcio, por exemplo. Nessas ações e em outras semelhantes, nas quais a substanciação dos fatos tem menor relevância, a eventualidade é atenuada, diferentemente do que sucede nas demandas que envolvem direitos relativos, como nas relações jurídicas obrigacionais, em que é necessária a indicação dos fatos constitutivos” (TEIXEIRA, *O princípio...*, p. 190).

⁵⁵⁷ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 450, p. 132. Nas palavras de Dinamarco, “Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda [...], a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive das aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tibi ius*)” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 450, p. 132).

⁵⁵⁸ Consoante prevê a Resolução n.º 12/2009 do STJ, não é possível a emenda da petição inicial das reclamações ajuizadas perante essa Corte Especial. Além disso, a jurisprudência do STJ é no sentido de que “Os embargos à execução fundados no excesso de execução devem vir acompanhados da memória de cálculo, sendo inadmitida a emenda da petição inicial” (STJ, 3.ª T., AgRg no REsp 1.421.652-PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.3.2014, DJe 18.3.2014). Admite-se, por outro lado, a emenda após a apresentação de contestação quando não implique alteração do pedido ou da causa de pedir (*vide*, exemplificativamente: STJ, 4.ª T., EDcl no AREsp 298.431-DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10.6.2014, DJe 24.6.2014).

⁵⁵⁹ Existem atos normativos estabelecendo a observância de requisitos específicos da petição inicial, como é o caso da Lei n.º 9.494/1997, que em seu art. 2.º-A, p.u., prevê que “Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e

O CPC de 2015, a seu turno, ao prever os requisitos da petição inicial (CPC/2015, art. 319), inova, em comparação com o art. 282 do Código Buzaid, (i) na redação do inc. I, dizendo que ela indicará *o juízo a que é dirigida*, (ii) ao estabelecer, no inc. II, a necessidade de nela constar também *a existência de união estável, o número junto ao Cadastro de Pessoas Físicas ou ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e o endereço eletrônico do autor e do réu*, e (iii) no inciso VII, ao excluir *o requerimento para a citação do réu* como requisito (que, ainda assim, será decorrência lógica do ajuizamento da demanda), porém prevendo que o autor nela indicará *a opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação*.

Caso não atendido algum desses requisitos, o juiz igualmente determinará que o autor emende a petição inicial, agora no prazo de quinze dias, indicando *precisamente o que será objeto de correção ou complementação* (CPC/2015, art. 321), exigência essa inexistente no sistema anterior. Também segundo o CPC de 2015, o não cumprimento da diligência implicará, além de preclusão, indeferimento da petição inicial (CPC/2015, art. 321, p.u.) e consequente extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/2015, art. 485, inc. I).

Ainda a propósito, cabe notar que seja sob a égide do CPC de 1973, seja sob a do CPC de 2015, o *princípio do aproveitamento dos atos processuais* possibilita que o juiz ordene a emenda à petição inicial mais de uma vez, no caso de a primeira retificação não ser satisfatória⁵⁶⁰. Durante a vigência do CPC de 1973, doutrina e jurisprudência controverteram sobre se tratar, ou não, a ordem de emenda da petição inicial como condição para o prosseguimento da demanda de decisão passível de causar gravame ao autor, em ordem a ensejar o cabimento de agravo de instrumento (CPC/1973, art. 522)⁵⁶¹; no CPC de 2015, todavia,

indicação dos respectivos endereços". Citem-se ainda: Decreto-lei n.º 147/1967, art. 21; Lei n.º 11.419/2006, art. 15; Resolução n.º 460/2011 do STF, art. 1.º.

⁵⁶⁰ WAMBIER; TALAMINI, *Curso...*, v. 1, p. 341.

⁵⁶¹ Afirmando a recorribilidade dessa decisão, conferir: STJ, 2.ªT., REsp 1.248.474-PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.5.2011, *DJe* 31.5.2011; STJ, 1.ªT., REsp 1079395-ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 3.11.2009, *DJe* 10.11.2009; STJ, 1.ªT., REsp 926.001-RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. 1.º.12.2009, *DJe* 10.12.2009; STJ, 2.ªT., REsp 891.671-ES, rel. Min. Castro Meira, j.

inexistindo previsão legal expressa de cabimento desse recurso em tal situação, e tendo em vista a sistemática por ele adotada, de enumeração legal de suas hipóteses de admissibilidade (CPC/2015, art. 1.015, *caput*), fica excluída essa possibilidade.

Por outro lado, tanto o Código Buzaid como o CPC de 2015 estabelecem que o autor trará com a petição inicial os documentos em que baseia sua pretensão (CPC/1973, art. 283; CPC/2015, art. 320), sob consequência, por conta da preclusão operada, de não poder apresentá-los posteriormente, ou de ser ela indeferida, em caso de se tratar de documento substancial (CPC/1973, arts. 284 e 295, inc. VI; CPC/2015, arts. 321 e 330, inc. IV). A indispensabilidade da prova documental que poderá ensejar esse indeferimento há de ser averiguada em cada caso concreto, reputando a doutrina em geral como tal aquela sem a qual não é possível a análise do mérito da demanda⁵⁶².

Do mesmo modo como ocorre com a inobservância dos requisitos da petição inicial (CPC/1973, art. 282; CPC/2015, art. 319), a desatenção ao disposto no art. 283 do CPC de 1973, coincidente ao art. 320 do CPC de 2015, enseja aplicação do art. 284 do CPC de 1973, equivalente ao art. 321 do CPC de 2015, devendo o juiz ordenar que o autor a emende, sob consequência de indeferimento. Observa-se, assim, que tanto pelo regramento do Código Buzaid, como pelo do CPC de 2015, a ausência de prova indispensável não implica improcedência do pedido, mas sim indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução de mérito⁵⁶³ (CPC/1973, art. 267, inc. I; CPC/2015, art. 485, inc. I).

06.3.2007, *DJe* 15.3.2007. Em sentido contrário, *vide*: STJ, decisão monocrática, Ag 709.343, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 18.10.2005; STJ, decisão monocrática, REsp 1.334.016-ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 3.3.2015; STJ, decisão monocrática, REsp 1.508.918-DF, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 24.2.2015; STJ, decisão monocrática, AREsp 641.851-RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 13.2.2015; STJ, decisão monocrática, Ag 1.327.933-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 13.2.2015.

⁵⁶² DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.006, p. 390; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 662-663; MEDINA, *Código...*, p. 662-663.

⁵⁶³ MEDINA, *Código...*, p. 282-283.

Essas anotações permitem perceber que o momento de instauração da demanda está assinalado por intensa carga preclusiva, diante dos ônus impostos ao autor. Seu cumprimento ou desatendimento, por sua vez, haverá de ser considerado pelo juiz no desenrolar processual, sendo nula a decisão que, *v.g.*, amplie, reduza ou extrapole o pedido formulado, considere fatos introduzidos posteriormente de forma injustificada, julgue o mérito de demanda não instruída com documento manifestamente indispensável ao seu ajuizamento *etc.*

Apesar disso, é facultado ao autor, segundo o CPC de 1973, modificar a demanda antes da citação, tanto para lhe alterar o pedido e a causa de pedir, como para manifestar desistência, correndo às suas expensas as custas por conta disso acrescidas (CPC/1973, art. 294), o que também pode ser feito posteriormente se o réu concordar expressamente⁵⁶⁴ (CPC/1973, art. 264, *caput*), sendo, porém, inadmissível, em qualquer hipótese, após o saneamento (CPC/1973, art. 264, p.u.). No CPC de 2015, o art. 329 prevê nesses mesmos termos as possibilidades de emenda da petição inicial, e embora deixe de cominar expressamente ao autor as custas acrescidas em decorrência da modificação em alusão, isso decorre da regra contida no art. 93 desse Código.

Nesse ponto, cabe lembrar que, segundo entendemos, é necessário que o sistema preveja mecanismos que possibilitem ao autor, desde que demonstrada sua boa-fé, a modificação da demanda na primeira audiência dos debates, depois de elucidados os fatos que lhe deram ensejo⁵⁶⁵, assim como a inserção de novos pedidos e causas de pedir decorrentes de fatos supervenientes ao ajuizamento da demanda, se constitutivos do mesmo direito cuja tutela jurisdicional é por ele pretendida⁵⁶⁶, ficando, em ambos os casos, a cargo do juiz o controle da admissibilidade da alteração, que independerá, até para que encontre aplicabilidade, da anuência do réu⁵⁶⁷. O art. 314 do Anteprojeto de Novo CPC⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ A anuência do réu quanto à alteração dos elementos da ação deve ser expressa, não se admitindo concordância tácita. Exemplificativamente, *vide*: STJ, 2.ª T., REsp 1.307.407-SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.5.2012, DJe 29.5.2012.

⁵⁶⁵ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 176.

⁵⁶⁶ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 136.

⁵⁶⁷ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 176.

até previa a possibilidade de, enquanto não proferida a sentença, o autor aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o fizesse de boa-fé, que não importasse prejuízo ao réu e que fossem assegurados o contraditório e a produção de prova suplementar. No entanto, durante os trâmites legislativos houve significativo retrocesso a esse respeito, retornando-se, ao final, para o texto do Código Buzaid⁵⁶⁹.

14.1.1.1 Indeferimento da petição inicial e julgamento liminar de improcedência do pedido

O art. 295 do CPC de 1973 estabelece as situações em que será indeferida a petição inicial, com extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/1973, art. 267, inc. I), quais sejam: inépcia, ilegitimidade processual, carência de interesse processual, pronta verificação de decadência ou prescrição, incorreção do procedimento eleito e não atendimento das determinações contidas nos arts. 39, p.u., e 284 do CPC de 1973. O CPC de 2015, por sua vez, repete em seu art. 330 essas hipóteses de indeferimento, excetuadas a pronta verificação de ocorrência de prescrição ou decadência, que passa a ser hipótese de improcedência liminar do pedido (CPC/2015, art. 332, § 1.º), e a incorreção do procedimento eleito.

Voltando os olhos para a hipótese de indeferimento da petição inicial contida no art. 295, inc. VI, do CPC de 1973, equivalente ao art. 330, inc. IV, do CPC de 2015, vislumbra-se aí uma *norma preclusiva de comportamento*, que estabelece postura a ser assumida pelo juiz (*i.e.*, indeferir a petição inicial) diante da preclusão do direito da parte de realizar as retificações determinadas nos termos dos arts. 39, p.u., e 284 do CPC de 1973, cujos correspondentes são os arts. 106, § 1.º, e 321 do CPC de 2015, evidenciando, ademais, que é também efeito da *preclusão* (enquanto fato processual) o indeferimento da petição inicial.

⁵⁶⁸ Disponível em: <<http://zip.net/bcqWsV>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

⁵⁶⁹ RUBIN, *A preclusão...*, p. 304.

O art. 285-A do CPC de 1973, por sua vez, autoriza o juiz a prolatar liminarmente sentença de improcedência de pedido deduzido em demanda *repetitiva* cuja matéria controvertida seja *unicamente de direito*, resolvendo, com isso, o mérito antes de perfectibilizada a relação jurídica processual civil, mediante a citação do réu. No CPC de 2015, o julgamento liminar de improcedência vem regulamentado pelo art. 332, que estabelece que *nas causas que dispensem a fase probatória*⁵⁷⁰, poderá o juiz julgar improcedente, antes da citação do réu, o pedido que contrariar: (i) enunciado de súmula do STF ou do STJ; (ii) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Abandona-se, com isso, o critério de que as demandas sejam *repetitivas*, assentando-se, ademais, a admissão do julgamento liminar de improcedência apenas quando o posicionamento do juiz ratificar jurisprudência dos tribunais hierarquicamente superiores.

Por outro lado, dispõe o CPC de 1973 que interposta apelação contra a sentença que indefere a petição inicial (CPC/1973, arts. 267, I, e 513), é possível que o próprio juiz a reforme, no prazo de *quarenta e oito horas* após a interposição do recurso (CPC/1973, art. 296); a seu turno, interposta apelação contra a sentença de improcedência liminar dos pedidos (CPC/1973, arts. 269, inc. I, de 513), poderá o juiz se retratar, no prazo de *cinco* dias, também contados da interposição do recurso (CPC/1973, art. 285-A, § 1.º). No CPC de 2015 são mantidas essas possibilidades de retratação, porém os prazos para tanto passam a ser ambos de *cinco* dias (CPC/2015, arts. 331, *caput*, e 332, § 3.º).

Nota-se, a partir daí, que tanto sob a égide do CPC de 1973, como sob a do de 2015, se não for interposta apelação, ficará o juiz obstado de exercer o juízo de retratação, porquanto não pode desprezar a preclusão do direito da parte

⁵⁷⁰ Foi retificada, nesse ponto, imprecisão contida na regulamentação anterior, já que, excetuadas ações declaratórias de inconstitucionalidade, não existe controvérsia unicamente de direito, pois sempre haverá fato a ela subjacente, e toda discussão, em maior ou menor medida, se amparará em alguma prova, ainda que a meramente documental carregada na fase postulatória. A propósito, *vide*: TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 147.

de recorrer da sentença⁵⁷¹. Sendo, no entanto, ressabidamente impróprios os prazos previstos para o juiz, poderá ele, (i) diante do regramento do CPC de 1973, se retratar: (i.i) até a remessa dos autos ao Juízo *ad quem*, no caso de indeferimento da petição inicial (CPC/1973, art. 296, p.u.) e (i.ii) até a ordem de citação do réu para contra-arrazoar a apelação, no de julgamento liminar de improcedência do pedido, (CPC/1973, art. 285-A, § 2.º), porém (ii) sob a vigência do CPC de 2015, se retratar, em ambos os casos, até a citação do réu para apresentar contrarrazões ao recurso (CPC/2015, arts. 331, § 1.º, e 332, § 4.º). Ainda a propósito, cabe destacar que a retratação nesses termos realizada não implicará preclusão para o réu, que poderá reverter esse pronunciamento, pois uma vez que ainda não integra a relação jurídica processual civil, não se vincula aos pronunciamentos judiciais emitidos durante sua ausência.

14.1.2 As respostas do réu

Segundo o CPC de 1973, verificando que está em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu para responder, devendo observar que conste do respectivo mandado o prazo para resposta e a informação de que a ausência de contestação ensejará presunção de veracidade dos fatos articulados na petição inicial (CPC/1973, art. 285). Caso não esteja expressa no mandado essa advertência, a revelia não implicará os efeitos do art. 319 do CPC de 1973, porquanto “o réu é leigo e não tem obrigação de saber que sua omissão acarretará tão graves efeitos processuais”⁵⁷². Por outro lado, não constando do mandado o prazo de defesa, é nula a citação, exceto quando não tenha causado prejuízo⁵⁷³.

⁵⁷¹ Nesse sentido, ilustrativamente: STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 290.919-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.3.2013, *DJe* 9.5.2013.

⁵⁷² NERY JUNIOR; NERY, *Código...*, p. 665.

⁵⁷³ A propósito, conferir, v.g.: STJ, 3.ªT., AgRg no REsp 1.470.216-GO, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014, *DJe* 30.10.2014; STJ, 2.ªT., REsp 1.355.001-CE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.4.2013, *DJe* 22.4.2013; STJ, 1.ªT., AgRg no REsp 1.063.263-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.4.2009, *DJe* 6.8.2009. No entanto, já decidiu o STJ que a nulidade depende da configuração de prejuízo, de modo que ocorreria “na hipótese de réu humilde, sem experiência da lide jurisdicional,

Ainda de acordo com o CPC de 1973, citado, o réu tem o ônus de oferecer, no prazo preclusivo de *quinze dias*⁵⁷⁴ contados (i) da juntada aos autos do instrumento de citação (mandado, aviso de recebimento, carta de ordem, precatória, rogatória), (ii) do decurso do prazo assinalado pelo juiz, em caso de citação editalícia (CPC/1973, art. 241), (iii) quando admissível citação por meio eletrônico, dos momentos dispostos nos arts. 5.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 11.419/2006, ou (iv) do fato que ocasionou incompetência relativa do Juízo ou suspeição do juiz (CPC/1973, art. 305), *exceções, contestação e reconvenção* (CPC/1973, art. 297), sendo a contestação e a reconvenção oferecidas simultaneamente, em peças autônomas, e as exceções, processadas em apenso aos autos principais (CPC/1973, art. 299).

Por outro lado, de acordo com o CPC de 2015, se o caso não for de indeferimento da petição inicial (CPC/2015, art. 330), nem de improcedência liminar do pedido (CPC/2015, art. 332), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de precedência (CPC/2015, art. 334, *caput*). Essa audiência deixará, todavia, de ser realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição amigável, assim como nas hipóteses em que não se admitir autocomposição (CPC/2015, art. 334, § 4.º).

O comparecimento do autor e do réu a essa audiência consubstancia *dever* processual, cujo descumprimento caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e será *sancionado* mediante aplicação de multa (CPC/2015, art. 334, § 8.º). Nesse aspecto, portanto, descabe falar em preclusão. Em caso de celebração de autocomposição, será ela reduzida a termo e homologada por sentença (CPC/2015, art. 334, § 11); do contrário, terá início o prazo do réu para oferecer contestação (CPC/2015, art. 335, inc. I). Na hipótese, contudo, de ambas as

que eventualmente tardasse a procurar aconselhamento especializado de advogado”, mas não na situação de “empresa que tem milhares de demandas na Justiça fluminense”, com departamento jurídico encarregado de sua representação judicial adequada” (STJ, 2.ª T., REsp 1130335-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.2.2010, DJe 4.3.2010).

⁵⁷⁴ Quadruplicado para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (CPC/1973, art. 188) e duplicado para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/1973, art. 191).

partes terem requerido o cancelamento da audiência, do protocolo do pedido formulado pelo réu será contado o prazo para ele contestar (CPC/2015, art. 335, inc. II), enquanto nas demais situações (*i.e.*, quando a causa não admitir autocomposição) será observado o disposto no art. 231 do CPC de 2015 (CPC/2015, art. 335, inc. III).

O prazo *preclusivo* para o oferecimento de contestação prossegue, no CPC de 2015, sendo de quinze dias (CPC/2015, art. 335, *caput*), sendo, todavia, agora prevista a propositura de reconvenção na própria contestação (= momento adequado), e não mais em peça autônoma (CPC/2015, art. 343, *caput*), sob consequência de preclusão. Para além disso, serão contados *em dobro* todos os prazos para Ministério Público (CPC/2015, art. 180, *caput*), Advocacia Pública (CPC/2015, art. 183, *caput*), Defensoria Pública (CPC/2015, art. 186, *caput*) e corréus com procuradores diferentes (CPC/2015, art. 229, *caput*) se manifestarem nos autos, não mais existindo quadruplicação de prazo para contestar.

Por outro lado, o CPC de 2015 se mostrou sensível à percepção da incoerência de, no Código Buzaid, a Seção “Das exceções” integrar o Capítulo “Da resposta do réu”, quando o art. 304 do CPC de 1973 assegura *a qualquer das partes* arguir, por meio de exceção, a incompetência relativa, o impedimento ou a suspeição. A partir daí, considerando que é o autor quem direciona a ação a determinado Juízo, de modo que não lhe é dado, por preclusão lógica, elegê-lo e depois excepcioná-lo por *incompetência relativa*⁵⁷⁵, o CPC de 2015 incluiu a incompetência relativa entre as matérias deduzíveis pelo réu em sede de contestação (CPC/2015, art. 337, inc. II), sob consequência, além de preclusão, de prorrogação do juízo competente. O impedimento e a suspeição do juiz, por sua vez, ainda arguidos em petição específica (CPC/2015, art. 146, *caput*), passaram a ser regulamentados em capítulo do Título “Do juiz e dos auxiliares da justiça”, não mais integrando as modalidades de resposta do réu.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 317. Dinamarco indica que, *excepcionalmente*, o autor poderá arguir incompetência relativa, quando esta resultar de *fato superveniente* ao ajuizamento da demanda, como “quando o foro é desmembrado ou quando nova lei de organização judiciária inclui em outro foro o lugar ao qual a causa esteja ligada” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.081, p. 505).

14.1.2.1 A contestação

Ao contestar, cabe ao réu, antes de discutir o mérito, apresentar suas *defesas processuais/preliminares* (CPC/1973, art. 301; CPC/2015, art. 337), é dizer, arguir eventual não configuração dos pressupostos para o julgamento de mérito – voltados ou à extinção do processo (*defesas próprias ou peremptórias*), como a ilegitimidade processual e a existência de coisa julgada, ou a “colocá-lo sobre os trilhos” (*defesas impróprias ou dilatórias*), como a nulidade da citação e a incompetência do Juízo –, embora se tratem de *objeções*, isto é, de *matérias conhecíveis de ofício pelo juiz* (CPC/1973, art. 301, § 4.º; CPC/2015, art. 337, § 5.º), não sujeitas, portanto, a preclusão – excetuados, por dependerem de arguição pelo réu (i) sob a égide do CPC de 1973, o *compromisso arbitral* (CPC/1973, art. 301, § 4.º), porém (ii) sob a do CPC de 2015, a *convenção de arbitragem* e a *incompetência relativa* (CPC/2015, art. 337, § 5.º), essa última oponível, de acordo com o art. 112 do CPC de 1973, mediante exceção autônoma, mas segundo o art. 337, inc. II, do CPC de 2015, na própria contestação.

Outrossim, é ônus dele se pronunciar sobre cada um dos fatos que embasam o pedido inicial, assim como expor especificamente todos aqueles em que fundamenta sua defesa (CPC/1973, arts. 300 e 302, *caput*; CPC/2015, arts. 336 e 341, *caput*) (*defesas de mérito diretas e indiretas*⁵⁷⁶ – exceções), sob o risco de poder o juiz ter por verdadeiros os fatos alegados pelo autor não impugnados (CPC/1973, art. 302, *caput*; CPC/2015, art. 341, *caput*), e de não mais se admitir a introdução de ocasionais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito afirmado na petição inicial, como efeitos da preclusão operada – excetuadas as hipóteses indicadas nos arts. 302 e 334 do CPC de 1973, correspondentes aos

⁵⁷⁶ Explicam, a propósito, Wambier e Talamini que “Após as preliminares, deve a contestação conter a defesa de mérito, que, como visto, tanto pode ser direta, se o réu nega os fatos alegados pelo autor ou as consequências jurídicas pelo autor pretendidas, como indiretas, hipótese em que o réu admite os fatos apresentados pelo autor, mas a eles contrapõe outros, capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor” (WAMBIER; TALAMINI, *Curso...*, v. 1, p. 413).

arts. 341 e 374 do CPC de 2015, assim como os fatos *impossíveis e improváveis*⁵⁷⁷.

Nessa linha, assim leciona Bedaque:

Tratando-se de defesa direta de mérito, a não-alegação no momento oportuno, a rigor, torna incontroverso o fato não impugnado (art. 302). Se a defesa for indireta, a exceção substancial, em princípio, não pode mais ser apresentada. Trata-se de matéria não cognoscível de ofício e que, não alegada oportunamente, tornou-se preclusa.

Este limite não se aplica às *objeções*, compreendendo esta expressão a matéria de defesa cujo conhecimento independe de alegação da parte, podendo o juiz agir *ex officio*.

Com relação às exceções, todavia, são passíveis de dedução alegações relativas a direito superveniente ou se houver autorização legal expressa (art. 303 e incisos do CPC).⁵⁷⁸

Essas normas consagram o *ônus da impugnação específica dos fatos* – inaplicável, segundo o Código Buzaid, ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público (CPC/1973, art. 302, p.u.)⁵⁷⁹, porém segundo o CPC de 2015, ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial (CPC/2015, art. 341, p.u.) –, o qual rechaça a contestação genérica ou por negativa geral, responsabilizando o réu pela omissão quanto a defesas em relação às quais por lei se exija sua iniciativa e possibilitando sejam admitidos como

⁵⁷⁷ Conforme lição de Dinamarco, *impossíveis* “não são somente fatos contrários às leis naturais ou a dogmas da matemática, mas também aqueles cuja ocorrência a lógica exclui, nas circunstâncias das pessoas, do lugar, do tempo e do próprio contexto histórico descrito na petição inicial. *Improváveis* são aqueles de que o espírito do homem comum tem mais razões para descrer, do que para crer (Malatesta). Tanto a impossibilidade como a improbabilidade do fato alegado são aferidas com grande carga de subjetivismo e influências culturais daquele a quem são alegadas” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.126, p. 568).

⁵⁷⁸ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 137-138.

⁵⁷⁹ Sob a égide do CPC de 1973, há julgados do STJ assentando a não aplicação do ônus da impugnação específica também em relação à Fazenda Pública. Nesse sentido, *vide*: STJ, 6.ªT., REsp 939.086-RS, rel. Des. Conv. Marilza Maynard, j. 12.8.2014, *DJe* 25.8.2014; STJ, 2.ªT., REsp 1.364.444-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 8.4.2014, *DJe* 18.6.2014; STJ, 2.ªT., AgRg no REsp 1.187.684-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.5.2012, *DJe* 29.5.2012.

verídicos os fatos alegados pelo autor não contestados⁵⁸⁰. Apesar disso, as *questões de direito* que constituam o fundamento jurídico da defesa não estão sujeitas ao ônus preclusivo de serem arguidas⁵⁸¹, até porque deverão ser consideradas de ofício pelo juiz. No prazo para resposta, ademais, cabe ao réu denunciar à lide (CPC/1973, art. 71; CPC/2015, art. 126), chamar ao processo (CPC/1973, art. 78; CPC/2015, art. 131) e impugnar o valor da causa (segundo o art. 261 do CPC de 1973, dá ensejo a incidente autônomo; diversamente, de acordo com o art. 337, inc. III, do CPC de 2015, constitui uma das matérias argúveis no âmbito da própria contestação)⁵⁸², tudo sob consequência de preclusão do direito respectivo.

A propósito, concordamos com Moniz de Aragão quando assevera que embora silencie o CPC de 1973 a respeito, há de se admitir que o réu modifique sua defesa, antes do saneamento, nos mesmos moldes *convencionais* em que se faculta ao autor fazê-lo com relação ao pedido e sua causa⁵⁸³. Essa possibilidade, importa notar, encontra manifesto amparo no disposto no artigo 190 do CPC de 2015, que consagra a admissibilidade de as partes plenamente capazes, nos processos versando sobre direitos que admitam autocomposição, estabelecerem, de comum acordo, mudanças no procedimento.

Para além disso, expusemos em capítulo anterior as razões pelas quais entendemos que, partindo da premissa de que as preclusões consubstanciam normas de imputação de responsabilidade às partes, também reputamos apropriado que ao réu seja possibilitado tecer novas alegações depois da contestação sempre que demonstrada sua boa-fé e que as omissões sejam decorrentes de causas a ele não atribuíveis, a despeito de, quanto a isso, discordar o autor. O CPC de 2015, no entanto, nenhum avanço representou em tal sentido.

⁵⁸⁰ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 297; WAMBIER; TALAMINI, *Curso...*, v. 1, p. 409.

⁵⁸¹ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 67.

⁵⁸² Demais disso, sob a vigência do CPC de 1973 cabia ao réu, na contestação, nomear à autoria (CPC/1973, art. 64), instituto esse, todavia, excluído do CPC de 2015.

⁵⁸³ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 153.

Por outro lado, não contestada a demanda no prazo legal (e inexistindo motivo que justifique a aceitação de contestação intempestiva), opera preclusão temporal e, por conseguinte, revelia, a qual implicará *presunção relativa* de veracidade dos fatos narrados na petição inicial (CPC/1973, art. 319; CPC/2015, art. 344 – *efeito material* da revelia). Esse efeito, todavia, não se verifica nas hipóteses previstas nos arts. 302 e 320 do CPC de 1973, correspondentes aos arts. 341 e 345 do CPC de 2015, assim como em relação aos fatos impossíveis, improváveis e notórios⁵⁸⁴, embora esteja, também nessas situações, de regra tolhido o direito do réu revel de oferecer contestação extemporânea⁵⁸⁵, diante da preclusão de seu direito de contestar, que não poderá ser desprezada pelo juiz da causa.

Sob essa perspectiva, nota-se que ao réu é cominado “ônus de especial transcendência, que é a *necessitas defensionis*”⁵⁸⁶, correndo, ademais, contra o revel que não tenha constituído procurador nos autos os prazos independentemente de intimação (CPC/1973, art. 322, *caput*; CPC/2015, art. 346, *caput* – *efeito processual* da revelia). Apesar disso, é assegurado ao revel em processo civil o direito de intervir em qualquer fase do processo, recebendo-o no estado em que se encontrar (CPC/1973, art. 322, p.u.; CPC/2015, art. 346, p.u.), quando se admitirá, inclusive, desde que compareça oportunamente, que deduza defesas processuais e materiais que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz, assim como que produza provas voltadas a desconstituir a mencionada *presunção relativa* de veracidade dos fatos alegados pelo autor⁵⁸⁷ (STF, súmula 231).

Nessa linha, há julgados do STJ no sentido de que como o réu revel pode intervir no processo a qualquer tempo, o desentranhamento da contestação

⁵⁸⁴ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 148.

⁵⁸⁵ A propósito, explica Maria Lúcia L. C. de Medeiros ser a revelia “uma situação de fato, jurídica, consistente na verificação objetiva da falta de contestação. [...] A revelia é a não apresentação de contestação, dentro do prazo e validamente por meio de advogado. Desse fato podem ou não decorrer as consequências previstas na lei, dentre elas, a ‘presunção’ de veracidade dos fatos alegados pelo autor e a não intimação do réu quanto aos atos do processo. A produção desses efeitos, no entanto, não é inexorável” (MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003, p. 60-63).

⁵⁸⁶ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 297.

⁵⁸⁷ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 148.

intempestiva não é consequência da revelia, até porque, permanecendo ela nos autos, eventualmente alertará o Juízo sobre matéria passível de alegação e, por conseguinte, de conhecimento de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição⁵⁸⁸. Para além disso, conforme observa Bedaque, “Não pode o juiz ignorar a realidade retratada nos autos apenas para homenagear a técnica processual”, de modo que “Se o conjunto probatório revelar a inexistência do fato constitutivo, o pedido deve ser rejeitado, não obstante incontroversos os fatos”⁵⁸⁹.

Igualmente nesse sentido, Talamini assevera que:

[...] a revelia, mesmo quando não se caracterize uma das exceções à ocorrência de seu efeito principal, não impõe necessariamente julgamento de mérito a favor do autor, se: (a) dos fatos narrados na inicial não resultam as consequências jurídicas pretendidas pelo autor; (b) os fatos alegados são manifestamente falsos ou impossíveis (repita-se: a presunção do art. 319 é relativa); (c) há matérias, contrárias ao autor, que o juiz pode conhecer de ofício (pressupostos processuais e condições da ação e, quanto ao mérito, as objeções: decadência, prescrição de direitos indisponíveis, pagamento etc.). Nesse último caso, tais matérias tanto podem estar de plano evidenciadas nos autos, quanto delas pode haver algum marcante elemento indicativo – justificando-se então até providência probatória de ofício.⁵⁹⁰

Desse modo, o efeito material da revelia, seja sob o regramento de 1973, seja sob o do CPC de 2015, é consequência excepcional da ausência de contestação, havendo, ademais, de ser aplicado de forma restritiva, mormente diante do princípio constitucional da ampla defesa⁵⁹¹. Afinal, a contumácia não é mais do que o descumprimento de um ônus, não é antijurídica, não enseja aplicação de sanção, consagrando, ademais, a presunção *juris tantum* (ao contrário da *iure et de iure*) não uma proibição à realização da prova, mas sim um

⁵⁸⁸ Nesse sentido, v.g.: STJ, 3.ª T., AgRg no Ag 1.074.506-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.2.2009, DJe 3.3.2009.

⁵⁸⁹ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 138.

⁵⁹⁰ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 148.

⁵⁹¹ RUBIN, *A preclusão...*, p. 241.

modo de inversão do ônus probatório, no sentido do que exonera uma das partes do ônus de demonstrar o fato presumido e atribui à adversária o de produzir prova em contrário⁵⁹².

Por aí, cabe repensar até mesmo a concepção de que os atos preclusos são absolutamente desprovidos de eficácia, considerando, *v.g.*, que a contestação intempestiva porém instruída com documentos “pode gerar dúvida ou até certeza no espírito do juiz, que não deverá desconsiderar essa situação e decidir tão-somente com base na técnica processual”⁵⁹³. Em outras palavras, embora do ponto de vista da técnica processual seja o réu revel, as consequências daí advindas são relativas, de modo que as circunstâncias do caso concreto poderão fazer com que o juiz despreze a presunção legal e julgue improcedente o pedido⁵⁹⁴. O mesmo raciocínio, obviamente, aplica-se no tocante ao ônus da impugnação específica dos fatos, acima mencionado.

14.1.2.1.1 Segue. A réplica

Explanados, em linhas gerais, os ônus de alegação e de impugnação conferidos ao réu em sede de contestação, não podemos ir adiante sem tecer uma ou outra consideração a respeito das controvérsias em torno da existência, ao não, para o autor, de um *ônus de replicar*, impugnando os fatos extintivos, modificativos e impeditivos de seu direito alegados pelo réu em contestação.

Manifestando-se em sentido favorável à existência desse ônus de impugnação, assevera Dinamarco que:

Também fatos *alegados pelo réu* poderão tornar-se controvertidos e portanto necessitar de provas. Sempre que ele *reconvier* alegando fatos novos (arts. 315 ss.) ou em contestação alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado

⁵⁹² RUBIN, *A preclusão...*, p. 241-242.

⁵⁹³ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 140-141.

⁵⁹⁴ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 141.

pelo autor, terá este o ônus de negar o que assim se afirmou, sob pena de deixá-los incontroversos e, portanto, independentes de prova.⁵⁹⁵

Com efeito, embora ausente previsão legal expressa nesse sentido, partindo do disposto no art. 334, inc. III, do CPC de 1973, coincidente ao art. 374, inc. III, do CPC de 2015 (“Não dependem de prova os fatos: [...] admitidos, no processo, como incontroversos”), assim como em prestígio à norma que determina que o juiz assegure às partes igualdade de tratamento (CPC/1973, art. 125, inc. I; CPC/2015, art. 139, inc. I), é de se reconhecer que uma vez não controvertidos pelo autor os fatos deduzidos pelo réu em sua contestação, deixarão eles de ser objeto de prova.

Apesar disso, do mesmo modo como se passa com os ônus de impugnação conferidos ao réu, as alegações fáticas contidas na contestação e não impugnadas pelo autor não serão presumidas verdadeiras (i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; (ii) se a contestação não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; e (iii) se estiverem em contradição com as alegações do autor, consideradas em seu conjunto (i.e., petição inicial e réplica) (CPC/1973, art. 302; CPC/2015, art. 341).

14.1.2.2 A reconvenção

A reconvenção, cabível para dedução de pretensão conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa (CPC/1973, art. 315; CPC/2015, art. 343), segundo o regramento contido no CPC de 1973 será oferecida *simultaneamente*⁵⁹⁶ e em *peça autônoma* à contestação (CPC/1973, art. 299),

⁵⁹⁵ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 787, p. 60.

⁵⁹⁶ A imposição de simultaneidade no oferecimento da contestação e da reconvenção no regime do Código Buzaid implica que a apresentação isolada daquela preclui o direito do réu de reconvir, ainda que não extrapolado o prazo legal (NERY JUNIOR; NERY, *Código...*, p. 679). Nessa linha já decidiu o STJ, v.g.: STJ, 1.ªT., AgRg no REsp 935.051-BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.9.2010, *DJe* 30.9.2010; STJ, 4.ªT., REsp 31.353-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 8.6.2004, *DJe* 16.8.2004. Em sentido contrário, Bedaque afirma, a respeito do assunto, que “deve ser repudiada a

porém de acordo com o CPC de 2015, será deduzida *na própria contestação* (CPC/2015, art. 343, *caput*). Seja sob a égide do CPC de 1973, seja sob a do CPC de 2015, sujeita-se a reconvenção, no tocante às alegações, ao mesmo regime preclusivo pertinente à demanda, sendo, ademais, em ambos os sistemas dado ao réu reconvir sem contestar⁵⁹⁷, situação essa em que poderão não se verificar os efeitos (material e processual) da revelia, na medida em que ele está ativo no processo e que poderá, na reconvenção, controverter os fatos alegados pelo autor⁵⁹⁸.

O ônus imposto ao réu-reconvinte, todavia, é principalmente o de propor a reconvenção no mesmo processo em que foi acionado pelo autor, para com isso revidar contra ele de imediato e com mais facilidade; quando não reconvier, contudo, permanecerá para ele o direito de propor ação em separado, com objeto idêntico ao que poderia ter sido deduzido na reconvenção⁵⁹⁹, assim como o de deduzir a pretensão em sede de reconvenção a outra demanda em face de si ajuizada pelo mesmo autor e com objeto igualmente conexo. Nesse ponto, aliás, acentuam-se os efeitos meramente *endoprocessuais* operados sobre a preclusão do direito de reconvir, que, insistimos, não obstarão o exercício do direito de ação em demanda distinta.

Embora inexistente previsão legal expressa nesse sentido, não se exclui *a priori* a possibilidade de se formular *reconvenção à reconvenção*, sendo

solução formalista, que insiste na preclusão consumativa, interpretando literalmente a exigência de que ambas, contestação e reconvenção, sejam apresentadas simultaneamente, mas ressalva de forma expressa a possibilidade de o réu propor ação autônoma, que será reunida no mesmo processo, para julgamento conjunto. É o império da forma sem conteúdo, do formalismo estéril e injustificado. Assim, melhor afastar a ideia de preclusão consumativa também aqui. Não admitir a reconvenção neste caso somente acarretaria maior dificuldade ao desenvolvimento do processo – consequência incompatível com a celeridade e a economia processuais” (BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 151-152). Assim já se manifestou o STJ, v.g., STJ, 3.^aT., REsp 132.545-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.2.1998, DJ 27.4.1998. Essa exigência de simultaneidade, cabe destacar, verifica-se tão somente entre contestação e reconvenção, não alcançando as exceções, que poderão ser oferecidas isolada ou simultaneamente com a contestação, suspendendo, ademais, o prazo para oferecimento desta se apresentada anteriormente (CPC/1973, art. 306).

⁵⁹⁷ No CPC de 2015 essa possibilidade está expressa no art. 343, § 6.º.

⁵⁹⁸ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.101, p. 529-530. Nesse sentido, conferir: STJ, 3.^aT., REsp 1.335.994-SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.8.2014, DJe 18.8.2014.

⁵⁹⁹ MARQUES, *Manual...*, v. II, p. 67.

ela admissível, segundo entendimento de Dinamarco, na hipótese de o autor-reconvindo deter uma pretensão conexa à reconvenção do réu ou aos fundamentos da defesa a ela oposta, porém sob a condição de que a nova demanda não venha a expressar uma pretensão que ele poderia ter cumulado já na petição inicial⁶⁰⁰.

Oferecida a reconvenção, o autor-reconvindo será intimado para contestá-la (CPC/1973, art. 316)/apresentar resposta (CPC/2015, art. 343, § 1.º), no prazo de quinze dias – sendo esse caso mesmo de intimação, porquanto o autor reconvindo não precisa ser cientificado da existência do processo que ele próprio deflagrou, tampouco ser chamado a juízo, pois já compõe a relação jurídica processual⁶⁰¹. Ao final, serão julgadas na mesma sentença ação principal e reconvenção (CPC/1973, art. 318; ainda que inexistente dispositivo correspondente no CPC de 2015, o julgamento conjunto é decorrência lógica do fato de ser a reconvenção, a partir de sua vigência, apresentada na própria contestação), embora a extinção daquela não obste o prosseguimento desta (CPC/1973, art. 317; CPC/2015, art. 343, § 2.º).

Ainda, cabe mencionar que a reconvenção é instrumento processual típico do processo de conhecimento, sendo inadmissível nas fases ou processos *executivos*, onde não há sentença de mérito, tampouco nos *cautelares*, que não se voltam a propiciar a tutela jurisdicional plena, e nos de *jurisdição voluntária*, que não têm por objeto uma pretensão a ser satisfeita por meio de sacrifício de interesse de outrem⁶⁰². Na ação monitória, é cabível a reconvenção após a conversão do procedimento em ordinário (STJ, súmula 292); entretanto, a teor do disposto no art. 702, § 6.º, do CPC de 2015, não se admite, nesses casos, reconvenção à reconvenção.

14.1.2.3 As exceções

⁶⁰⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.099, p. 526.

⁶⁰¹ NEGRÃO; GOUVÊA; BONDIOLI; FONSECA, *Código...*, p. 448.

⁶⁰² DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.097, p. 522.

As exceções são destinadas, segundo o disposto no art. 304 do CPC de 1973, à arguição de *incompetência relativa* do Juízo (CPC/1973, art. 112), e de *impedimento* (CPC/1973, art. 134) ou *suspeição* (CPC/1973, art. 135) do juiz, cabendo à parte interessada oferecê-las, quando embasadas em *motivo preexistente*, na primeira oportunidade de falar nos autos (CPC/1973, art. 138, § 1.º), e quando fundadas em *motivo superveniente*, no prazo de quinze dias contados da ciência do fato que ocasionou tais situações (CPC/1973, art. 305)⁶⁰³.

Conforme entendimento do STJ, sendo de trinta dias o prazo para o executado opor-se à execução fiscal mediante embargos (Lei n.º 6.830/1980, art. 16), as exceções hão de ser opostas igualmente com observância a esse prazo⁶⁰⁴, o que leva a crer que também o prazo de contestação quadruplicado para a Fazenda Pública e para o Ministério Público durante a vigência do Código Buzaid (CPC/1973, art. 188) há de ser observado para o oferecimento das exceções. Em relação ao defensor público e aos corréus com procuradores diferentes há previsões legais expressas no sentido de que são contados em dobro os prazos em geral para falar nos autos (LAJ, art. 5.º, § 5.º, e CPC/1973, art. 191, respectivamente), o que obviamente alcança as exceções.

Por sua vez, o CPC de 2015, conforme já explicitado, corrige a incoerência de, no Código Buzaid, a Seção “Das exceções” integrar o Capítulo “Da resposta do réu”, quando o art. 304 do CPC de 1973 assegura *a qualquer das partes* arguir, por meio de exceção, a incompetência relativa, o impedimento ou a suspeição. A partir daí, considerando que não é dado ao autor, por preclusão lógica, eleger o Juízo e depois excepcioná-lo por *incompetência relativa*, o CPC de 2015 a incluiu entre as matérias deduzíveis pelo réu em sede de contestação (CPC/2015, art. 337, inc. II), sob consequência, além de preclusão, de prorrogação do Juízo competente⁶⁰⁵. O impedimento e a suspeição do juiz, por sua vez,

⁶⁰³ RUBIN, *A preclusão...*, p. 236.

⁶⁰⁴ A propósito, *vide*: STJ, 2.ªT., EDcl no REsp 1.418.124-PE, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20.5.2014, *DJe* 28.5.2014; STJ, 2.ªT., REsp 1.390.431-PE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2013, *DJe* 24.10.2013.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, tratando-se de ônus conferido exclusivamente ao réu, que poderá até mesmo optar por se omitir a esse respeito, aceitando a prorrogação da competência em decorrência da preclusão temporal, não se pode admitir que o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, oponha a

passaram a ser regulamentados em capítulo do Título “Do juiz e dos auxiliares da justiça”, sendo arguidos ainda em petição específica (CPC/2015, art. 146, *caput*), que em caso de não reconhecimento pelo juiz da causa, será remetida ao tribunal junto às razões do juiz (CPC/2015, art. 146, § 1.º).

Diversamente do CPC de 1973, que em seu art. 306 prevê que a oposição de exceções suspende automaticamente o curso processual, no CPC de 2015 as exceções de impedimento e de suspeição do juiz poderão ou não ser recebidas pelo relator com tal efeito (CPC/2015, art. 146, § 2.º). A alegação de incompetência relativa do Juízo, a seu turno, se realizada nos termos do *caput* do art. 340 do CPC de 2015, suspenderá a realização da audiência de conciliação ou de mediação (CPC/2015, art. 340, § 3.º).

No que diz respeito ao *impedimento*, cabe, ainda, destacar que em se tratando de matéria passível de alegação pela parte e de conhecimento de ofício pelo órgão julgador a qualquer tempo e grau de jurisdição, dando azo inclusive ao ajuizamento de ação rescisória (CPC/1973, art. 485, inc. II; CPC/2015, art. 966, inc. II), sua dedução mediante exceção e dentro do prazo de quinze dias constitui formalidade cuja inobservância não acarreta preclusão do direito de arguição, que pode ser exercido em outros momentos procedimentais. Apesar disso, apenas se deduzida por meio de exceção é que a arguição de impedimento terá aptidão para suspender o curso processual⁶⁰⁶. A exceção de suspeição, diversamente, consubstancia o único caminho para as partes recusarem o juiz reputado suspeito, sendo inadmissível sua arguição no corpo da contestação ou em qualquer outra ocasião procedimental, assim como fora do prazo de quinze dias contados da ciência do fato que a ocasionou, diante da preclusão temporal a esse respeito verificada.

exceção em alusão (NERY JUNIOR; NERY, *Código...*, p. 689). Apesar disso, o CPC de 2015 prevê expressamente que “A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar” (CPC/2015, art. 65, p.u.).

⁶⁰⁶ DINAMARCO, *Instituições...*, v. III, n. 1.087, p. 509-510.

14.1.3 Princípio da eventualidade

Das normas até agora mencionadas exsurge o *princípio da eventualidade*, que na fase postulatória estabelece a autor e réu o ônus de fazerem valer todos os meios de ataque e de defesa de que dispõem, ainda que aparentemente⁶⁰⁷ contraditórios entre si, por ocasião da petição inicial e da contestação. Afinal, “Se se assegurasse às partes a faculdade de apresentarem suas alegações como e quando lhes conviesse, a desordem e a insegurança campeariam no processo, arrastando os litígios a delongas intermináveis”⁶⁰⁸.

A despeito disso, não se pode desprezar que, conforme observa Dinamarco, “não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade”, porquanto “grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar *mentiras* ao menos em um deles e a mentira é um ato de *deslealdade processual* incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé”⁶⁰⁹.

Por outro lado, é evidente que esses ônus processuais não fariam sentido, tampouco implicariam consequências práticas significativas se não fossem atrelados à preclusão⁶¹⁰, de sorte que as alegações não formuladas em

⁶⁰⁷ Partindo de lição de Isidoro Eisner, salienta Rubin que “em muitos casos se justifica razoavelmente a acumulação de ações ou de defesas, desde a fase inicial do pleito, quando já não se trata de afirmar fatos contraditórios entre si, mas sim de defender distintos enfoques de direito para se firmarem múltiplas posturas jurídicas suscetíveis, quaisquer delas, de lograr favorável acolhimento” (RUBIN, *A preclusão...*, p. 229-230).

⁶⁰⁸ ROCHA, *Preclusão...*, p. 93.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 559, p. 338.

⁶¹⁰ TEIXEIRA, *O princípio...*, p. 45. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “O sentido deste princípio [da eventualidade] é o de que nas alegações feitas, se, eventualmente, algumas não forem acolhidas, poderão sê-lo as outras. Todas, por isso, ainda que em tese possam ser, em certa escala, contraditórias entre si, devem ser feitas num mesmo momento processual, simultaneamente. Para que se obtenham consequências práticas significativas do princípio da eventualidade é necessária a figura da preclusão, a impedir que, se as alegações não tiverem sido feitas no momento adequado, não o possam ser depois” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos...*, p. 477). Nesse sentido, afirma Rocha que “Se o instituto da preclusão serve para a garantia de uma ordem legal, serve também para a observância do princípio da eventualidade. Se o processo se constitui de uma série de estágios que se vão sucedendo frente à observância de uma ordem prefixada e destinados a determinadas atividades, é imprescindível que a preclusão atue no sentido de mantê-los separadamente e forçando a que se realizem os atos processuais ao

tais ocasiões não poderão ser deduzidas posteriormente. Apesar disso, há de se destacar que o princípio da eventualidade não se confunde com o de preclusão, até porque este incide em todo o desenrolar procedimental, atingindo um sem-número de atos processuais, não dizendo respeito apenas aos postulatórios⁶¹¹.

Ademais, nota-se que o princípio da eventualidade mostra-se muito mais severo para o réu, a quem se confere o ônus de impugnar todos os fatos e alegações deduzidos na petição inicial, sem se cogitar que o faça em demanda posterior, do que ao autor, que poderá desenvolver o objeto faltante na petição inicial em outra demanda ajuizada em face do mesmo devedor⁶¹², sem que as preclusões operadas na primeira reflitam sobre a segunda, tendo em vista seus (multicitados) efeitos endoprocessuais.

14.1.4 A estabilização da demanda

Os arts. 264 e 294 do CPC de 1973, correlativos ao art. 329 do CPC de 2015, acima mencionados, conformam a regra segundo a qual depois de perfectibilizada a relação jurídica processual mediante a citação, a demanda se tornará estável, não podendo a sentença desbordar dos limites por ela estabelecidos (CPC/1973, arts. 128 e 460; CPC/2015, arts. 141 e 492). Essa estabilização é tanto *subjetiva*, no sentido de que depois da citação não se admitirá, sem a anuência do réu, a modificação dos polos ativo e passivo, como *objetiva*, porquanto restam inalteráveis a causa de pedir e o pedido.

A estabilização da demanda encontra amparo não apenas no dever de *lealdade processual* – que compreende o de *veracidade*, de exposição clara e

seu devido tempo, sob pena de não mais poderem ser cumpridos. O princípio da eventualidade, portanto, é garantido pelo sistema de preclusões rígidas” (ROCHA, *Preclusão...*, p. 96).

⁶¹¹ De acordo com a lição de Manoel Caetano Ferreira Filho, “O princípio da eventualidade, ao impor a dedução, de uma só vez (na inicial ou na resposta) de todos os meios de ataque ou de defesa que pretendam as partes, importa na preclusão de todos os meios de ataque e defesa que não forem apresentados no momento oportuno. Porém, não é este o único caso em que se verifica a preclusão” (FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 78).

⁶¹² RUBIN, *A preclusão...*, p. 232-233.

precisa dos fatos e fundamentos jurídicos por ambas as partes, a fim de não se surpreender, nenhuma delas, com alegações imprevistas –, como no *interesse público na boa administração da justiça*, que deve resolver de maneira certa e definitiva o litígio instaurado pelo autor por meio do exercício de seu direito de ação⁶¹³.

Outrossim, cabe nesse ponto outra vez memorar que, conforme discurremos em capítulo anterior, conquanto a concentração e a estabilização do pedido e da *causa petendi* conformem em regra limites a serem precisamente observados pelo órgão judicial, é necessário que o sistema preveja mecanismos que possibilitem a autor e réu atuantes de boa-fé, desde que demonstrado que a omissão decorreu de causa a eles não imputável, a inclusão de argumentos, pedidos, defesas *etc.* não apresentados na petição inicial e na contestação.

14.1.5 Matérias que admitem dedução extemporânea

O art. 303 do CPC de 1973, correspondente ao art. 342 do CPC de 2015, em certa medida relativiza os princípios da eventualidade e da estabilização da demanda, ao admitir que autor e réu levem ao conhecimento do juiz, depois de ultrapassados os momentos da petição inicial e da contestação, (i) fatos supervenientes, (ii) questões conhecíveis de ofício, e (iii) matérias que, por expressa previsão legal, possam ser formuladas a qualquer tempo e Juízo. Assim, essas alegações poderão ser deduzidas a qualquer momento, inclusive em grau de apelação (CPC/1973, arts. 462, 517; CPC/2015, arts. 493 e 1.014), embora nas instâncias excepcionais encontrem óbice na exigência de prequestionamento⁶¹⁴ (STF, súmula 356; STJ, súmula 211) e na vedação ao revolvimento do conjunto fático-probatório (STF, súmula 279; STJ, súmula 7).

⁶¹³ RUBIN, *A preclusão...*, p. 250.

⁶¹⁴ Segundo jurisprudência do STJ, “nem mesmo as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, dispensam o prequestionamento para que delas conheça o STJ” (STJ, 4.ª T., AgRg no AREsp 430.751-MG, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 2.10.2014, DJe 7.10.2014).

Por *fato superveniente* há que se entender não apenas aquele cronologicamente novo, ou seja, *ocorrido* com posterioridade ao momento em que o autor ajuizou a demanda ou ao que o réu apresentou contestação, como também aquele *conhecido* pela parte depois dessas ocasiões. Nesse ponto, evidencia-se o ânimo legislativo de que os fatos não sejam introduzidos no processo “a conta-gotas”, mas sim que as partes mostrem desde os primeiros atos de alegação suas cartas, sob o risco de verem precluso o direito de deduzi-los, exceto quando demonstrada justa causa consistente em seu desconhecimento a respeito⁶¹⁵.

No tocante às questões conhecíveis de ofício pelo juiz, por sua vez, já foi explanado em capítulo anterior que tanto sob a vigência do CPC de 1973, como sob a do CPC de 2015, admite-se que autor e réu levem-nas ao conhecimento do juiz a todo momento, mesmo depois de apresentadas petição inicial e contestação, não havendo a esse respeito falar em preclusão, na medida em que não se está diante de um ônus, mas sim e propriamente de um dever processual de arguição.

O inc. III do art. 193 do CPC de 1973, cujo correspondente no CPC de 2015 é o art. 342, inc. III, a seu turno, é uma *norma processual em branco*, tendo em vista que os exemplos nele enquadráveis estão esparsamente previstos na lei⁶¹⁶, como é o caso da decadência convencional. Antes da vigência da Lei n.º 11.280/2006, aí se encaixava também a prescrição, que embora pudesse ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição (CC, art. 193), dependia de provocação pelo interessado (CC, art. 194, revogado pela Lei n.º 11.280/2006)⁶¹⁷. Atualmente, tratando-se a prescrição de matéria conhecida também de ofício pelo juiz, amolda-se ao inc. II do art. 303 do CPC de 1973, equivalente ao art. 342, inc. II, do CPC de 2015⁶¹⁸.

⁶¹⁵ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 77.

⁶¹⁶ SICA, *Preclusão...*, p. 166.

⁶¹⁷ SICA, *Preclusão...*, p. 166.

⁶¹⁸ SICA, *Preclusão...*, p. 166.

14.1.6 Especificação das provas cuja produção é pretendida

Ainda a respeito da fase postulatória, cabe destacar que, diante do que dispõem os arts. 282, inc. VI, e 300 do CPC de 1973, coincidentes com os arts. 319, inc. VI, e 336 do CPC de 2015, compete às partes especificar, já na petição inicial e na contestação, as provas que pretendem produzir.

Durante muito tempo essas normas foram aplicadas rigorosamente, inclusive refutando-se o denominado “protesto genérico pelas provas em direito admitidas”. Entretanto, é ressabido que a jurisprudência evoluiu e tem, há muito, amplamente aceitado o dito “protesto geral” por provas, fazendo inclusive com que se consolidasse a prática de o juiz determinar, no curso do procedimento, que as partes especificassem as provas cuja produção de fato julgavam necessárias e pertinentes à resolução da controvérsia⁶¹⁹. Além disso, tem-se acolhido pedidos de produção de provas formulados no momento em que o juiz determina sua especificação ainda quando ausente qualquer requerimento nesse sentido, mesmo genérico, na petição inicial e da contestação⁶²⁰.

Tal entendimento mostra-se razoável diante da constatação de que, muitas vezes, somente com o desenvolvimento do processo é que as partes terão efetivas condições de especificar os meios de provas necessários à comprovação dos fatos que lhes interessam⁶²¹, evitando, ademais, que elas requeiram um sem-número de provas inúteis, inclusive quanto a fatos posteriormente tidos por incontroversos, assim como que deixem de pleitear provas que somente no curso procedimental se mostrarão pertinentes, em prejuízo ao direito de defesa e à justiça da decisão.

14.2. A fase saneadora

⁶¹⁹ SICA, *Preclusão...*, p. 168.

⁶²⁰ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 88; TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 155.

⁶²¹ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 88.

Durante a vigência do CPC de 1939, impunha-se ao juiz pronunciar, logo após a fase postulatória, o *despacho saneador*, no qual, examinando a legitimidade da relação jurídica processual, negava ou admitia o prosseguimento da demanda, dispondo, se necessário, a propósito da correção de vícios sanáveis⁶²². Essa decisão, conforme observa Talamini, designava não apenas aquela que declarava saneado o processo ou que determinava o suprimento de irregularidades, porquanto sob o mesmo título poderia haver a própria extinção do processo⁶²³. Vinha ela, ademais, inspirada nos princípios de *economia* e de *celeridade* processuais, evitando-se atos e despesas inúteis em decorrência da resolução da questão prejudicial, impedindo-se que processo inviável transpusesse os umbrais da audiência e ordenando-se o suprimento oportuno de vícios sanáveis, para que não afetassem atos posteriores⁶²⁴.

Como esse diploma processual civil estabelecia um momento decisório específico para o saneamento, muito se controverteu, durante sua vigência, quanto à possibilidade de, depois de declará-lo saneado sem analisar *explicitamente* a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, o juiz extinguir o processo, sem resolução de mérito, sob o fundamento de não estarem eles presentes. Todavia, já não cabem disceptações a respeito da (já bastante combatida) preclusão de questões *implicitamente* resolvidas, pois seja diante da exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas (CF, art. 93, inc. IX; CPC/1973; art. 165; CPC/2015, art. 11, *caput*), seja porque o juiz não se sujeita a prazos próprios, ou ainda em razão de não se admitir que o silêncio produza efeitos jurídicos sem expressa previsão legal, não há como se aceitar a configuração de qualquer sorte de preclusão quando ausente pronúncia judicial (explícita) a respeito da matéria, mesmo quanto a questões de interesse estritamente privado. Esse entendimento, aliás, já está sedimentado na súmula 424 do STF⁶²⁵.

⁶²² LACERDA, *Despacho...*, p. 7.

⁶²³ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 138.

⁶²⁴ LACERDA, *Despacho...*, p. 6.

⁶²⁵ A respeito, conferir: SICA, *Preclusão...*, p. 206-210; RUBIN, *A preclusão...*, 2014, p. 158-163; NEVES, *Preclusões...*, p. 237-238; ROCHA, *Preclusão...*, p. 135-139.

O Código Buzaid, a seu turno, embora tenha eliminado o *despacho saneador*, prosseguiu reservando uma fase processual para o saneamento, ao determinar que, após a resposta do réu (ou de sua ausência), o juiz, quando necessário, adote as *providências preliminares* (CPC/1973, arts. 323 a 328), ou ainda, se a situação concreta permitir, extinga desde logo o processo, mediante *julgamento conforme o estado em que se encontrar*⁶²⁶, quando verificada qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, incs. II a V, do CPC de 1973, ou os efeitos materiais da revelia, ou que as provas constantes dos autos são suficientes para formar seu convencimento (CPC/1973, arts. 329 a 330). Além desses, desde a Lei n.º 8.952/1994 inclui-se entre os atos de saneamento do processo também a *audiência preliminar*, em que serão fixados os pontos controvertidos, decididas questões processuais pendentes e determinadas as provas a serem realizadas (CPC/1973, art. 331)⁶²⁷.

A despeito da previsão dessa fase específica para o saneamento, é de se acentuar que o processo há de ser constantemente saneado pelo juiz, devendo ele a todo tempo regularizar os vícios que admitem correção, assim como extingui-lo logo que constatada a carência de pressuposto necessário para o julgamento de mérito, impedindo, com isso, seu inútil prosseguimento, com desperdício de tempo, dinheiro, energia.

Além disso, há de se ressaltar a obrigatoriedade do desempenho das atividades saneadoras nesse momento processual, no sentido de que presentes as condições para a imediata extinção do processo (total ou parcial, com ou sem resolução de mérito) não poderá o juiz deixar de fazê-lo, relegando-a para ocasião futura. Em decorrência, não há negar a controlabilidade, inclusive mediante recurso de agravo de instrumento, da decisão em alusão⁶²⁸.

⁶²⁶ A propósito, acentua Talamini que não são de todo apropriadas as expressões “julgamento antecipado” e “julgamento conforme o estado do processo”, porquanto “Transmitem a falsa impressão de que o ato decisório estaria ocorrendo antes de seu momento oportuno”, quando, pelo contrário, “decide-se porque não há mais o que ser feito; porque tudo o que era necessário para a formação da convicção do julgador já está nos autos” (TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 147).

⁶²⁷ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 139.

⁶²⁸ TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 158.

O CPC de 2015, seguindo a linha dos Códigos anteriores, também reserva um momento processual específico para o saneamento do processo, em alguns aspectos semelhantes às disposições contidas no CPC de 1973. Com efeito, basta passar os olhos sobre as *providências preliminares* (CPC/2015, arts. 347 a 353) e sobre o *julgamento conforme o estado do processo* (CPC/2015, arts. 354 a 357) para perceber que grande parte do regramento precedente está sendo agora repetido.

Inovações, no entanto, negavelmente existem, como as possibilidades de o juiz realizar o saneamento em cooperação com as partes, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito (CPC/2015, art. 357, § 3.º)⁶²⁹, e de as partes apresentarem ao juiz delimitação consensual dos pontos de fato e de direito que reputam controvertidos, a qual, se homologada, vinculará tanto elas como o juiz (CPC/2015, art. 357, § 2.º).

Além disso, vem regulamentada expressamente no art. 356 do CPC de 2015 a possibilidade de julgamento “antecipado” parcial do mérito quando parte dos pedidos mostrar-se incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento, tratando-se de decisão interlocutória esse pronunciamento (CPC/2015, art. 203, §§ 1.º e 2.º), impugnável, ademais, mediante agravo de instrumento (CPC/2015, art. 356, § 5.º), e sujeito a execução definitiva depois de seu trânsito em julgado (CPC/2015, art. 356, § 2.º).

Dispõe, outrossim, o CPC de 2015 que, na decisão saneadora, o juiz (i) resolverá questões processuais pendentes, se existentes; (ii) delimitará as de fato a serem objeto de atividade probatória, indicando os meios de prova a serem utilizados; (iii) definirá a distribuição dos ônus probatórios (ratificando, com isso, a função das normas que estabelecem esses ônus (CPC/2015, art. 373) como normas também de comportamento); (iv) delimitará as questões de direito relevantes para a decisão de mérito; e (v) designará, quando necessária, audiência de instrução e julgamento (CPC/2015, art. 357, incs. I a V). A respeito

⁶²⁹ Sobre o tema se debruçou com particular dedicação Paulo Hoffman, defendendo a ideia de que a decisão de saneamento do processo não seja mais proferida pelo juiz isoladamente, mas sim em conjunto com as partes e da forma mais “negociada” possível (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011).

dessa decisão poderão as partes pedir esclarecimentos, no prazo comum de cinco dias, ficando ela estável depois disso (CPC/2015, art. 357, § 1.º).

14.3. A fase instrutória

Após o saneamento do processo, terá início, se for o caso, a *fase instrutória*. Esquemáticamente, cabem as seguintes considerações sobre as preclusões pertinentes à produção das provas documental, pericial e oral:

14.3.1 A prova documental

A prova documental há de ser requerida e produzida, em geral, antes do início da fase dita instrutória, já que, segundo dispõe o art. 396 do CPC de 1973, equivalente ao art. 434 do CPC de 2015, os documentos acompanham a petição inicial e a resposta (fase postulatória).

Apesar disso, a jurisprudência tem sido liberal quanto à admissão da apresentação, a qualquer tempo, de documentos novos, desde que não alterados os contornos da matéria litigiosa (CPC/1973, art. 303; CPC/2015, art. 342)⁶³⁰, que seja assegurado o contraditório e que se observem *limites éticos*, é dizer, “desde que não fique evidenciado o propósito de surpreender a parte contrária ou o juízo, nem o de provocar um retardamento indevido do processo”⁶³¹.

Nesse sentido, afirma Giannico que:

Dois são os requisitos que devem estar presentes para a admissão da juntada de documentos após o momento inicial do procedimento. O primeiro deles é a verificação da boa-fé da parte que os junta – a ser comprovada, *verbia gratia*, por meio de

⁶³⁰ TABOSA, Fábio. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.272.

⁶³¹ ROCHA, *Preclusão...*, p. p. 98.

justificativa plausível ou pela demonstração da inexistência de intuito de ocultá-los propositadamente. O segundo requisito é o não acarretamento de prejuízo à parte contrária: a juntada dos documentos extemporâneos não deve ser admitida quando tal providência possa privar a outra parte de exercer direitos ou prerrogativas processuais. A recomendação que se faz, quanto a esse tópico, é a de que sempre seja aberta vista à parte contrária para manifestação sobre os documentos novos antes de ser proferida qualquer decisão a respeito deles.⁶³²

O real problema a esse respeito, no entanto, está na ausência de efetiva investigação quanto à configuração de justificativa para a apresentação tardia dos documentos, o que acaba ocasionando, na prática, banalização da conduta⁶³³. Ao nosso ver, consoante já explanamos, consubstanciando as preclusões normas de imputação de *responsabilidade* às partes, é de se admitir amplamente a produção de provas extemporâneas, inclusive documentais, quando a omissão não lhes seja imputável. A investigação quanto à existência de justificativa legítima para a apresentação tardia de documentos, contudo, mostra-se imprescindível, até para não se prejudicar a *celeridade, efetividade, segurança etc.*, em que estão inspiradas as normas preclusivas a esse respeito estabelecidas.

Por outro lado, as garantias do *contraditório* e da *ampla defesa* impõem que se oportunize à parte adversária pronunciar-se e produzir contraprova sobre cada documento extemporaneamente exibido, havendo de ser, quanto a isso, maior o rigor judicial se se estiver diante de documentos voltados a firmar convicção sobre os *fatos centrais* do litígio, e não de meros documentos secundários ou destinados ao simples esclarecimento de fatos⁶³⁴. Demais disso, como é evidente, essa exigência poderá implicar que o procedimento acabe redundando em interminável ciranda de documentos novos, com prejuízo à

⁶³² GIANNICO, *A preclusão...*, p. 200.

⁶³³ ROCHA, *Preclusão...*, p. 98.

⁶³⁴ TABOSA. MARCATO (coord.), *Código...*, p. 1.273.

marcha processual e ao desfecho da demanda⁶³⁵, quando, então, tocará ao juiz pôr termo ao ciclo de apresentação dessas provas⁶³⁶.

14.3.2 A prova pericial

A prova técnica, por sua vez, a ser requerida, de regra, também na fase postulatória, é produzida no lapso entre o saneamento do processo (CPC/1973, art. 331, §§ 2.º e 3.º; CPC/2015, art. 357) e a audiência denominada de instrução e julgamento (CPC/1973, art. 444 e ss.; CPC/2015, art. 358 e ss.).

Segundo o CPC de 1973, após o despacho de nomeação do perito, as partes contam com prazo de cinco dias para apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos (CPC/1973, art. 421, § 1.º). Por sua vez, o CPC de 2015 ampliou para quinze dias esse prazo, oportunidade em que também tocará à parte arguir o impedimento ou a suspeição do *expert* (CPC/2015, art. 465, § 1.º). De acordo com a doutrina majoritária, o prazo de cinco dias estabelecido no art. 421, § 1.º, do CPC de 1973 não é peremptório – entendimento esse, ao nosso sentir, aplicável também ao art. 465, § 1.º, do CPC de 2015 –, o significando que seu transcorrer não é suficiente para operar preclusão temporal, que só incidirá quando se iniciarem os trabalhos.

Os quesitos complementares, por sua vez, serão formulados, sob consequência de preclusão, até a apresentação do laudo pericial (= momento adequado), considerando que não se justifica, “por tumultuário e também ilógico, o retorno dos autos ao experto, após isso, para resposta a quesitos até então inexistentes”. Admite-se, no entanto, elaboração de quesitos elucidativos em audiência (CPC/1973, art. 435; CPC/2015, art. 477, § 3.º), hipótese em que caberá à parte apontar “omissões ou dúvidas em concreto emergentes do laudo, não se

⁶³⁵ TABOSA. MARCATO (coord.), *Código...*, p. 1.272.

⁶³⁶ A propósito, observou Talamini que “a prática desses mais de vinte anos evidenciou não ser comum a ocorrência dessa ‘sequência dialética indefinida’ – de modo que o suposto risco acaba por não justificar a rejeição da ‘tendência não preclusiva’ quanto aos documentos [...]. Mas, ainda assim, se, em situações-limite e absolutamente excepcionais, surgir tal círculo vicioso, daí então o juiz haverá de fazer cessá-lo” (TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 151).

prestando tal oportunidade à exploração de novos temas”⁶³⁷. Ainda a propósito, a preclusão decorrente da ausência de elaboração de quesitos iniciais não exclui o direito à formulação de quesitos complementares⁶³⁸, muito menos de elucidativos.

Concluídos os trabalhos, o laudo técnico *deverá* ser apresentado no prazo fixado pelo juiz, de até vinte dias antes da data estabelecida para a realização da audiência de instrução e julgamento (CPC/1973, art. 333, *caput*; CPC/2015, art. 477, *caput*), sendo então intimadas as partes, cujos assistentes técnicos oferecerão seus pareceres, no prazo preclusivo comum de dez dias (CPC/1973, art. 333, p.u.), este aumentado para quinze pelo CPC de 2015 (CPC/2015, art. 477, § 1.º). Na audiência, será rematada a produção da prova pericial, com as respostas aos quesitos elucidativos, pelo perito e pelos assistentes técnicos (CPC/1973, art. 452, inc. I; CPC/2015, art. 361, inc. I).

14.3.3 A prova oral

Finalmente, a prova oral, a ser requerida, do mesmo modo como as demais, geralmente na fase postulatória, consiste no depoimento pessoal das partes e na oitiva das testemunhas por elas e pelo Juízo arroladas, sendo produzida na audiência dita de instrução e julgamento (CPC/1973, art. 452, incs. II e III; CPC/2015, art. 361, incs. II e III).

Nos termos do CPC de 1973, é ônus das partes depositar o rol de testemunhas cuja oitiva é desejada no prazo estabelecido pelo juiz, ou, se não estipulado, em até dez dias antes da realização da audiência (CPC/1973, art. 407), sob consequência de preclusão. Pelo regramento estabelecido pelo CPC de 2015, por sua vez, o juiz fixará, na decisão saneadora, prazo comum não superior

⁶³⁷ TABOSA. MARCATO (coord.), *Código...*, p. 1.374.

⁶³⁸ Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero asseveram que “os quesitos suplementares são oriundos da necessidade, evidenciada no curso da diligência, de novas indagações a respeito do objeto da perícia. Não estão subordinados, portanto, à prévia apresentação de quesitos iniciais. [...] Constituem faculdades distintas, oriundas de necessidades surgidas em momentos distintos. A faculdade de apresentação de quesitos suplementares finda com a apresentação do laudo pericial” (MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 405).

a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (CPC/2015, art. 357, § 4.º), excetuada a hipótese de ser designada audiência para saneamento em cooperação com as partes, quando o rol será nela apresentado (CPC/2015, art. 357, § 5.º).

A propósito, cumpre destacar que o rigor preclusivo do prazo para apresentação do rol de testemunhas não consubstancia mero formalismo, mormente considerando que se trata de prazo estabelecido em favor da parte contrária, destinado a informá-la sobre as pessoas que irão depor, a fim de que possa proceder às indagações a seu respeito⁶³⁹. É, aliás, o que impõe sua observância até mesmo quando as testemunhas comparecerão independentemente de intimação⁶⁴⁰.

Nesse caminhar, forçoso também reconhecer que o objetivo da norma (permitir à parte conhecer previamente as pessoas arroladas, para poder, se for o caso, questionar a legitimidade de seu testemunho) só será atendido quando o rol for depositado *em cartório* dentro do prazo indicado, de modo que se a parte se utilizar, *v.g.*, de protocolo integrado, haverá de atentar para que a respectiva petição chegue ao cartório tempestivamente⁶⁴¹, igualmente sob consequência de preclusão.

Por outro lado, caso seja adiada audiência ainda não iniciada, abre-se novo prazo para indicação de testemunhas, o que não será possível se já tiver sido iniciada⁶⁴². A esse respeito, é necessário que a parte contrária seja cientificada sobre o rol tardiamente apresentado, a fim de que possa, querendo, contraditar as testemunhas. Depois de apresentado o rol, só é dado à parte substituir as testemunhas nas hipóteses previstas no art. 408 do CPC de 1973, correspondente ao art. 451 do CPC de 2015, que são taxativas⁶⁴³.

⁶³⁹ ROCHA, *Preclusão...*, p. 106; GIANNICO, *A preclusão...*, p. 204.

⁶⁴⁰ ROCHA, *Preclusão...*, p. 106.

⁶⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

⁶⁴² MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 394-395.

⁶⁴³ MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 395.

14.3.4 A iniciativa instrutória do juiz

Como exposto acima, as partes têm os ônus de requerer e produzir oportunamente as provas que entenderem pertinentes, sob o risco de não se admitir que o façam depois de ultrapassados os momentos processuais apropriados. Estabelece-se, por aí, um sistema de preclusões probatórias cujo objetivo é notoriamente o de evitar que os litigantes reservem suas provas mais importantes para fazê-las valer em momento em que o adversário não estará em adequadas condições de sobre elas se defender. Trata-se de se priorizar lealdade, boa-fé e ética processuais, sempre e sempre a nortear a compreensão do instituto em análise⁶⁴⁴.

Por outro lado, a teor do disposto no art. 130 do CPC de 1973, equivalente ao art. 370 do CPC de 2015, o juiz tem o poder-dever de ordenar os atos necessários à instrução processual, sendo-lhe dado dispor de ofício dos meios probatórios que reputar necessários à formação de seu *livre convencimento motivado*. A propósito, é recorrente em âmbito doutrinário a afirmação que não estando os poderes do juiz sujeitos a preclusão temporal, poderá ele determinar a qualquer momento a realização das provas que reputar necessárias; nesse sentido, aduz-se que “Nem mesmo a preclusão por fases do processo alcança o juiz em matéria probatória, sendo inquestionável a possibilidade, mesmo ultimada a instrução, de conversão do ‘julgamento em diligência para complementar a instrução do processo’”⁶⁴⁵.

Além disso, entende-se, em geral, que uma vez indeferida a produção de prova requerida pela parte, poderá o juiz deferi-la posteriormente, se se convencer de sua necessidade; por outro lado, caso tenha deferido a prova pleiteada, não poderá em momento vindouro reputá-la impertinente e indeferi-la,

⁶⁴⁴ Nas palavras de Barbosa Moreira, há de se “preservar a dignidade da disputa processual, que deve situar-se em plano compatível com o respeito à personalidade dos litigantes, eliminando-se as surpresas desleais, o emprego insidioso de armas secretas, os golpes desfechados no escuro” (BARBOSA MOREIRA, “A garantia...”, p. 231).

⁶⁴⁵ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 91-92.

tendo em vista que “a situação processual de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento”⁶⁴⁶. A esse respeito, Neves afirma, inclusive, que “os efeitos do deferimento pelo juiz de uma prova requerida pela parte e de sua determinação *ex officio* são os mesmos: trazer para o processo uma prova a ser produzida”, de modo que não importa “como surgiu o requerimento de sua produção em juízo”⁶⁴⁷, pois em ambos os casos não poderá o juiz modificar a decisão.

Nesses termos, as normas preclusivas que disciplinam os ônus probatórios visam a condicionar tão-somente a atuação das partes, não obstando que o juiz, mesmo depois de concluída a instrução, converta o julgamento em diligência e determine a realização das provas que se lhe afigurem necessárias⁶⁴⁸. Ocorre que amparada em toda essa construção doutrinária, a prática cotidiana tem indiscutivelmente revelado que o poder instrutório conferido ao juiz é o caminho muitas vezes percorrido para se fechar os olhos às preclusões operadas sobre o *direito de provar* das partes. Diante desse quadro, em última análise, ¿que importa que as preclusões obstem às partes a produção plena das provas que julgarem necessárias, se existe o juiz, com sua sábia discricção e seu ativismo, obrando de ofício a esse respeito para evitar injustiças?⁶⁴⁹

Por essas razões, a abordagem do tema atrai inafastável reflexão sobre até que ponto é legítima essa atuação oficiosa do juiz, que ao equilibrar os efeitos negativos resultantes da preclusão incidente sobre o direito probatório de uma das partes, traz muitas vezes prejuízos à sua oponente. Afinal, é notório que um sistema nesses termos estruturado, com rígidas preclusões dos direitos das partes de provar de um lado, e atribuição de ampla e incontrolável discricção ao juiz, para determinar toda prova que entender necessária, de outro, corre risco manifesto de ofender o direito de defesa de algum dos litigantes⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ FERREIRA FILHO, *A preclusão...*, p. 92. No mesmo sentido, *vide*: TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 155.

⁶⁴⁷ NEVES, *Preclusões...*, p. 267-268.

⁶⁴⁸ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 154.

⁶⁴⁹ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 107.

⁶⁵⁰ ARIANO DEHO, *Hacia...*, p. 109-110.

Ao nosso sentir, ou se admite que o direito de defesa das partes seja exercido plenamente, dentro do momento processual adequado, e então, de um lado se apresenta apropriada a preclusão sobre ele operante, porém de outro não se pode reputar correta a alteração desenfreada desses efeitos provocada pelo exercício dos poderes do juiz, ou bem os efeitos das preclusões sobre os direitos das partes se mostram inapropriados, no sentido de que põem em crise a efetividade do direito de defesa⁶⁵¹, e assim também a amplitude do poder instrutório judicial acaba se justificando.

Por aí, caso se pretenda – como fazem os sistemas estabelecidos tanto pelo CPC de 1973, como pelo de 2015 – sujeitar o direito de provar a preclusões, a iniciativa probatória judicial deve ser, *de regra, complementar*, circunscrevendo-se ao *esclarecimento* de fatos até certo ponto já evidenciados pelas provas carreadas aos autos pelas partes, sendo, desse modo, invocada apenas quando já existente um certo suporte probatório acerca dos fatos alegados, porém sejam necessárias elucidações pontuais em torno deles. Afinal, embora não se possa negar o papel ativo que o juiz moderno é chamado a desempenhar nesse campo, “a iniciativa da instrução cabe, em primeira linha, às partes”, até porque “melhor conhecem os fatos e se acham em condições superiores às do órgão judicial para identificar as fontes de onde se poderão extrair dados úteis à respectiva reconstituição”⁶⁵².

Nessa linha, Galeno Lacerda acentua, nos seguintes termos, a *complementariedade* do poder instrutório do juiz:

Ora, essa hipertrofia do órgão jurisdicional, no processo civil, tendente à inquisitorialidade total da prova, contraria os interesses da justiça. Jamais poderá o juiz substituir-se à parte, no afã de demonstrar a verdade de suas pretensões, e é, precisamente desse contraditório amplo, que brotam argumentos e fatos de excepcional importância para a decisão, de outra forma despercebidos ao julgador. Ele que oriente, investigue, peça

⁶⁵¹ FABBRINI, Giovanni. “Poteri del giudice”. *Scritti giuridici*. v. I. Giuffrè: Milano, 1089, p. 405-459[435-436].

⁶⁵² BARBOSA MOREIRA, “A garantia...”, p. 232.

esclarecimentos, ordene perícias, examine, verifique – mas só cerceie quando a prova for absolutamente impertinente. Quantas vezes impedir prova não redundará em injustiça da sentença? Mantenha-se aqui o poder dispositivo da parte; permita-se ao advogado, “essa super-sensível antena da justiça”, como o apelida CALAMANDREI, o livre exercício de sua arte; tempere-se essa liberdade com uma sadia faculdade inquisitória complementar do juiz – e ter-se-á, sem dúvida, maior segurança na decisão.⁶⁵³

Também Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam o caráter *supletivo* dessa iniciativa oficial, como se nota deste excerto:

[...] a oportunização à participação das partes continua a ser a fonte de legitimação do processo. Não só porque são as partes que influem sobre a formação e o resultado da prova, mas especialmente porque a prova de ofício, além de ter os mesmos limites de qualquer outro meio de prova, jamais poderá suprir a participação das partes em relação ao próprio requerimento de produção de prova, já que essas – e não o juiz – têm as melhores condições de saber quais provas devem ser produzidas.

A participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos, o juiz possa atuar de ofício. Ou melhor: a consciência de que a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva evidencia que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo.⁶⁵⁴

O entendimento aqui expresso vem ao encontro inclusive da regra prevista no art. 333, p.u., do CPC de 1973, correspondente ao art. 373, § 3.º, do CPC de 2015, que possibilita às partes convencionar a distribuição dos encargos probatórios que recairão sobre cada uma delas, exceto quando corresponder a direito indisponível (inc. I) ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício

⁶⁵³ LACERDA, *Despacho...*, p. 96-97.

⁶⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 87. Além disso, observam Marinoni e Arenhart que “essa forma de atuação do juiz, ainda que bem-vinda, não pode ser vista como um remédio milagroso, até porque a prova de ofício apenas pode ser determinada em casos muito específicos, isto é, basicamente em relação às provas periciais, pois é quase impossível ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos (MARINONI; ARENHART, *Prova*, p. 87).

do direito (inc. II). Com efeito, nenhuma utilidade haveria na distribuição convencional dos ônus de provar se, ao final, a *majestade judicial* destruísse o acordo firmado, desconsiderando os encargos efetivamente atendidos e descumpridos, e ordenando a produção de toda prova que reputasse pertinente.

É verdade que a atuação do juiz, não apenas no âmbito instrutório, haverá de ser mais acentuada quando estiverem em discussão *direitos indisponíveis*, em que o interesse público lhe impõe esse desempenho mais incisivo, ou mesmo quando se deparar com a *hipossuficiência* de uma das partes, ou ainda no âmbito dos *litígios de massa*, diante da repercussão coletiva das decisões proferidas nesse âmbito, entre outras situações passíveis de verificação em concreto. Tal, contudo, de nenhum modo pode convolar em regra a irrestrição do poder instrutório judicial, na medida em que, insistimos, não se pode desprezar a constatação de terem sido, ou não, cumpridos os ônus que recaem sobre as partes.

De todo modo, quando se justificar essa atuação oficiosa, além da exigência de que seja adequada e expressamente motivada pelo juiz, haverá de se assegurar *amplamente* que as partes sejam cientificadas da realização de todo ato instrutório oficial, podendo dele igualmente participar, assim como se manifestar sobre as provas então alcançadas⁶⁵⁵. Para além disso, ainda que não tenha a parte requerido a realização de provas para além das constantes dos autos, uma vez carregado material probatório por determinação oficiosa do juiz, exsurge para ela, até por conta dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o direito de produzir prova contrária àquela obtida com a iniciativa oficial, inexistindo preclusão a esse respeito.

14.3.5 As alegações finais

Com o debate oral em audiência tem termo a fase instrutória (CPC/1973, art. 454, *caput*; CPC/2015, art. 364, *caput*), podendo ser ele

⁶⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, “A garantia...”, p. 233; MARINONI; ARENHART, *Prova*, p. 87.

substituído por razões finais escritas quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito (CPC/1973, art. 454, § 3.º; CPC/2015, art. 364, § 2.º)⁶⁵⁶. Segundo entendimento do STJ, não há falar em reconhecimento de nulidade processual quando a parte alega que não lhe foi oportunizado apresentar memoriais porém não demonstra prejuízo daí decorrente⁶⁵⁷.

Ainda a respeito, cabe mencionar que Tucci e Cruz e Tucci há muito criticam a praxe de apresentação *simultânea* de memoriais, que impera no regime do CPC de 1973, ao argumento de que ela vulnera a garantia do contraditório⁶⁵⁸. O CPC de 2015, no entanto, vem corrigir o defeito por eles apontado, estabelecendo que os memoriais serão apresentados por autor, réu e, se for o caso, Ministério Público, em prazos *sucessivos* de quinze dias (CPC/2015, art. 364, § 2.º).

14.4. A fase decisória

Encerrada a instrução, sobrevém a *fase decisória*, que findará com a imediata prolação da sentença, oralmente na própria audiência, ou posteriormente, se as alegações verbais tiverem sido substituídas por memorial escrito⁶⁵⁹ (CPC/1973, art. 456; CPC/2015, art. 366⁶⁶⁰). Nesse momento, é dever do juiz “decidir o mérito da demanda, desde que a relação processual se tenha constituído regularmente e que preenchidas estejam as condições para o direito

⁶⁵⁶ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 154.

⁶⁵⁷ Nesse sentido, *vide*: STJ, 3.ªT., AgRg no REsp 1.226.126-PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 4.9.2014, *DJe* 11.9.2014; STJ, 3.ªT., EDcl no REsp 1.087.163-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.10.2011, *DJe* 24.10.2011; STJ, 4.ªT., REsp 1.005.867-ES, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.9.2012, *DJe* 8.10.2012.

⁶⁵⁸ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais”. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993, p. 87 e ss.

⁶⁵⁹ ARAGÃO, “Preclusão...”, p. 154.

⁶⁶⁰ O CPC de 2015 majora de 10 para 30 dias o prazo para o juiz proferir sentença (CPC/1973, art. 456; CPC/2015, art. 226, inc. III); nenhuma alteração prática, no entanto, a esse respeito será sentida, especialmente diante da multicitada impropriedade dos prazos previstos para o juiz, cuja inobservância nenhuma consequência continuará implicando no processo.

de ação”⁶⁶¹. Por outro lado, quando não possa ser proferida sentença de mérito, deve o juiz declarar as razões pelas quais a pretensão ajuizada não será decidida, não lhe sendo dado, ademais, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos, decisões e sentenças⁶⁶².

Ademais, a sentença será prolatada nos limites em que a demanda foi proposta, não podendo o juiz conceder algo além (julgamento *ultra petita*) ou diverso (*extra petita*) do que foi requerido, tampouco deixar de se pronunciar sobre qualquer dos pedidos formulados (*citra petita*) (CPC/1973, art. 460; CPC/2015, art. 492), sob consequência de nulidade. Por outro lado, o direito fundamental ao contraditório (CF, art. 5.º, inc. LV) e o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX) maculam de nulidade também as sentenças (e acórdãos) que não analisem séria e detidamente todos os fundamentos jurídicos deduzidos pelas partes.

Além disso, conforme vimos asseverando, quando da prolação da sentença é poder-dever do juiz considerar todos os direitos processuais das partes fulminados por preclusão, havendo, então, de observar, *v.g.*, se ocorreu revelia, se houve desistência parcial da demanda, se o autor renunciou ao direito em que se funda a ação, se as partes transigiram sobre o objeto da discussão, se existem decisões interlocutórias estáveis *etc.*, sob consequência, igualmente, de nulidade processual.

14.5. A fase recursal

Na fase recursal, tem o recorrente o ônus de deduzir todas as suas razões – desde que não desbordantes dos limites da demanda estabilizada em primeira instância – de impugnação à decisão recorrida no *momento recursal adequado* e com observância às formalidades legalmente previstas, sob

⁶⁶¹ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 299.

⁶⁶² MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 299-300.

consequência de não poder fazê-lo depois, precisamente por conta do fenômeno da *preclusão*.

Analisaremos, então, neste momento, aspectos preclusivos relacionados com alguns dos recursos previstos no rol do art. 496 do CPC de 1973, comparando-os com o regramento que lhes atribui o CPC de 2015, obviamente sem pretensão de exaurimento da matéria, até porque o objetivo a que nos propusemos neste ponto da dissertação não é, notoriamente, o de esgotar as características das espécies recursais, mas sim o de elucidar em linhas gerais a atuação das preclusões na dinâmica processual.

14.5.1 Embargos de declaração

Os embargos de declaração, previstos nos arts. 535 e ss. do CPC de 1973 e nos arts. 1.022 e ss. do CPC de 2015, não visam à reforma ou à nulificação da decisão embargada (interlocutória ou final), mas sim ao seu aperfeiçoamento, mediante suprimimento de *omissões*, *contradições* e *obscuridades* eventualmente verificadas. A regulamentação conferida a esse recurso pelo CPC de 1973 foi alvo de algumas modificações pelo CPC de 2015, embora, na maior parte, apenas tenham sido estabelecidas expressamente situações que já vinham sendo verificadas na prática, fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse sentido, nota-se, primeiramente, que o art. 1.022 do CPC de 2015 trouxe alteração apenas redacional no tocante às hipóteses de cabimento dos embargos de declaração previstas no art. 535 do CPC de 1973, considerando que esse recurso há muito é admitido, além de para suprimimento de contradições, omissões e obscuridades, com o fito de sanear *erros materiais*. Quanto a isso, outrossim, haverá de se manter a jurisprudência que admite oposição de embargos declaratórios contra decisões manifestamente *ilegais* ou *teratológicas*, em que é evidente seu descompasso com o contexto fático-jurídico da

demanda⁶⁶³, ainda que ausente previsão nesse sentido tanto no CPC de 1973, como no de 2015.

Permanece, outrossim, o prazo de cinco dias para oposição do recurso em alusão⁶⁶⁴, sob consequência de *preclusão temporal*. Ademais, é já conhecido ser, por vezes, inevitável que o saneamento do vício implique alteração substancial da decisão embargada, até para manter coerência com as conclusões então alcançadas, admitindo-se, nessas situações, desde que assegurado contraditório prévio, a atribuição de *efeitos infringentes* ao recurso⁶⁶⁵, possibilidade essa que, acolhida ainda sob a égide do CPC de 1973, vem a ser agora prevista expressamente pelo CPC de 2015 (CPC/2015, art. 1.023, § 2.º).

Novidade efetivamente trazida pelo CPC de 2015 é aquela contida em seu art. 1.025, a partir do qual se passará a considerar incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Essa norma, como se nota, acabará por tolher os efeitos da súmula 211 do STJ, que considera “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Inova, igualmente, o CPC de 2015 ao prever a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração quando for relevante a fundamentação e houver risco de dano grave ou de difícil reparação (CPC/2015, art. 1.026, § 1.º), assim como ao aumentar para 2% sobre o valor atualizado da causa a multa pela oposição de embargos protelatórios, podendo ser ela majorada para até 10% em caso de reiteração (CPC/2015, art. 1.026, §§ 2.º e 3.º).

⁶⁶³ MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 537.

⁶⁶⁴ Duplicado para a Fazenda Pública, para o Ministério Público (CPC/1973, art. 188; CPC/2015, arts. 180, *caput*, e 183, *caput*), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º; CPC/2015, art. 186, *caput*) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/1973, art. 191; CPC/2015, art. 229, *caput*).

⁶⁶⁵ Nesse sentido, *vide*: STJ, 3.ªT., EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg no Ag 627.276-GO, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.11.2013, *DJe* 25.11.2013.

Por outro lado, em ambos os regimes (*i.e.*, CPC/1973 e CPC/2015), uma vez opostos embargos de declaração, é inviável a oposição de novos aclaratórios fundados em questões não arguidas no primeiro recurso integrativo, porquanto atingidas por preclusões consumativa⁶⁶⁶ e temporal. Todavia, não há negar a possibilidade de oposição desse recurso contra decisão que julga embargos de declaração anteriormente opostos, quando o suposto vício exsurgir desta nova decisão, e não daquela antes embargada, inexistindo preclusão nessa hipótese.

Ainda, os aludidos Códigos preveem que os embargos de declaração *interrompem* o prazo para interposição de quaisquer outros recursos para ambas as partes (CPC/1973, art. 538, *caput*; CPC/2015, art. 1.026, *caput*), o qual será a elas integralmente restituído após seu julgamento. Apesar disso, eles não interrompem o prazo para oposição de embargos de declaração, contra a mesma decisão, pela parte contrária⁶⁶⁷, de modo que depois do julgamento, se contra ela pretender se insurgir, só lhe estará aberta a via recursal da apelação.

14.5.2 Agravos

Segundo a sistemática prevista no CPC de 1973, todas as decisões interlocutórias proferidas no curso procedimental que digam respeito a matérias não conhecíveis de ofício pelo juiz hão de ser impugnadas pelas partes dentro do prazo de 10 dias (CPC/1973, art. 522, *caput*)⁶⁶⁸ e na forma legalmente prevista, sujeitando-se a ficarem acobertadas por preclusão (temporal em caso de omissão,

⁶⁶⁶ A propósito, conferir: STJ, 4.ªT., EDcl nos EDcl no REsp 681.847-RJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 21.8.2014, *DJe* 4.9.2014; STJ, C.E., EDcl nos EDcl no EREsp 1.284.814-PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21.5.2014, *DJe* 3.6.2014.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, *vide*: STJ, 3.ªS., EDcl nos EDcl no MS 10.826-DF, rel. Des. Conv. Alderita Ramos de Oliveira, j. 14.8.2013, *DJe* 23.8.2013; STJ, 5.ªT., EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.228.132-RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 5.2.2013, *DJe* 15.2.2013.

⁶⁶⁸ Duplicado para a Fazenda Pública, para o Ministério Público (CPC/1973, art. 188), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/1973, art. 191).

consumativa quando interposto recurso contra a decisão, ou lógica, se cumprida essa sem ressalvas).

Contra decisão *suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação*, assim como contra a que *inadmitir recurso de apelação* ou que diga respeito aos *efeitos com que ele é recebido*, o recurso cabível será o de *agravo de instrumento*; para as demais, será o de *agravo retido*. Nesse sentido, *v.g.*, se a decisão imprime marcha procedimental inadequada à demanda e sua reforma tardia será hábil a provocar significativo retrocesso procedimental, com manifesto prejuízo à economia e celeridade processuais, cabível será o agravo de instrumento⁶⁶⁹; do mesmo modo, no caso de o procedimento ou a fase processual não prever oportunidade para interposição de apelação ou se essa não for usual, o agravo há de ser interposto por instrumento, porquanto do contrário restará tolhido indevidamente o acesso ao tribunal⁶⁷⁰.

Interposto o agravo sob uma dessas espécies, não poderá a parte, ainda que desistindo do recurso antes interposto e mesmo que não tenha se esaurido o prazo recursal, recorrer da mesma decisão sob a outra modalidade, porquanto consumado seu direito de recorrer (preclusão consumativa)⁶⁷¹. Outrossim, é do agravante o ônus de diligenciar para a correta formação do instrumento, não se admitindo a juntada posterior de peças obrigatórias, tampouco a conversão do julgamento em diligência para sanar deficiência em sua formação⁶⁷².

⁶⁶⁹ MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 553.

⁶⁷⁰ MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 554.

⁶⁷¹ A propósito, conferir: STJ, 4.^aT., EDcl no AgRg no AREsp 10.644-RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 19.11.2013, *DJe* 16.12.2013.

⁶⁷² Nesse sentido, *vide*: STJ, 2.^aT., AgRg no AREsp 566.320-RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 14.10.2014, *DJe* 24.10.2014; STJ, 6.^aT., AgRg no AgRg no Ag 1.339.139-RJ, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 21.2.2013, *DJe* 1.^o.3.2013; STJ, 2.^aT., AgRg no Ag 1.427.621-SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.2.2012, *DJe* 27.2.2012; STJ, 4.^aT., RCDESP no Ag 1.131.501-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.4.2009, *DJe* 11.5.2009; STJ, 4.^aT., AgRg no Ag 994.711-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1.^o.4.2008, *DJe* 14.4.2008; STJ, 3.^aT., AgRg no Ag 653.858-RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 6.9.2005, *DJ* 1.^o.2.2006; STJ, 1.^aT., AgRg no Ag 598.317-RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 7.10.2004, *DJ* 25.10.2004.

Apesar disso, assentou-se no STJ, após o julgamento do REsp 1102467-RJ, submetido à sistemática de recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C), o entendimento de que deve o Tribunal oportunizar ao agravante apresentar cópias faltantes do instrumento, antes de negar conhecimento ao agravo, quando não se enquadre naquelas obrigatórias previstas no art. 525, inc. I, do CPC de 1973, mas sejam reputadas indispensáveis à perfeita compreensão da controvérsia⁶⁷³. Com efeito, não há como se imputar à parte agravante a responsabilidade pela não apresentação de cópia não considerada obrigatória, tampouco atribuir-lhe o *ônus de adivinhar* todas aquelas que serão reputadas pelo juiz necessárias para a compreensão do *busílis*, de modo que se mostra razoável o entendimento a esse respeito manifestado pela Corte Superior.

Por outro lado, é de se notar que a recorribilidade das decisões interlocutórias conforma o âmbito em que o CPC de 2015 está a implementar alterações mais significativas, pelo menos no que diz respeito aos sistemas recursal e preclusivo. Sem olvidar a padronização dos prazos para interposição e resposta de todos os recursos, excetuados os embargos de declaração, em quinze dias (CPC/2015, art. 1.003, § 5.º)⁶⁷⁴, o principal ponto a ser aqui destacado é a *exclusão do agravo na forma retida*, que segundo a sistemática do CPC de 1973 comporta propósito nitidamente antipreclusivo.

Com o CPC de 2015, as decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento deixam de ser acobertadas pelo manto da preclusão, cabendo à parte prejudicada, se tiver interesse, manifestar sua irresignação diretamente ao tribunal competente, em preliminar ao mérito de suas razões ou contrarrazões de apelação (CPC/2015, art. 1.009, § 1.º).

⁶⁷³ Consta da ementa desse julgado que “Para fins do artigo 543-C do CPC, consolida-se a tese de que: no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento” (STJ, C.E., REsp 1.102.467-RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 2.5.2012, DJe 29.8.2012).

⁶⁷⁴ Duplicado para o Ministério Público, para a Fazenda Pública (CPC/2015, arts. 180, *caput*, e 183, *caput*), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º; CPC/2015, art. 186, *caput*) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/2015, art. 229, *caput*).

Por outro lado, as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento vêm *enumeradas* no art. 1.015 do CPC de 2015, cujo rol não é taxativo, porquanto se admite o cabimento em outras hipóteses expressamente referidas em lei (CPC/2015, art. 1.015, inc. XIII). Outra inovação a esse respeito está prevista no art. 1.017, § 3.º, do CPC de 2015, que estabelece que na falta de cópia de qualquer peça ou no caso de algum vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deverá o relator conceder prazo de cinco dias⁶⁷⁵ ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, nos termos do art. 932, p.u., do CPC de 2015. Fica, a seu turno, extinto no CPC de 2015 o requerimento de informações ao juiz da causa, previsto no art. 526, inc. IV, do CPC de 1973.

Especificamente a respeito do preparo recursal, cabe ainda anotar que o CPC de 2015 mantém a previsão (CPC/1973, art. 511) de que o recorrente o comprovará, quando exigido, *no ato de interposição do recurso* (= momento adequado) (CPC/2015, art. 1.007, *caput*). Inovação, no entanto, é trazida por esse diploma processual, ao estabelecer que se não comprovar o recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, o recorrente será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o *recolhimento em dobro*, sob consequência de deserção (CPC/2015, art. 1.007, § 4.º), hipótese em que, sendo ele parcial, não será admitida a complementação possibilitada pelo § 2.º desse art. 1.007, a qual já era prevista pelo CPC de 1973, em seu art. 511, § 2.º (CPC/2015, art. 1.007, § 5.º).

14.5.3 Apelação

Sob a égide do CPC de 1973, prolatada sentença – assim entendido, desde a vigência da Lei n.º 11.232/2005, o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 (sentença terminativa) e 269 (sentença definitiva) do CPC de 1973 (CPC/1973, art. 162, § 2.º) –, é ônus da parte sucumbente

⁶⁷⁵ Duplicado se o recorrente for o Ministério Público, a Fazenda Pública (CPC/2015, arts. 180, *caput*, e 183, *caput*) ou o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º; CPC/2015, art. 186, *caput*).

interpor apelação, no prazo de quinze dias (CPC/1973, art. 508)⁶⁷⁶, sob consequência de preclusão temporal. No momento de interposição, há de constar da apelação os nomes e qualificações das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão (CPC/1973, art. 514), sendo ela acompanhada do respectivo comprovante de preparo, cuja juntada não será admitida em momento posterior, ainda que dentro do prazo recursal, exceto se comprovado justo impedimento (CPC/1973, art. 519).

Interposta apelação, o juiz declarará os efeitos com que a recebe, ordenando que se dê vista ao apelado para, querendo, apresentar resposta (CPC/1973, art. 518, *caput*), podendo, no entanto, deixar de receber o recurso quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF (CPC/1973, art. 518, § 2.º). Apresentada ou não a resposta, é poder-dever do juiz, em cinco dias, reexaminar os pressupostos de admissibilidade recursal, inclusive para indeferir desde logo o recurso (CPC/1973, art. 518, § 2.º).

A esse propósito, é de se destacar que a alteração empreendida pela Lei n.º 11.276/2006, estabelecendo prazo de cinco dias para a reanálise da admissibilidade do recurso, não trouxe qualquer implicação prática, mormente considerando que o juiz não se sujeita a prazos próprios⁶⁷⁷. Ademais, a admissibilidade recursal consubstancia matéria conhecível de ofício pelo juiz, inclusive na instância recursal, não operando preclusão em relação ao direito da parte de obter pronunciamento judicial reconhecendo a ausência dos pressupostos em alusão.

Outrossim, justamente por se estar diante de matéria conhecível de ofício, a instância *ad quem* analisará novamente, antes de adentrar o mérito da apelação, seus pressupostos de admissibilidade, razão pela qual sequer se vislumbra interesse em a parte recorrida interpor agravo de instrumento contra o exame positivo de admissibilidade feito na instância *a quo*. Por outro lado, diante

⁶⁷⁶ Duplicado para a Fazenda Pública, para o Ministério Público (CPC/1973, art. 188), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/1973, art. 191).

⁶⁷⁷ Conforme consignam Marinoni e Mitidiero, o exame dos pressupostos de admissibilidade recursal expressa “atividade encartada no *officium iudicis*. O prazo de 5 (cinco) dias é impróprio, com o que não há preclusão para o juiz na espécie” (MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 548).

de juízo negativo de admissibilidade da apelação no Juízo *a quo*, é ônus da parte prejudicada interpor agravo de instrumento, operando, em caso de omissão, preclusão temporal. A seu turno, interposto agravo de instrumento contra a decisão que negou seguimento à apelação, mesmo que o respectivo tribunal lhe dê provimento para determinar o processamento do recurso principal, inexistirá óbice a que, ao analisá-lo, julgue que o caso é mesmo de não o conhecer.

Nesse sentido é o posicionamento de Nelson Nery Júnior, para quem:

Nada impede que, ao julgar a apelação, que ele mesmo determinara fosse processada, entenda o tribunal, agora proferindo juízo de admissibilidade definitivo, que falta o requisito da sucumbência ou, mesmo, que o apelante era realmente parte ilegítima como se supunha, não conhecendo do recurso de apelação [...]. O tribunal pode agir assim porque os requisitos de admissibilidade constituem matéria de ordem pública, devendo ser examinados *ex officio* pelo juiz originário, provisoriamente, e pelo tribunal destinatário, de modo definitivo, independentemente do pedido do recorrido.⁶⁷⁸

Ingressando, agora, na análise da regulamentação conferida à apelação pelo CPC de 2015, percebe-se, primeiro, a alteração parcial do conceito de sentença, que passa a ser definida como “[...] o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 483 e 485, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (CPC/2015, art. 203, § 1.º). Com isso, as decisões que resolvem parte do mérito, nos termos do art. 356 do CPC de 2015, uma vez que não colocam termo ao processo ou a alguma de suas fases, são interlocutórias e, portanto, agraváveis (CPC/2015, art. 356, § 5.º).

Contra as sentenças, por sua vez, cabe apelação (CPC/2015, art. 1.009, *caput*), a ser interposta no prazo de quinze dias (CPC/2015, art. 1.003, §

⁶⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 265.

5.º)⁶⁷⁹, sob consequência de preclusão temporal. No momento de interposição, há de constar da apelação os nomes e qualificações das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e o pedido de nova decisão (CPC/2015, art. 1.010), sendo ela acompanhada do respectivo comprovante de recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno (CPC/2015, art. 1.007, *caput*).

Inovou, no entanto, como consignado anteriormente, o CPC de 2015, ao estabelecer que se não comprovar o recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno no ato de interposição do recurso, o recorrente será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o *recolhimento em dobro*, sob consequência de deserção (CPC/2015, art. 1.007, § 4.º), hipótese em que, sendo ele parcial, não será admitida a complementação possibilitada pelo § 2.º desse art. 1.007, a qual já era prevista pelo art. 511, § 2.º, do CPC de 1973 (CPC/2015, art. 1.007, § 5.º).

Por outro lado, as decisões interlocutórias não impugnáveis mediante agravo de instrumento, nos termos acima expostos, passam a ser suscetíveis, diante da extinção do agravo retido, em preliminar de apelação ou de suas contrarrazões (CPC/2015, art. 1.009, § 1.º). Desse modo, as razões da insurgência só serão expostas depois da sentença, em eventual recurso de apelação ou contrarrazões respectivas. Caso sejam suscitadas nas contrarrazões, o apelante será intimado para, em quinze dias⁶⁸⁰, querendo, manifestar-se a seu respeito (CPC/2015, art. 1.009, § 2.º)⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Duplicado para o Ministério Público, para a Fazenda Pública (CPC/2015, arts. 180, *caput*, e 183, *caput*), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º; CPC/2015, art. 186, *caput*) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/2015, art. 229, *caput*).

⁶⁸⁰ Duplicado para o Ministério Público, para a Fazenda Pública (CPC/2015, arts. 180, *caput*, e 183, *caput*), para o defensor público (LAJ, art. 5.º, § 5.º; CPC/2015, art. 186, *caput*) e para corréus com procuradores diferentes (CPC/2015, art. 229, *caput*).

⁶⁸¹ A propósito dessas alterações, Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares afirmam que: “Cuida-se de novidade que pretende dar maior celeridade ao processo, sem atrapalhar o seu fluxo normal em primeiro grau. É certo, também, que tal regra não aniquila o princípio da segurança jurídica. Primeiro, porque será mantido no novo CPC o agravo de instrumento – e suas hipóteses de cabimento. Segundo, porque as questões não atacáveis por esse recurso poderão ser combatidas quando da apelação. A intenção é apenas tornar inexigível a interposição de um recurso (agravo retido), mantendo a possibilidade de discussão em momento

Outra modificação relevante diz respeito ao juízo de admissibilidade da apelação, que passará a ser feito diretamente pelo tribunal, excluída a análise inicial feita em primeira instância, prevista no CPC de 1973 (CPC/2015, art. 1.010, § 3.º). O objetivo dessa alteração é, notoriamente, o de se extinguir esse foco de recorribilidade, diante da desnecessidade de interposição de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo *a quo* versando sobre a admissibilidade do recurso.

Por outro lado, embora o projeto inicialmente aprovado pelo Senado Federal previsse a exclusão do efeito suspensivo automático da apelação, ao cabo do trâmite legislativo acabou-se retornando ao regramento do Código Buzaid (CPC/2015, art. 1.012, *caput*), de modo que apenas excepcionalmente, nas hipóteses legalmente previstas, como naquelas contidas no art. 1.012, § 1.º, do CPC de 2015, a sentença produzirá efeitos imediatamente após sua publicação.

14.5.4 Recurso adesivo

Em caso de sucumbência recíproca, aos recursos de apelação, embargos infringentes, extraordinário e especial⁶⁸² interpostos por uma das partes poderá a outra aderir, no prazo da resposta (= momento adequado), sendo ao recurso adesivo aplicáveis as mesmas regras do independente, no tocante aos pressupostos de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal *ad quem* (CPC/1973, art. 500, *caput*, incs. I, II, e p.u.). No CPC de 2015 foi mantido o regramento do recurso adesivo (CPC/2015, art. 997, §§ 1.º e 2.º)⁶⁸³, o qual é

posterior” (GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. “O sistema recursal no substitutivo Barradas”. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 177-187[181]).

⁶⁸² Segundo jurisprudência do STJ, trata-se de rol taxativo, conforme manifestado, v.g., em: STJ, 4.ªT., EDcl no AgRg no REsp 1.224.428-MT, rel. Min. Raul Araújo, j. 12.8.2014, *DJe* 1.º.9.2014; STJ, 1.ªT., EDcl no RMS 37.699-RO, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 18.6.2013, *DJe* 25.6.2013; STJ, C.E., AgRg nos EREsp 611.395-MG, rel. Min. Gilson Dipp, j. 7.6.2006, *DJ* 1.º.8.2006.

⁶⁸³ Embora com a exclusão dos embargos infringentes também ficou excluído, à obviada, o cabimento do recurso adesivo nessa hipótese.

subordinado à sorte do principal, uma vez que não sendo conhecido este, independentemente do motivo, ou havendo quanto a ele manifestação de desistência, tampouco o mérito daquele será apreciado (CPC/1973, art. 500, inc. III; CPC/2015, art. 997, § 2.º, inc. III).

Nesse ponto, cabe anotar que a despeito de inexistir previsão legal expressa a propósito, é firme o entendimento de que não é dado à parte interpor recurso adesivo quando já tenha recorrido em caráter principal, diante da ocorrência de preclusão consumativa quando da interposição do primeiro recurso. Com efeito, a admissão de um segundo recurso malferiria os propósitos de *ordem*, *desembaraço* e *celeridade* que se encontram subjacentes ao instituto da preclusão, consubstanciando, ademais, verdadeira contramarcha processual a admissão de que as partes revissem sua estratégia e interpusessem novo recurso, na forma adesiva, em complementação àquele adrede interposto⁶⁸⁴.

14.5.5 A unirrecorribilidade

Tanto pelo Código Buzaid, como segundo o CPC de 2015, vigora em nosso sistema recursal a regra da *unirrecorribilidade* (da unicidade ou da singularidade recursal), segundo a qual para cada decisão judicial existe apenas uma espécie de recurso cabível. A propósito, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárrroz afirmam que com a interposição de apenas um recurso contra cada ato judicial, previne-se “a proliferação de inconformidades, tornando o procedimento mais previsível, o que, em última análise, transmite ao jurisdicionado maior segurança”⁶⁸⁵.

Diante disso, é assente que quando interposto mais de um recurso contra a mesma decisão, o segundo não será conhecido, em virtude da preclusão

⁶⁸⁴ ROCHA, *Preclusão...*, p. 115-116.

⁶⁸⁵ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel, *Manual dos recursos cíveis*: atualizado com a EC 45 e as Leis 11.341/06, 11.280/06, 11.277/06, 11.276/06, 11.232/06, 11.187/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37-38.

consumativa verificada quando da interposição do primeiro⁶⁸⁶. Exceção a essa regra é a interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, prevista quando a decisão apresentar fundamentos constitucional e federal, sob consequência de preclusão⁶⁸⁷.

14.5.6 Preclusão consumativa e emenda ou correção de recursos

Consoante exposto anteriormente, controverte a doutrina acerca da configuração, ou não, de preclusão consumativa quando inválido o ato praticado, assim como sobre a admissibilidade de emenda, complementação ou retificação de atos processuais dentro do prazo previsto para o exercício do direito respectivo. No âmbito recursal, a preocupação volta-se à admissibilidade, primeiro, de se complementar as razões de recurso interposto, e segundo, de se sanear algum vício de regularidade formal nele existente (como a comprovação do preparo ou a

⁶⁸⁶ Nesse sentido, *vide*: STJ, 3.^aT., EDcl no AgRg no AREsp 565.261-PR, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 5.2.2015, *DJe* 19.2.2015; STJ, 3.^aT., AgRg no AREsp 161.456-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10.2.2015, *DJe* 18.2.2015; STJ, 4.^aT., AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 509.925-MT, rel. Min. Raul Araújo, j. 3.2.2015, *DJe* 13.2.2015; STJ, 2.^aT., AgRg no AREsp 607.954-PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 5.2.2015, *DJe* 12.2.2015; STJ, 3.^aT., RCD no AREsp 496.329-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.2014, *DJe* 24.11.2014; STJ, 4.^aT., RCD no AREsp 581.722-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014, *DJe* 11.11.2014; STJ, 2.^aT., AgRg no REsp 1.458.578-CE, rel. Min. Humberto Martins, j. 6.11.2014, *DJe* 17.11.2014; STJ, C.E., AgRg no ARE no RE nos EDcl no AgRg no Ag 1.160.116-PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 5.11.2014, *DJe* 21.11.2014; STJ, 3.^aT., AgRg no REsp 1.469.225-RN, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21.10.2014, *DJe* 6.11.2014.

⁶⁸⁷ A propósito, conferir: STF, 1.^aT., RE 753.582 AgR-MG, rel. Min. Rosa Weber, j. 5.8.2014, *DJe* 22.8.2014; STJ, 1.^aT., AgRg no Ag 1.127.759-SP, j. 4.6.2009, *DJe* 17.6.2009; STJ, 1.^aT., AgRg no AgRg no Ag 790.225-PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.2.2008, *DJe* 07.4.2008; STJ, 1.^aT., AgRg no Ag 640.036-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.9.2005, *DJ* 26.9.2005; STJ, 1.^aT., AgRg no Ag 756.335-BA, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.8.2006, *DJ* 31.8.2006; STJ, 2.^aT., AgRg no Ag 472.263-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 11.12.2007, *DJ* 19.12.2007; STJ, 1.^aT., AgRg no Ag 968.126-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.4.2008, *DJe* 12.5.2008; STJ, 6.^aT., AgRg no Ag 761.420-SP, rel. Juiz Conv. Carlos Fernando Mathias, j. 14.8.2007, *DJ* 1.^o.10.2007. Marinoni e Mitidiero indicam ainda como exceções a essa regra a admissão de interposição simultânea (i) de embargos declaratórios e qualquer outro recurso e (ii) de agravo de instrumento e apelação contra sentença que ao mesmo tempo resolve o mérito da demanda e antecipa os efeitos de tutela pleiteada (MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 522).

apresentação das cópias que têm de acompanhar o agravo de instrumento), em ambos os casos quando ainda não escoado o prazo legal de interposição.

Debruçando-se especificamente sobre a admissibilidade de emenda e retificação de recursos, Bedaque defende, sob a égide do CPC de 1973, a possibilidade de a parte complementar, no prazo legal de interposição, as razões de recurso já interposto, assim como a de sanar vício de regularidade formal nele constante, e até mesmo a de interpor outro recurso quando inadequado o primeiro⁶⁸⁸. Em sentido análogo, Sica defende que “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”⁶⁸⁹, de modo que “o ato inadequado quanto à forma (em sentido estrito) pode, sim, ser emendado, desde que dentro do prazo, já que não se pode cogitar, *in casu*, a preclusão consumativa”⁶⁹⁰.

Nessa mesma linha, Antônio Carlos Costa e Silva sustenta que o recorrente tem a faculdade de complementar o recurso, apresentando razões posteriormente à interposição, desde que o faça antes do término do prazo legal⁶⁹¹. Barbosa Moreira, a seu turno, assenta que “Dentro do prazo recursal, admite-se que o apelante supra os defeitos da petição”, não podendo “o juiz indeferi-la antes do *dies ad quem*” por carência de algum dos pressupostos de regularidade formal⁶⁹². Ainda, tratando especificamente do preparo recursal, Dinamarco defende que a garantia do acesso à Justiça confere a possibilidade de sua efetivação até o último dia do prazo para recorrer, sob consequência de preclusão, não se reputando, ademais, perfeito o ato jurídico *recurso* sem o preparo⁶⁹³.

⁶⁸⁸ BEDAQUE, *Efetividade...*, p. 146-149.

⁶⁸⁹ SICA, *Preclusão...*, p. 152.

⁶⁹⁰ SICA, *Preclusão...*, p. 124.

⁶⁹¹ COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 116-117.

⁶⁹² BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, v. V, p. 423.

⁶⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 164.

Contrariamente, consigna Araken de Assis que “interposto o recurso, extingue-se, *tout court*, o direito de impugnar o provimento, não importa se admissível ou não”, sendo “irrelevante, a esse propósito, a manifestação dentro do prazo de quinze dias iniciado com a intimação da sentença, porque tal prazo se extinguiu no ato da interposição, a teor do art. 158”, ao passo que “a interposição de apelo parcial significa aquiescência com a parte remanescente da sentença e, por idêntico fundamento, é inadmissível a parte interpor outra apelação”⁶⁹⁴.

Igualmente, Rubin defende que “ao interpor o recurso, a parte pratica ato processual pelo qual consuma o seu direito de recorrer e antecipa o *dies ad quem* do prazo recursal”⁶⁹⁵, de modo que não pode “posteriormente, complementar o recurso, aditá-lo ou corrigi-lo”⁶⁹⁶. Pela mesma razão, afirma o autor a ocorrência de preclusão consumativa quando o preparo é realizado posteriormente à interposição do recurso, ainda que dentro do prazo, porquanto “a guia de pagamento é compreendida como documento essencial à interposição da irresignação à superior instância”⁶⁹⁷.

Também refutando a viabilidade de apresentação da guia de preparo em momento posterior à interposição do recurso, Aderbal Torres de Amorim assevera que “A obstinação messiânica com que se arrolam argumentos para o descumprimento da lei chega, às vezes, às raias da extravagância”⁶⁹⁸, concluindo que “O fato de não haver prejuízo para qualquer das partes não oferece justificativa plausível para o descumprimento da norma”⁶⁹⁹. Manoel Caetano Ferreira Filho, a seu turno, afirma que embora “(*de lege ferenda*) a melhor solução fosse admitir que o recurso pudesse ser preparado mesmo depois da interposição, desde que ainda dentro do respectivo prazo”, tal relativização da incidência da

⁶⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 100-112.

⁶⁹⁵ RUBIN, *A preclusão...*, p. 128.

⁶⁹⁶ RUBIN, *A preclusão...*, p. 128.

⁶⁹⁷ RUBIN, *A preclusão...*, p. 126.

⁶⁹⁸ AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69.

⁶⁹⁹ AMORIM, *Recursos...*, p. 69.

preclusão consumativa dependeria de alteração legislativa no que diz respeito ao artigo 511 do Código de Processo Civil de 1973⁷⁰⁰.

Ainda nesse sentido se manifestou Carreira Alvim, ao dizer que:

O recorrente dispõe de prazo para recorrer, podendo fazê-lo no último minuto do termo *ad quem*, mas, no instante em que o fizer, deve *comprovar* o preparo; se deliberar, porém, recorrer no primeiro dia do prazo, deverá, igualmente, nesse momento, comprovar o pagamento das despesas relativas ao preparo. Em outros termos: decidindo que vai recorrer, e quando vai fazê-lo, é esta a hora de *comprovar* o preparo, não lhe restando nenhum lapso suplementar para tanto, ainda que, sendo o prazo de quinze dias, tenha interposto o seu recurso logo no primeiro dia.⁷⁰¹

E prossegue Carreira Alvim, asseverando que:

[...] “a antecipação na prática de um ato que ainda não terminou de fluir” não é, na verdade, antecipação, senão, o próprio ato praticado *dentro* do prazo legal, antes que atingisse o termo *ad quem*, pelo que, uma vez praticado, faz desaparecer todo o lapso restante. E isto por uma razão muito simples: praticado o ato, *consume-se* o seu exercício, e sobre ele desce a preclusão *consumativa*, sem que possa repeti-lo, praticando-o de novo (*Ne bis in idem*).⁷⁰²

Ao nosso ver, em consonância com o que foi consignado anteriormente, a admissão indiscriminada de reiteração e complementação das razões recursais, ainda que respeitado o prazo, tumultuaria, sim, em certa medida, a marcha processual, prejudicando inclusive a definição dos limites do que está sendo postulado e alegado, tanto para a parte adversa como para o juiz, com

⁷⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. São Paulo: RT, 2001, p. 76.

⁷⁰¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil reformado*. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 10.352, de 26.12.2001, 10.358, de 27.12.2001 e 10. 444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233-234.

⁷⁰² CARREIRA ALVIM, *Código...*, p. 233-234.

necessidade de que atendem aos diversos pedidos e alegações formulados em tantas peças quantas forem protocolizadas em apartado.

Essa discussão, todavia, conforme já alinhavado, perde o sentido sob o regramento trazido pelo CPC de 2015, pois ao prever, em seu art. 223, *caput*, que “Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou emendar o ato processual [...]”, esse Código acaba estabelecendo um *direito de emenda* dos atos processuais, a ser exercido, sob consequência de preclusão, dentro do prazo para sua prática. Destarte, diante do disposto no CPC de 2015, é dado ao recorrente complementar as razões de recurso interposto, desde que dentro do prazo de interposição.

Por outro lado, tal raciocínio não se aproveita em relação ao preparo recursal, porquanto seja sob o regramento contido no CPC de 1973, seja sob aquele trazido pelo de 2015, esse pressuposto formal de admissibilidade recursal há de ser comprovado *no ato de interposição do recurso* (= momento adequado) (CPC/1973, art. 511, *caput*; CPC/2015, art. 1.007, *caput*). Afinal, a lei não contém expressões inúteis, de modo que se desejasse de modo diverso, expressaria que o preparo seria comprovado “no prazo recursal” – como fez constar, aliás, do art. 1.003, § 3.º, do CPC de 2015 –, ao invés de “no ato de interposição do recurso”.

Existe, no entanto, uma diferença precisa a esse respeito entre os dois sistemas processuais. Referimo-nos à constatação de que enquanto sob a égide do CPC de 1973 não se pode admitir, a teor de seu art. 511, *caput*, que o preparo recursal seja comprovado, de forma injustificada, em momento posterior ao ato de interposição, ainda que dentro do prazo recursal⁷⁰³, o CPC de 2015 prevê, no § 4.º de seu art. 1.007, que se o recorrente não comprovar o preparo *no ato de interposição* do recurso, será intimado, na pessoa de seu advogado, para efetuar *o recolhimento em dobro*, sob consequência de preclusão.

⁷⁰³ Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência recente do STJ, v.g.: STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 619.761-RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.2.2015, *DJe* 12.2.2015; STJ, 2.ªT., AgRg no AREsp 588.239-SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 16.12.2014, *DJe* 19.12.2014; STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 609.987-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.12.2014, *DJe* 9.12.2014; STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 218.779-RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.9.2013, *DJe* 27.9.2013; STJ, 4.ªT., AgRg no REsp 1.203.560-RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 22.4.2014, *DJe* 29.4.2014.

Essa regra (CPC/2015, art. 1.007, § 4.º), segundo entendemos, prevê, de um lado, uma nova oportunidade para o recorrente que ainda não efetuou o preparo recursal realizá-lo e demonstrá-lo, estabelecendo, contudo, um agravamento desse ônus: será efetivado e comprovado em dobro. Por outro lado, é possível daí se extrair a imposição de um ônus também àquele que comprovou o preparo, de forma injustificada, em outro momento que não o de interposição do recurso, ainda que dentro do prazo recursal, consistente igualmente no recolhimento em dobro, abatido, obviamente, o valor já recolhido.

Note-se, bem aqui, que se está diante de uma nova possibilidade, conferida ao recorrente, de preparar o recurso em consonância com o ordenamento jurídico, a qual, contudo, é onerada com a previsão de que ele se dará em dobro. Essa hipótese consubstancia um ônus processual atrelado a uma preclusão, já que o não atendimento implica deserção e não conhecimento do recurso, e não um dever, correspondente a uma sanção (embora o Código se refira a “*pena* de deserção”), até porque, se assim fosse, o sistema continuaria exigindo que o recorrente cumprisse o que prevê a norma, o que não se verifica.

De todo modo, é de se ressaltar, mais essa vez, que o norte da *responsabilidade* também indica a necessidade de se admitir a retificação e a complementação dos atos processuais sempre que a imperfeição resulte de motivos não atribuíveis à parte prejudicada, porquanto perpassando a disciplina das preclusões necessariamente pela averiguação da boa-fé das partes, revela-se inadmissível a exclusão de direito processual a que não tenha ela dado causa. É dizer, então, que há de se admitir a complementação das razões recursais e a regularização de vícios formais do recurso, tanto sob a vigência do CPC de 1973, como sob a do de 2015, mesmo depois de extrapolado o prazo legal, se o defeito ou a omissão no momento oportuno decorrerem de motivo alheio à vontade do recorrente.

14.6. Arremate do capítulo

Como se pôde notar, a fim de que as partes não permaneçam inertes, ocasionando com isso a paralisação da marcha processual, no desenrolar de todo o procedimento ônus de atuação (alegar, impugnar, provar, recorrer) lhes são impostos, os quais mesmo quando não cumpridos farão com que o processo prossiga.

Todos esses ônus estão coordenados dentro do processo⁷⁰⁴: do ônus do autor de ajuizar a demanda decorre, entre outros, o de deduzir todos os fatos, fundamentos e pedidos e o de provar todas as alegações tecidas; do ônus do réu de se defender resulta o de contestar todos os fatos, fundamentos e pedidos do autor, assim como o de provar os fatos alegados como extintivos, modificativos ou impeditivos do direito que embasa o litígio.

Apenas nas hipóteses em que a imposição exclusiva de *ônus* possa prejudicar os direitos da parte contrária, ou os próprios fins do processo, é que eles são substituídos por deveres⁷⁰⁵, como é o caso dos deveres de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais (CPC/1973, art. 14, inc. V; CPC/2015, art. 77, inc. IV) e de comparecer à audiência de conciliação ou de mediação designada nos termos do art. 334 do CPC de 2015.

Por outro lado, é de se consignar que as aludidas fases processuais são razoavelmente flexíveis, considerando, v.g., que se admite a supressão da fase instrutória quando o conjunto probatório existente nos autos se mostrar suficiente à formação do convencimento do juiz; que não apenas no saneamento o juiz verifica a concorrência dos pressupostos para o julgamento de mérito e realiza o controle da regularidade formal do processo, inexistindo óbice a que, depois de declará-lo saneado, reconheça a carência de algum desses requisitos, ou mesmo pronuncie invalidade antes não notada; que a generalização da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pode fazer com que em qualquer das fases do processo seja outorgado, ainda que provisoriamente, o bem da vida

⁷⁰⁴ BETTI, *Diritto...*, p. 316 e 335.

⁷⁰⁵ MARQUES, *Instituições...*, v. II, p. 294. Em sentido análogo, CAPONI destaca que “là dove esiste un dovere di cooperazione in capo al soggetto passivo, (sia *sub specie* di obbligo che di dovere generale di astensione), questi avrebbe perciò stesso la possibilità di interferire sulla fase di esercizio del diritto soggettivo e di controllare le modalità di realizzazione dell'interesse” (CAPONI, *La rimessione...*, p. 54).

reclamado, ensejando inclusive abertura de um procedimento de execução da tutela antecipada no bojo do mesmo processo de conhecimento⁷⁰⁶.

Além disso, a estruturação do processo em fases estanques, a cada qual respeitando um rol específico de atividades, seria até mesmo incompatível com a hodierna tendência de aumento dos poderes do juiz, notadamente o de adaptar o procedimento às necessidades do litígio em concreto⁷⁰⁷. Essa percepção, aliás, é necessária à compreensão da preclusão em consonância com a dinamicidade e progressividade da relação jurídica processual, admitindo-se que o fundamento de sua eficácia se encontra precisamente nas transformações que sofrem as situações jurídicas abrolhadas durante seu desenvolvimento, guardando, ademais, íntima relação com as peculiaridades do litígio submetido à apreciação judicial.

15. Breves parênteses: posições jurídicas e atos processuais não sujeitos a preclusão

Embora sejam *preclusivos* a maioria dos momentos e formas previstos para as partes praticarem atos no processo, a estrutura do procedimento permite a identificação de posições jurídicas e atos não sujeitos a preclusão, seja em virtude de sua baixa repercussão no desenvolvimento processual, seja porque estabelecidos em virtude de interesses não meramente particulares, mas públicos, de que o processo seja impulsionado sem dilações indevidas, em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé processual.

15.1. Faculdades processuais

⁷⁰⁶ SICA, *Preclusão...*, p. 287-288.

⁷⁰⁷ SICA, *Preclusão...*, p. 288.

Entre as posições jurídicas cujos direitos correspondentes não precluem encontram-se as *faculdades processuais*, que (como já explanado) embora estejam, tal como os ônus, voltadas ao atendimento de interesses próprios da parte, deixam a opção pelo seu exercício inteiramente a critério destas, não implicando sua omissão qualquer situação de desvantagem no processo. Nessa linha, consigna Giannico que “o não-exercício de mera faculdade não traz qualquer consequência prejudicial à parte a quem cabia executá-la”⁷⁰⁸, porquanto consubstanciam “meros permissivos de conduta, sem consequências pela omissão e sem que seu exercício produza efeitos sobre a esfera jurídica de outro sujeito processual”⁷⁰⁹.

Desse modo, invocando exemplos citados por Dinamarco, não há falar em preclusão dos direitos processuais respectivos às faculdades das partes de “esmerar-se em citações jurisprudenciais e doutrinárias”, de “redigir suas alegações de modo conciso”, de “datilografá-las, digitá-las em computador ou manuscrevê-las”, de se fazer “representar por um advogado só, ou mais”, de “apresentar sua defesa no primeiro dia do prazo ou no último” *etc.*⁷¹⁰ Um bom exemplo de faculdade processual, não precluível, por conseguinte, é aquela prevista no art. 652, § 2.º, do CPC de 1973, cujo correspondente no CPC de 2015 é o art. 524, inc. VII, que estabelece que o credor poderá, na petição inicial da execução, indicar bens a serem penhorados, sem que a omissão a propósito implique exclusão do direito de indicá-los posteriormente.

Para além dessas hipóteses, entendemos que não estão sujeitos à preclusão temporal, *via de regra*, os direitos respectivos às faculdades de pedir antecipação dos efeitos da tutela e de executar provisoriamente uma sentença. Isso porque, como ressabido, admite-se que aquele requerimento seja formulado a qualquer tempo, tanto em primeira instância como em grau recursal, inexistindo momento processual peremptório para tanto; outrossim, a execução provisória de uma sentença em relação à qual pende de julgamento recurso não recebido com efeito suspensivo pode ser requerida a todo tempo, até que ela se torne definitiva

⁷⁰⁸ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 50.

⁷⁰⁹ GIANNICO, *A preclusão...*, p. 50.

⁷¹⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 493, p. 208.

ou seja reformada. Nesses casos, como se nota, *em geral* a inação da parte não lhe acarretará situação de desvantagem no processo, descabendo, por isso, falar em ônus processuais, tampouco em preclusão⁷¹¹.

A esse respeito, todavia, cabe destacar que, *excepcionalmente*, em consonância com o posicionamento de Cabral⁷¹² exposto e abraçado em capítulo anterior, existirão situações em que a omissão reiterada da parte em pedir antecipação dos efeitos da tutela, assim como quanto a executar provisoriamente uma sentença, poderá dar ensejo a preclusão lógica, desde que implique um padrão de conduta produtor de expectativa legítima e merecedora de tutela nos demais sujeitos processuais, situação esta em que as ditas faculdades se convolverão propriamente em ônus, diante do prejuízo (preclusão) que a elas virá conectado.

15.2. Erros materiais

É expressa no CPC de 1973, assim como no CPC de 2015, a possibilidade de o juiz corrigir, provocado ou não pela parte interessada, *inexatidões materiais* e *erros de cálculo* (CPC/1973, art. 463, inc. I; CPC/2015, art. 494, inc. I). Esses conceitos, incluídos no que se entende por *erros materiais*, estão bem esclarecidos na lição de Sérgio Gilberto Porto, segundo quem “A inexatidão material [...] diz respeito àquele equívoco involuntário, completamente desvinculado da vontade do subscritor da decisão e, portanto, perceptível *primo*

⁷¹¹ A propósito, Sica explica que “A razão para tanto [...] 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 direito, também não está obrigada a pedir a antecipação da tutela (e, posteriormente, promover o cumprimento da sentença judicial 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, seria andar na contramão da evolução desse nobre instituto processual” (SICA, *Preclusão...*, p. 162-163).

⁷¹² CABRAL, *Coisa julgada...*, p. 121.

icto oculi da simples leitura da sentença”⁷¹³ (erro de digitação, v.g.), o que também se verifica quanto ao erro de cálculo, cujo exemplo citado é o de “decisão que fixa a condenação em 100 e a divide, como forma de implemento, em três parcelas de 30”⁷¹⁴, não se confundindo, então, com o *critério de cálculo* adotado.

No mesmo sentido, Talamini acentua o caráter *objetivo* e *inequívoco* do erro material, explicando que:

Constitui erro material aquele que pode ser verificado e corrigido a partir de critérios *objetivos*. Trata-se de defeito “manifesto”, “evidente”, “reconhecível à primeira vista”, “patente”, “notório”. O erro material reside na *expressão* do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Trata-se de uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao *conteúdo do julgamento* – podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado⁷¹⁵.

E prossegue o autor, exemplificando que “quando há erro na soma ou na multiplicação, quando há a múltipla inclusão de uma mesma parcela, quando se faz incidir correção monetária sobre principal já atualizado etc. tem-se erro de cálculo”, diversamente do que se verifica na “adoção de um índice de correção monetária, em vez de outro que se repete mais adequada para a hipótese”, quando existirá um erro no próprio conteúdo do julgamento, pertinente ao “critério de cálculo”.

Cita, ainda, Talamini como exemplos de erros materiais a sentença que escreve “‘procedente’ no lugar de ‘improcedente’”, depois de toda uma inequívoca fundamentação pela improcedência”, e a que julga integralmente procedente a ação, porém condena o autor a arcar com as verbas sucumbenciais sem expor as

⁷¹³ PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. São Paulo: RT, 2000, p. 132.

⁷¹⁴ PORTO, *Comentários...*, v. 6, p. 132.

⁷¹⁵ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 526-527.

razões que levaram a essa conclusão, levando a crer que era para ali estar grafado “réu”⁷¹⁶.

Desse modo, o erro material consubstancia “vício na exteriorização (expressão) do julgamento, não no teor do julgamento em si (âmbito de cognição do Estado-juiz), [...] razão pela qual se diz que pode ser auferível numa vista de olhos”⁷¹⁷, sendo *notório, evidente, manifesto*, não ensejando qualquer hesitação quanto a sua incorreção⁷¹⁸. Bem por isso, os erros materiais podem ser conhecidos a todo tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício e até posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, inexistindo qualquer sorte de preclusão a esse respeito.

15.3. Deveres processuais

Igualmente descabido é falar em preclusão quando se está diante de *deveres processuais*, cuja violação não implica exclusão de qualquer direito, mas sim sanção e reação do sistema no sentido de continuar a exigir seu cumprimento por parte do devedor, até porque não estão voltados ao atendimento de interesses do próprio agente, mas sim a interesse de outrem ou público.

Nesse aspecto, é de se considerar que embora o sistema processual seja estruturado, em linhas gerais, mediante imposição de ônus às partes, existe um rol, ainda que residual, de deveres processuais, que não se pode desprezar, como aqueles extraídos dos arts. 14 e 17 do CPC de 1973, coincidentes aos arts. 77 e 80 do CPC de 2015.

Destarte, sendo dever das partes e de todos aqueles que de alguma forma participam do processo, exemplificativamente, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais (CPC/1973, art. 14, inc. V; CPC/2015, art. 77, IV), não

⁷¹⁶ TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 527-528.

⁷¹⁷ RUBIN, *A preclusão...*, p. 212.

⁷¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil* (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 144.

há falar em preclusão se assim não se portarem, mas sim em aplicação de sanção consistente em cominação de multa (CPC/1973, art. 14, p.u.; CPC/2015, art. 77, § 2.º), permanecendo o sistema, ademais, a exigir que cumpram o que prevê a norma.

15.4. *Matérias conhecíveis de ofício*

Com fulcro no regramento estabelecido pelo Código Buzaid, é de se pôr acento especial à não incidência de preclusão sobre o *dever* processual do réu de suscitar questões conhecíveis de ofício pelo juiz na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, que se trata de dever especialmente por conta da previsão de *sanção* decorrente da ausência de sua arguição no momento oportuno, consistente na imposição de que arcará o omitente com as *custas pelo retardamento* (CPC/1973, arts. 113, § 1.º, e 267, § 3.º).

Em outras palavras, em consonância com o CPC de 1973, o réu tem efetivamente o dever de deduzir as questões conhecíveis de ofício no momento apropriado, tendo em vista que seu não atendimento lhe acarretará sanção processual, esta estabelecida com base em interesses não do próprio agente, mas públicos, de que essas matérias sejam suscitadas o quanto antes e de que o processo não seja dilatado desnecessariamente, embora subsista o direito de argui-las posteriormente, em virtude da relevância que tradicionalmente lhes é conferida⁷¹⁹.

Demais disso, as normas do CPC de 1973 que impõem ao omitente as custas pelo retardamento incidem *objetivamente*, sem necessidade de se averiguar a malícia da parte quanto a protelar a arguição da questão, até porque tais dispositivos (CPC/1973, arts. 113, § 1.º, e 267, § 3.º) não contemplam

⁷¹⁹ Segundo lição de Giannico, “Ao atribuir ao juiz o dever-poder de conhecer e apreciar, independentemente de provocação das partes (de ofício, pois), determinadas matérias, o legislador o fez considerando a grande importância de certas questões no desenvolvimento válido e regular do processo. Levou em conta, para isso, muito mais do que o interesse particular das partes, tomando por base, acima de tudo, o interesse do próprio Estado na composição dos litígios e na inclita tarefa de pacificar com justiça” (GIANNICO, *A preclusão...*, p. 164-165).

qualquer exigência nesse sentido. Isso não significa, contudo, que se está diante de ônus processual, especialmente porque são cominadas *sanções*, e não simples *prejuízos* (como preclusão), em decorrência do retardamento da arguição, as quais são estabelecidas, insistimos, não em atenção a interesses do próprio agente, mas sim a interesses públicos⁷²⁰.

No CPC de 2015, nota-se que as custas pelo retardamento em alusão deixam de ser automaticamente cominadas a qualquer das partes, conforme se extrai de seu art. 485, § 3.º, assim como da ausência de previsão de regra correspondente àquela contida no art. 113, § 1.º, do CPC de 1973. Apesar disso, ao nosso ver, mesmo sob a égide desse Código existe um dever processual de arguição das aludidas questões, decorrente dos de lealdade e de boa-fé processuais, que impedem que as partes dilatem injustificadamente o processo. O que muda, nesse Código, é que, em decorrência da supressão das regras que impunham objetivamente a aludida sanção, apenas a omissão *intencional* da parte quanto à alegação dessas matérias, com o objetivo de dilatar *propositadamente* o processo é sancionável, nos termos do art. 81 do CPC de 2015, por configurar litigância de má-fé.

De todo modo, é necessário aqui sublinhar que, em ambos os sistemas, o direito das partes de suscitar questões conhecíveis de ofício pelo juiz não se sujeita a preclusão. Ou seja: poderão tais matérias ser arguidas pelas partes, assim como conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer momento e grau de jurisdição, consoante, aliás, indica a “fórmula” referida por Dinamarco, segundo a qual “*só a matéria sujeita à disponibilidade das partes é suscetível de preclusão e não a que diga respeito à ordem pública*”⁷²¹. Assim, nessas hipóteses nenhum

⁷²⁰ Em relação ao disposto no art. 22 do CPC de 1973 – segundo o qual responderá o réu pelas custas processuais posteriores ao saneamento e perderá os honorários advocatícios quando não arguir em sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide –, todavia, é firme no STJ o entendimento de que sua aplicação exige a configuração da má-fé do réu. Ilustrativamente: STJ, 4.ªT., AgRg no AREsp 260.076-SC, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 5.2.2013, *DJe* 22.2.2013; STJ, 4.ªT., REsp 981.532-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.8.2012, *DJe* 29.8.2012; STJ, 6.ªT., AgRg no REsp 886.382-MT, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.8.2010, *DJe* 13.9.2010; STJ, 2.ªT., REsp 1.165.780-PB, rel. Min. Castro Meira, j. 13.4.2010, *DJe* 23.4.2010; STJ, 4.ªT., REsp 242.151-MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.9.2008, *DJe* 15.9.2008.

⁷²¹ DINAMARCO, *Instituições...*, v. II, n. 633, p. 469.

direito de arguição é tolhido da parte, no mesmo passo como se admite que o juiz reanalise essas matérias quando já resolvidas, seja de ofício, seja mediante provocação pela parte interessada.

15.5. *Jurisdição voluntária*

Verifica-se ausência de preclusão também nos processos de jurisdição voluntária, em que não há litígio a ser dirimido, tampouco é necessário o aceleração do processo rumo ao seu final⁷²²; ademais, o art. 1.109 do CPC de 1973, cujo correspondente no CPC de 2015 é o art. 723, p.u., autoriza expressamente o juiz a não se pautar nos limites estritos da legalidade.

16. Preclusão e tutelas provisórias (de urgência e da evidência)

16.1. *O CPC de 1973*

Conforme já afirmado, não se sujeita à preclusão temporal, *via de regra*, o direito respectivo à faculdade de requerer *antecipação dos efeitos da tutela* pleiteada – seja essa cautelar (CPC/1973, art. 797) ou satisfativa (CPC/1973, art. 273), decorrente da urgência (CPC/1973, art. 273, *caput*, incs. I e II) ou da evidência (CPC/1973, art. 273, § 5.º) –, porquanto se admite a formulação desse pedido a qualquer tempo, tanto em primeira instância como em grau recursal, inexistindo momento processual peremptório para tanto.

Apesar disso, de acordo com o sistema estabelecido pelo CPC de 1973, uma vez proferida decisão deferindo ou indeferindo pedido de antecipação de tutela, exsurge para a parte prejudicada o ônus de contra ela interpor o recurso cabível, sob consequência de se tornar estável no processo, diante da preclusão (temporal, se não interposto; consumativa, se interposto; lógica, se realizado ato

⁷²² SICA, *Preclusão...*, p. 162.

incompatível com o direito de recorrer, como quando cumprida sem ressalvas a decisão) operada. Com isso, estabilizada a questão e não havendo alteração processual fática ou probatória, está o juiz obstado de revisitar o tema, ainda que mude seu entendimento a respeito⁷²³.

Nesse sentido, explica Sica que:

[...] se é verdade que a pacificação social exige a coisa julgada como fator 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.⁷²⁴

Quando, por outro lado, houver modificação do conjunto fático-probatório que embasou a decisão estável, abre-se caminho para que uma *nova decisão* seja proferida, diante do não enquadramento nos limites objetivos da preclusão; do contrário, “estaríamos admitindo o absurdo de que a decisão proferida com base em cognição superficial e, muitas vezes, sem exercício do

⁷²³ NEVES, *Preclusões...*, p. 178. Na mesma linha, Bueno registra que “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” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66).

⁷²⁴ SICA, *Preclusão...*, p. 244. E prossegue Sica, assim afirmando: “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. 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 vi* do art. 93, IX, da CF), seja porque dada “mudança de ideia” 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 plenamente sustentáveis sob os prismas fático e jurídico, e as *inclinações* do magistrado por um ou por outro ao longo do *iter* processual não poder implicar modificação ou revogação pura e simples das decisões anteriormente lançadas” (SICA, *Preclusão...*, p. 245).

contraditório, vincule o juiz que a proferiu em momentos subsequentes, em que já houve aprofundamento da cognição”⁷²⁵.

Também aqui, constitui faculdade – e não ônus – processual da parte interessada, uma vez alteradas as condições fático-probatórias que embasaram a decisão em alusão, pleitear concessão, cassação ou modificação da medida antecipatória, não se sujeitando à preclusão, portanto. Com efeito, embora omissão a esse respeito faça permanecer, no âmbito material, situação desfavorável para a parte sobre a qual pesam os efeitos decorrentes do anterior deferimento ou indeferimento da tutela antecipada, no âmbito processual prejuízo para ela não se verifica, na medida em que, de regra, esse pedido poderá ser formulado a qualquer tempo e grau de jurisdição (desde que alterado o conjunto fático-probatório), sem falar em momento peremptório para tanto.

Por outro lado, controverte a doutrina se, nesses casos, pode o juiz conceder, modificar ou cassar *de ofício* a medida antecipatória, ou se isso depende necessariamente de provocação pela parte interessada. Segundo entendemos, decorre do art. 273 do CPC de 1973 a vedação a que o juiz *antecipe* oficiosamente os efeitos da tutela pleiteada⁷²⁶ – excetuadas as hipóteses legalmente previstas, como as contidas no art. 888 do CPC de 1973, além de casos excepcionais, cuja lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito seja iminente e desconhecida pela parte que possa vir a ser prejudicada⁷²⁷ –, o que

⁷²⁵ SICA, *Preclusão...*, p. 246-247.

⁷²⁶ NERY JUNIOR; NERY, *Código...*, p. 630. Nesse sentido, afirmam Didier Junior, Braga e Oliveira que “Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 518).

⁷²⁷ Nesse sentido, embora em referência à concessão oficiosa da tutela cautelar, *vide*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 4: Processo cautelar. São Paulo: RT, 2008, p. 106.

implica também impossibilidade de *conceder*, *cassar* ou *modificar* a medida antecipatória sem que haja requerimento nesse sentido pela parte interessada⁷²⁸.

Tampouco em relação à *tutela cautelar definitiva* se admite concessão, modificação ou cassação a qualquer tempo, já que “Preclusas as vias recursais, o seu dispositivo não poderá ser alterado, nem mesmo pela superveniência de fatos novos”⁷²⁹. Afinal, “A modificação do substrato fático pode ensejar uma nova demanda cautelar (com nova causa de pedir), a ser decidida por nova sentença”, e não alteração da anteriormente prolatada⁷³⁰.

Didier Junior, Braga e Oliveira denominam de *coisa julgada cautelar* a autoridade que reveste essa sentença, considerando seus efeitos extraprocessuais, consistentes em obstar a repropositura da demanda⁷³¹. Todavia, além de se revelar incompatível com a coisa julgada material a sumariedade da cognição vertical que caracteriza tanto a liminar, como a sentença cautelar (excetuado o exame exauriente da prescrição e da decadência)⁷³², reputamos despiciendo desnaturar esse instituto para justificar esse óbice, pois – da mesma forma como se passa em relação à sentença que, *v.g.*, reconhece ilegitimidade ou ausência de interesse processual, a qual também não faz coisa julgada material e igualmente não admite repropositura da demanda se mantidas as condições da anterior – é o *princípio da boa-fé objetiva* que obsta essa reiteração⁷³³.

⁷²⁸ MARINONI; MITIDIERO, *Código...*, p. 275.

⁷²⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...*, v. 2, p. 463-464.

⁷³⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...*, v. 2, p. 464.

⁷³¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...*, v. 2, p. 464. Segundo os autores, “Na cautelar, há *cognição exauriente* (suficiente, profunda o bastante) do seu mérito, do seu objeto. A cognição do direito material acautelado é que é sumária – bastando que se revele plausível para o julgador (como exige a fumaça do bom direito). [...] Assim, se há decisão cautelar de mérito, com cognição exauriente, e não mais sujeita a recurso, há *coisa julgada material*” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...*, v. 2, p. 464).

⁷³² TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 57.

⁷³³ De todo modo, assiste razão a Calmon de Passos quando assevera que “as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alterações nas condições anteriormente indicadas para postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é

Nas hipóteses em que há alteração fática ou probatória, por sua vez, os debates em torno da possibilidade de concessão, modificação e cassação de ofício da tutela cautelar têm sido, sob a égide do CPC de 1973, intensos, especialmente por conta da previsão do *poder geral de cautela* (art. 798), com base no qual alguns juristas admitem essa atuação oficiosa⁷³⁴. Afirma-se, além disso, que a partir do momento em que deixa de se mostrar devida a cautela, não há de se tolerar, mormente diante de suas naturais *temporiedade* e *instabilidade*, que ela prossiga produzindo efeitos⁷³⁵.

Ao nosso sentir, também nesses casos é, ao menos em princípio, descabida a atuação oficiosa do juiz, seja para conceder, seja para modificar, ou mesmo cassar a medida cautelar. Trata-se, bem se nota, de aberta manifestação do princípio dispositivo, que de regra não encontra, nesse âmbito, respaldo para ser atenuado. Apesar disso, há que se excetuar, até por conta do disposto no art. 797 do CPC de 1973, as hipóteses expressamente previstas em lei (v.g., CPC/1973, art. 1.018, p.u.), assim como casos excepcionais⁷³⁶, capazes de pôr em risco a efetividade da tutela do direito material⁷³⁷, conforme ressalvado também em relação à tutela antecipada.

imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X. São Paulo: RT, 1984, p. 237).

⁷³⁴ RUBIN, *A preclusão...*, p. 148.

⁷³⁵ RUBIN, *A preclusão...*, p. 148.

⁷³⁶ No tocante às situações excepcionais não previstas em lei, a atuação oficiosa pressupõe, seguindo lição de Marinoni e Arenhart, (i) inviabilidade da prévia oitiva das partes; (ii) que a situação de urgência não seja do conhecimento da parte que possa vir a ser prejudicada; (iii) seja constatável *prima facie* o risco à efetividade da tutela do direito. Ademais, não há racionalidade em admitir sua concessão de ofício “antes da instauração da ação em que se pede a tutela do direito ameaçada de se tornar infrutífera”, considerando ser “completamente inconcebível que um juiz possa agir de ofício por supor que uma situação de risco afeta eventual tutela do direito, que sequer foi pedida” (MARINONI; ARENHART, *Curso...*, v. 4, p. 106).

⁷³⁷ MARINONI; ARENHART, *Curso...*, v. 4, p. 104-105.

16.2. O CPC de 2015

O CPC de 2015, a seu turno, pretendeu unificar, em um mesmo regime jurídico, as *tutelas cautelares* e *antecipadas* (embora, como se verá, ao final do trâmite legislativo tenham sido divididos, em capítulos apartados, os procedimentos de caráter antecipatório), ambas integrantes da subcategoria *tutelas de urgência*, esta, por sua vez, componente, ao lado da subcategoria *tutela da evidência*, da categoria *tutelas provisórias* (CPC/2015, art. 294). Além disso, está prevista a possibilidade de as tutelas (provisórias) de urgência, cautelares ou antecipatórias, serem concedidas tanto em caráter *incidental*, como em *preparatório* (*antecipado*) (CPC/2015, art. 294, p.u.).

16.2.1 Tutelas (provisórias) de urgência incidentais

Na mesma linha do sistema estabelecido pelo CPC de 1973, não se sujeita à preclusão, de acordo com o regramento contido no CPC de 2015, o direito respectivo à faculdade de requerer *incidentalmente* – é dizer, no âmbito de uma relação jurídica processual já estabelecida – as tutelas de urgência, porquanto se admite a formulação desse pedido a qualquer tempo, seja em primeira instância seja em grau recursal, inexistindo momento processual peremptório para tanto.

A prolação de decisão deferindo ou indeferindo a tutela provisória de urgência, por sua vez, confere à parte prejudicada o ônus de contra ela recorrer, estabilizando-se a questão tanto pela ausência de recurso, como pelo julgamento do interposto, ou ainda em razão do cumprimento sem ressalvas da decisão. Fica, então, obstado o juiz de revisitar o tema, ainda que mude seu entendimento acerca da controvérsia, diante da preclusão – temporal, consumativa ou lógica – operada.

Havendo, no entanto, alteração do conjunto fático-probatório que embasou a decisão, estará também aqui aberta a porta para que, via de regra

mediante provocação pela parte interessada, uma nova decisão seja proferida, inexistindo preclusão a esse respeito. Nota-se que essa provocação constitui faculdade processual, e não ônus, porquanto inexistente momento peremptório para seu exercício. Outrossim, é nesse sentido que há de se compreender o disposto no art. 296, *caput*, do CPC de 2015, que prevê, à semelhança do que dispunha o art. 273, § 4.º, do CPC de 1973, que “A tutela provisória [...] pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (*i.e.*, desde que alterado o suporte fático-probatório e que haja, em geral, provocação pela parte interessada).

Nesse ponto, toca observar que durante o trâmite legislativo, foi excluído o art. 277 do Projeto de Lei n.º 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, que estabelecia que “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. Essa supressão indicaria, *em análise perfunctória*, que apenas nos casos expressos em lei (*v.g.*, CPC/2015, art. 628, § 2.º) – para os quais é notoriamente despicienda a previsão genérica contida naquele dispositivo –, seria admissível essa atuação oficiosa, ficando eliminada a previsão de concessão de ofício das tutelas de urgência em *casos excepcionais*.

Ainda assim, não há suprimir essa possibilidade, em relação a ambas as tutelas de urgência (antecipada ou cautelar), nos moldes como se tem defendido sob a égide do CPC de 1973 (acima apontados), porquanto raciocínio diverso implicaria retrocesso inaceitável no que diz respeito ao emprego da técnica processual em conformidade com as particularidades dos casos concretos, em manifesto desprestígio à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁷³⁸.

Destarte, embora a prolação de nova decisão versando sobre tutelas de urgência em caráter incidental – admissível quando alterado o conjunto fático-probatório e, assim, inexistente preclusão a ser considerada – pressuponha, geralmente, provocação pela parte interessada, devem ser excetuadas tanto as hipóteses expressamente previstas em lei, como casos *excepcionais*, capazes de pôr em risco a efetividade da tutela do direito material.

⁷³⁸ MARINONI; ARENHART, *Curso...*, v. 4, p. 104-105.

16.2.2 Tutelas (provisórias) de urgência em caráter antecedente

Quando as tutelas de urgência forem formuladas em caráter *antecedente* (preparatório), será constituído um novo processo. Embora no PL n.º 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, estivessem unificados os procedimentos a serem observados em relação às tutelas antecipada e cautelar preparatórias, o texto do CPC de 2015 que acabou consolidado apartou em capítulos distintos a disciplina de cada um.

Essa discrepância, importa destacar, mostra-se temerária, mormente porque gerará multiplicação de disputas a respeito da classificação das medidas urgentes, nos moldes, aliás, como observado sob o regramento do CPC de 1973. Com efeito, melhor teria sido a manutenção do regime unificado previsto no PL n.º 166/2010, já que as diferenças existentes entre um e outro instituto não são hábeis a justificar disparidade em seus procedimentos.

A propósito, observa Talamini que:

Quando Ovídio Baptista da Silva afirma ser cautelar a medida que suspende deliberação assemblear, e Barbosa Moreira a considera tutela antecipada; quando Watanabe reputa conservativa a sustação de protesto, e Bedaque toma-a por antecipatória, fica evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipatória urgente *não têm como ser providências essencialmente diversas*. Não se está a falar de coisas distintas como água e vinho. A divergência entre processualistas tão argutos só se põe precisamente porque estão tentando classificar objetos muito próximos entre si – situados em zona cinzenta, de fronteira.⁷³⁹

De todo modo, ainda que divididos os procedimentos, não se pode desprezar a existência de pontos em comum entre as tutelas antecipada e

⁷³⁹ TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 209, jul. /2012, p. 13-34[18].

cautelar, implicando incidência, quando cabíveis, à primeira de normas previstas para a segunda, e *vice-versa*⁷⁴⁰. Assim é que, *v.g.*, cessará a eficácia também da tutela antecipada preparatória nas hipóteses previstas no art. 309 do CPC de 2015, e que a decisão concessiva de tutela cautelar em caráter antecipatório terá aptidão para adquirir estabilidade, nos termos do art. 304 do CPC de 2015.

Em linhas gerais, as considerações que cabem a nós realizar a respeito desse assunto, especialmente por guardarem afinidade com o tema objeto de nosso estudo, são as seguintes:

16.2.2.1 Tutela antecipada em caráter antecedente

Quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, é facultado ao autor optar pelo procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente (preparatório), hipótese em que a petição inicial se limitará ao requerimento de tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com exposição sumária⁷⁴¹ da lide, do direito que se visa a realizar e do perigo de dano (CPC/2015, art. 303, *caput*).

Nesses casos, é ônus do autor indicar, na petição inicial (= momento adequado), que pretende se valer desse benefício (CPC/2015, art. 303, § 5.º), importando, omissão a esse respeito, além de preclusões temporal e consumativa, que a tutela antecipada foi requerida em caráter incidental. De todo modo, é dado ao autor aditar a petição inicial, antes da citação do réu (CPC/2015, art. 329, inc. I), para fazer constar a indicação de que a tutela antecipada é postulada em caráter antecipatório.

⁷⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 48.

⁷⁴¹ A despeito de excluída a indicação expressa, contida na redação trazida pelo PL n.º 166/2010 (art. 279), de que é suficiente a exposição sumária da lide nesse momento, essa exposição assim será, mormente considerando a oportunidade para ser complementada após concedida a medida preparatória (CPC/2015, art. 303, § 1.º, inc. I).

Concedida a tutela antecipada preparatória, exsurge para o autor o ônus de emendar a petição inicial, no prazo peremptório de quinze dias contados da concessão, ou em outro fixado pelo juiz, com complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final (CPC/2015, art. 303, § 1.º, inc. I). Esse aditamento, importa consignar, se dará nos mesmos autos e sem incidência de novas custas processuais (CPC/2015, art. 303, § 3.º), e ao contrário do que previa o PL n.º 166/2010 (art. 282, § 3.º), impõe-se ainda que o réu não tenha impugnado a medida, sob consequência, além de preclusão, de extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/2015, art. 303, § 2.º).

Por outro lado, a tutela antecipada preparatória nesses termos concedida torna-se estável se contra a decisão que a deferir não for interposto o recurso cabível (CPC/2015, art. 304, *caput*), sendo dado, todavia, a qualquer das partes demandar a outra com intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão nesses termos estabilizada, que conservará seus efeitos até que sobrevenha decisão de mérito assim determinando (CPC/2015, art. 304, §§ 2.º e 3.º). Esse direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, outrossim, decairá após dois anos contados da ciência da decisão concessiva da tutela antecipada preparatória (CPC/2015, art. 304, § 5.º).

Depois de aditada a petição inicial, com complementação da argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido final, o réu será intimado para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação, correndo o prazo para oferecer contestação, não havendo autocomposição, na forma do art. 333 (CPC/2015, art. 303, § 1.º, inc. II). O não oferecimento de contestação, a seu turno, ensejará, nos termos dos arts. 307, *caput*, e 344 do CPC de 2015, presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor. Oferecida, por outro lado, contestação, se observará o procedimento comum (CPC/2015, art. 307, p.u.)⁷⁴².

⁷⁴² Nesse ponto, é de se consignar que embora o art. 307 do CPC de 2015 esteja inserido especificamente no capítulo destinado à disciplina da tutela cautelar em caráter antecedente, não existe incompatibilidade em sua aplicação também no âmbito da tutela antecipada preparatória, o que se revela, aliás, uma exigência do sistema, para se tentar imprimir alguma coerência ao

Diante desse emaranhado de regras, dúvidas exsurtem sobre o que ocorrerá (i) *¿* se nem o autor aditar a petição inicial, para complementar sua argumentação, nem o réu recorrer da decisão que a deferir?; (ii) *¿* se, embora não recorra contra a decisão antecipatória, o réu conteste a demanda?; (iii) *¿* se depois de ultrapassado o prazo decadencial de dois anos para revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada nesses termos estabilizada, o autor não obtenha a tutela final de direito postulada?; outra dúvida que brilha aqui diz respeito à natureza da estabilidade em alusão.

Antes de ir adiante, cabe-nos registrar que apesar das inúmeras reflexões travadas em torno do tema, não conseguimos, já passado o tempo de finalizar este trabalho, chegar a conclusões decisivas acerca dessas indagações. Com efeito, a letra da lei revela-se obscura e, por vezes, ilógica, dificultando sobremaneira essa tarefa⁷⁴³.

De todo modo, nos aventuraremos em traçar algumas linhas sobre como nos posicionamos, ao menos até agora, diante de tais questionamentos, embora cientes de que as ideias então expressadas virão, por vezes, de encontro com o que a literalidade dos dispositivos parece querer indicar, assim como de que poderão acabar recaindo em meros “achismos”.

procedimento em alusão, mormente diante das inúmeras incertezas brotadas do texto legal, conforme se perceberá nas páginas seguintes.

⁷⁴³ Ao nosso ver, a disciplina desse ponto estava muito melhor elucidada no PL n.º 166/2010, porquanto o ônus do autor de complementar sua argumentação apenas se impunha se o réu deixasse de impugnar a decisão antecipatória – compreendendo-se aí toda sorte de impugnação: contestação, recurso, medida de impugnação autônoma *etc.* (TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 29) (PL n.º 166/2010, arts. 280, § 1.º, 282 e 284, inc. I). Nesses termos até fazia sentido que a ausência de impugnação implicasse extinção do processo, uma vez que voltado a obter apenas a tutela antecipada preparatória, conservando-se, outrossim, eficaz/estável a medida (PL n.º 166/2010, art. 281, § 2.º) e com previsão do direito das partes de propor ação no intuito de discutir a tutela de caráter antecipatório estabilizada (PL n.º 166/2010, art. 282, § 4.º). Todavia, com a imposição de que o autor complemente a petição inicial, com confirmação do pedido de tutela final (CPC/2015, art. 303, §§ 1.º, inc. I, e 2.º), mesmo quando não impugnada a medida preparatória, falta coerência em relação à previsão de extinção do processo em virtude da simples ausência de interposição de recurso pelo réu (CPC/2015, art. 304, *caput* e § 1.º), assim como fica assaz obscura a estabilização prevista para essa decisão (CPC/2015, art. 304, § 6.º). Nota-se, por aí, que embora o regramento da matéria em alusão previsto no PL n.º 166/2010 também não fosse indene de críticas, quando confrontado com aquele constante do texto que acabou se consolidando, faz brilhar intensamente como *a emenda saiu pior que o soneto*.

Pois bem. No primeiro caso – em que nem o autor adite a petição inicial, para complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar seu pedido de tutela final, nem o réu recorra da decisão que a deferir –, ao nosso ver, há de prevalecer a regra segundo a qual serão tolhidos os efeitos da decisão e extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 303, § 2.º, do CPC de 2015.

Isso porque não se pode conceber que o autor seja beneficiado com a simples inércia do réu, quando ele mesmo não tenha se desincumbido do ônus processual que lhe é legalmente cominado. Nesses termos, para que a decisão assuma a aludida estabilidade, é necessário não apenas a ausência de recurso pelo réu, mas também que o autor cumpra seu ônus de aditar a petição inicial, nos termos do art. 303, § 1.º, inc. I, do CPC de 2015.

No segundo – quando embora não recorra da decisão antecipatória, o réu conteste a demanda –, a ausência de recurso implicará a estabilização da tutela antecipada, conforme prevê o art. 304, *caput*, do CPC de 2015, porém não a extinção do processo, que prosseguirá para a resolução do pedido de tutela final. Note-se, aliás, que apenas depois do aditamento da petição inicial, com confirmação do pedido de tutela final, é que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, correndo o prazo para contestação, não havendo autocomposição, na forma do art. 335 (CPC/2015, art. 303, § 1.º, inc. II).

Por outro giro verbal, a apresentação de contestação ao pedido de tutela final não exime o réu do ônus de recorrer contra a decisão concessiva da tutela antecipada preparatória, sob consequência de restar ela estável no processo. Nesse ponto, é preciso considerar que a extinção estabelecida no art. 304, § 1.º, do CPC de 2015 é resquício – da ausência de adaptação ao texto consolidado – das regras constantes dos arts. 281, § 2.º, e 282, § 3.º, do PL n.º 166/2010, segundo as quais a inércia do réu em se valer de qualquer meio de impugnação (recurso, contestação *etc.*) da decisão concessiva da tutela antecipada preparatória excluía o ônus do autor de formular o pedido principal e bastava para que a estabilização da medida e a consequente extinção do processo.

Todavia, na redação ao final aprovada, uma vez que a eficácia da medida antecipatória cessará e o processo será extinto se o autor não emendar a petição inicial, com complementação de sua argumentação e formulação do pedido de tutela final (CPC/2015, art. 303, §§ 1.º e 2.º), não há sentido em extinguir o processo em caso de não interposição do recurso, porquanto a imposição desse ônus só pode querer significar que ele prosseguirá, após o aditamento, em relação ao pedido de tutela final, com citação e intimação do réu para a audiência de conciliação ou de mediação (CPC/2015, art. 303, §§ 1.º, inc. II).

No terceiro – em que depois de ultrapassado o prazo decadencial de dois anos para revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada nesses termos estabilizada, o autor não obtém a tutela final de direito postulada –, é evidente que haverão de ser tolhidos os efeitos da tutela antecipada deferida em caráter antecedente.

Com efeito, de acordo com o que asseveramos anteriormente, não há negar a aplicabilidade, quando cabíveis, à tutela antecipada de normas previstas para a cautelar, e *vice-versa*. Desse modo, observado o disposto no art. 309 do CPC de 2015, cessará a eficácia da tutela antecipada preparatória não apenas quando configurada a hipótese prevista no art. 303, §§ 1.º, inc. I, e 2.º, mas também quando for julgado improcedente o pedido de tutela final formulado pelo autor ou extinto o processo sem resolução de mérito (CPC/2015, art. 309, inc. III), assim como no caso de não ser efetivada a tutela no prazo de trinta dias (CPC/2015, art. 309, inc. II). De todo modo, é preciso ressaltar a necessidade, para tanto, de trânsito em julgado da sentença, diante da estabilização da decisão antecipatória.

Finalmente, questiona-se a natureza da *estabilidade* que, no caso, recai sobre a decisão concessiva da tutela antecipada preparatória. Quanto a isso, o art. 304, § 6.º, do CPC de 2015 é expresso no sentido de essa decisão não fará coisa julgada; por outro lado, se considerássemos o regramento do PL n.º 166/2010, em que a ausência de impugnação por si só estabilizava a medida, a qual produziria efeitos extraprocessuais que só seriam afastados em ação autônoma, com prazo decadencial de dois anos, tampouco de preclusão se tratava.

Na análise do texto consolidado, todavia, é preciso outra vez articular com a constatação de que mesmo quando ausente recurso do réu contra a decisão concessiva da tutela antecipada preparatória, tem o autor o ônus de emendar a petição inicial, com confirmação da tutela final buscada (CPC/2015, art. 303, § 1.º, inc. I), prosseguindo o processo em relação a essa. A partir daí, sobrevindo sentença julgando improcedente o pedido de tutela final formulado pelo autor ou declarando extinto o processo sem resolução de mérito, serão tolhidos os efeitos da tutela antecipada preparatória (CPC/2015, art. 309, inc. III), ao passo que, se concedida a tutela final do direito, será a sentença transitada em julgado que, a partir de então, o assegurará, e não mais a decisão antecipatória.

Nesse caminhar, observa-se tratar de preclusão a estabilidade que reveste a decisão concessiva de tutela antecipada em caráter antecipatório, porquanto, em última análise, seus efeitos se exaurirão no processo em que se verificou, tanto em caso de procedência, como no de improcedência do pedido de tutela final formulado. O que ocorre de excepcional é que essa preclusão poderá ser afastada, antes de transitada em julgado a sentença sobre a tutela final pleiteada e desde que observado o prazo decadencial de dois anos, mediante ação autônoma (CPC/2015, art. 304, §§ 2.º e 5.º).

Observa-se, então, uma diferença crucial entre as tutelas antecipadas incidental e preparatória: aquela, depois de estabilizada, por preclusão temporal, lógica ou consumativa, não mais poderá ser modificada, salvo alteração do conjunto fático-probatório, o que se dará nos mesmos autos; esta, por sua vez, poderá ser revista, tanto em caso de modificação, como em de permanência do suporte fático-probatório, em ação autônoma. Essa discrepância faz sentido quando ponderamos que a análise do pedido de tutela antecipada incidental é feita com fulcro em todos os argumentos do autor, ao passo que quando em caráter antecedente, esse exame se dá sobre exposição sumária dos fatos e fundamentos jurídicos, que será complementada por ocasião do aditamento previsto no art. 303, § 1.º, inc. I, do CPC de 2015.

16.2.2.2 Tutela cautelar em caráter antecedente

A petição inicial da demanda voltada à obtenção de tutela cautelar em caráter antecedente (preparatório), por sua vez, indicará a lide, seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 305, *caput*). Também aqui é ônus do autor indicar, na petição inicial (= momento adequado), que pretende se valer desse benefício (CPC/2015, art. 303, § 5.^o⁷⁴⁴), importando, omissão a esse respeito, além de preclusões temporal e consumativa, que a tutela antecipada foi requerida em caráter incidental.

Além disso, caberá ao autor formular, no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida, o pedido principal, que será apresentado nos mesmos autos em que foi deduzido o de caráter antecipatório (CPC/2015, art. 308, *caput*). Esse momento (*i.e.*, de formulação do pedido principal), outrossim, é o adequado para o autor realizar eventual aditamento da causa de pedir (CPC/2015, art. 308, § 2.^o), sob consequência de preclusões temporal e consumativa.

Também aqui, ao contrário do que se observava no PL n.º 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, o ônus de formulação do pedido principal se impõe ainda quando o réu não houver impugnado a medida, sob consequência, além de preclusão temporal, de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente (CPC/2015, art. 309).

Ademais, é conferido expressamente ao autor o ônus de efetivar a tutela cautelar concedida em caráter antecedente no prazo de trinta dias, implicando a preclusão temporal cessação dos efeitos da medida (CPC/2015, art. 309, *caput* e inc. II), quando estará, outrossim, obstado de renovar o pedido, salvo sob novo fundamento (CPC/2015, art. 309, p.u.).

O réu, a seu turno, tem o ônus de contestar o pedido de tutela cautelar em caráter antecipatório, no prazo de cinco dias (CPC/2015, art. 306), sob

⁷⁴⁴ Nesse caso, estamos diante de dispositivo constante do capítulo que trata da tutela antecipada em caráter antecedente, porém absolutamente aplicável também em relação à cautelar preparatória.

consequência, além de preclusão temporal, de serem presumidos aceitos os fatos alegados pelo autor (CPC/2015, art. 307, *caput*). Se contestado o pedido (preclusão consumativa), por outro lado, será observado o procedimento comum (CPC/2015, art. 307, p.u.).

Para além disso, conforme indicado anteriormente, não vislumbramos empecilho a que se aplique à tutela cautelar preparatória a estabilização a que alude o art. 304 do CPC de 2015, respectivo à antecipada preparatória, nos mesmos moldes acima expostos. Destarte, tem o réu também o ônus de recorrer contra a decisão que defere a medida cautelar em caráter antecedente, sob consequência de se tornar ela estável (CPC/2015, art. 304, *caput*), sendo dado, por outro lado, a qualquer das partes demandar a outra com intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão nesses termos estabilizada, que conservará seus efeitos até que sobrevenha decisão de mérito assim determinando (CPC/2015, art. 304, §§ 2.º e 3.º).

16.2.2.3 A fungibilidade de *mão dupla*

Prevê, ainda, o art. 305, p.u., do CPC de 2015 que caso o juiz entenda que o pedido de tutela cautelar em caráter antecedente tem natureza de antecipada preparatória, observará o regime desta. No CPC de 1973, a previsão é inversa: estabelece-se, a teor do art. 273, § 7.º, a possibilidade de, requerida a antecipação de tutela satisfativa, o juiz conceder de caráter cautelar.

Na verdade, acreditamos existir, em ambos os sistemas, uma *fungibilidade de mão dupla*⁷⁴⁵, mormente considerando que conquanto diferenciáveis conceitualmente, existe entre as tutelas antecipada e cautelar um *liame unificador*⁷⁴⁶, assim como uma *zona cinzenta*⁷⁴⁷ em que fica abertamente

⁷⁴⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...*, v. 2, p. 484.

⁷⁴⁶ Segundo lição de Talamini, “O liame unificador, capaz de agrupar as medidas urgentes conservativas e antecipatórias dentro de uma mesma categoria, reside nos seguintes traços: (1.º) função de garantir o resultado inerente à outra tutela (“final”), tendencialmente *definitiva* – viabilizando seu provimento, resguardando sua efetivação ou impedindo sua inutilidade –, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; (2.º) cognição sumária; (3.º) em virtude de

complicado enquadrar a pretensão em uma ou outra categoria, de modo que a negativa à substituição implicaria manifesto obstáculo ao direito à tutela jurisdicional efetiva. Outrossim, é preciso reconhecer que embora contida no capítulo destinado à disciplina da tutela cautelar preparatória, a fungibilidade (de mão dupla) se aplica também no tocante às tutelas de urgência concedidas em caráter incidental.

Por outro lado, indaga-se ¿até que momento poderá o juiz determinar essa conversão? Segundo entendemos, os princípios da boa-fé e da lealdade processuais indicam que essa alteração se dê, preferencialmente, antes da citação do réu, devendo o juiz provocar o autor a promover as alterações necessárias em sua petição inicial, adequando-a ao procedimento respectivo a sua efetiva pretensão, até para que o réu tenha, desde o princípio, ciência dos ônus que lhe tocarão.

Entretanto, não vislumbramos óbice a que, posteriormente, perceba o juiz que a tutela antecipada pleiteada tinha natureza, na verdade, de cautelar (ou *vice-versa*), e altere o regime, desde que precedido de efetivo diálogo com as partes, e que essa modificação não acarrete prejuízo processual para o réu, até porque o Código não estabelece um momento processual preclusivo para isso. Só assim será a técnica processual empregada em conformidade com as necessidades do caso concreto, não se reputando admissível que o juiz deixe de conceder a tutela adequada ao direito material em litígio.

16.2.3 Tutela (“provisória”) da evidência

sua função, instrumentalidade em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com base na perspectiva da tutela final, ainda que esta concretamente não venha a ocorrer, e sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final e (ou) aos riscos que essa sofre; (4.º) consequente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar juridicamente definitivo: no regime vigente ou ele é substituído pela tutela final ou, simplesmente, perde a eficácia” (TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 16).

⁷⁴⁷ TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 17.

Ao lado das tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada, está a *da evidência*, que embora já estivesse presente no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973, passa a ostentar, com o CPC de 2015, maior detalhamento acerca das situações que autorizam sua concessão.

Segundo esse Código, essa tutela independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, e será concedida quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmentemente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reiperfusório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (CPC/2015, art. 311).

Do mesmo modo como se vislumbra em relação à tutela da evidência prevista no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973, pertinente à parcela incontroversa do pedido⁷⁴⁸, as hipóteses contidas no art. 311 CPC de 2015 dão azo apenas a preclusão, mormente porque lastreadas em *cognição sumária*, não exauriente de parcela do objeto da demanda, diferenciando-se das demais provisórias

⁷⁴⁸ A propósito, explica Sica que parte da doutrina defende que a localização do art. 273, § 6.º no CPC de 1973 sugere “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*” (SICA, “*Preclusão...*”, p. 206, nota 79). Todavia, o autor rebate esses argumentos, dizendo que o primeiro deles “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 [...]. O segundo argumento também se esfazela 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 de pedido cumulado cinde o processo em dois, de tal sorte que prosseguirá apenas com relação à parte não julgada (SICA, “*Preclusão...*”, p. 206, nota 79). Em seguida, Sica reconhece preferir a corrente doutrinária oposta, que entende se tratar essa decisão concessiva da tutela da evidência de sentença, entendendo estar ela fulcrada 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 controvérsia havida. Assim, para essa corrente é indubitado 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” (SICA, “*Preclusão...*”, p. 206, nota 80).

(antecipada e cautelar) por dispensarem demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Apenas quando se amoldar ao disposto nos arts. 356 e 503 do CPC de 2015, o caso será de sentença parcial de mérito, acobertável pela coisa julgada material.

Ainda a respeito, nota-se que embora lhe tenha dispensado maior atenção do que o Código anterior, o CPC de 2015 não se mostrou sensível à constatação, em várias oportunidades denunciada por abalizada doutrina⁷⁴⁹, de que a tutela da evidência é aquela em que mais se justificaria possibilidade de concessão em caráter antecipatório, inclusive com previsão de estabilização. É notar que a estabilização da tutela de urgência concedida em caráter antecedente importa reunião de institutos e técnicas de escopos diferentes, na medida em que se conjuga “a função de *afastar perigo de danos* (tutela urgente) com a função de *propiciar rapidamente resultados práticos em caso de inércia do réu* (tutela monitoria)”⁷⁵⁰.

Essa situação poderá acabar enfraquecendo a tutela de urgência preparatória, quer diante do risco de proliferação de pedidos infundados, formulados pelos litigantes na expectativa de obterem, com a inércia do réu, estabilização dos efeitos da decisão, quer devido ao maior rigor com que os juízes atuarão na concessão dessas medidas, receosos de estarem emitindo decisão apta a se estabilizar por tempo indeterminado⁷⁵¹. Desse modo, sendo requisito para a concessão da tutela da evidência a razoável plausibilidade do direito, e não a urgência, seria muito mais adequado que essa, e não as de urgência, fosse concedida em caráter antecedente, inclusive com estabilização em caso de inércia do réu⁷⁵².

17. Preclusão e ação monitoria

⁷⁴⁹ A propósito, vide: TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 31-34.

⁷⁵⁰ TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 33.

⁷⁵¹ TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 32-33.

⁷⁵² TALAMINI, “Tutela de urgência...”, p. 33.

17.1. O decreto d'ingiunzione italiano e a ação monitória prevista pelo CPC brasileiro de 1973

Conforme exposto em capítulo anterior, o processualista italiano Redenti dedicou-se a idealizar um fenômeno processual que, diversamente do que propunha a preclusão de Chiovenda, fosse apto a fazer com que a estabilidade de provimentos judiciais como aqueles respectivos às *injunções de pagamento*, correspondentes, no direito brasileiro, à ação monitória, irradiassem efeitos extraprocessuais.

Para tal propósito, Redenti cunhou a expressão preclusão *pro iudicato*, defendendo a partir dela que apenas se os sujeitos passivos se insurgissem, opondo-se à execução antes que fosse concluída, poderia nascer um juízo de cognição apto a resultar em um provimento de mérito; porém se oposição não existisse e a execução fosse alcançada, representaria algo de irrevogável ou irreparável, ninguém podendo a partir de então se opor contra o fato realizado, cujas consequências, similares às de coisa julgada material, refletiriam inclusive sobre terceiros⁷⁵³.

Criticando essa teorização, Edoardo Garbagnati consignou que ainda que não precedidas por efetivo contraditório entre as partes e a despeito da sumariedade da cognição do juiz, as *injunções de pagamento* desembocam na pronúncia de um provimento jurisdicional idôneo a adquirir, ao lado das sentenças condenatórias, eficácia de coisa julgada material, sendo despidendo, por aí, o recurso à figura da preclusão *pro iudicato* delineada por Redenti⁷⁵⁴. Segundo o autor, não o contraditório efetivo, mas a provocação a contradizer à demanda judicial é necessária e suficiente para que o provimento jurisdicional de mérito possa adquirir autoridade de coisa julgada, o que não falta na hipótese em alusão⁷⁵⁵.

⁷⁵³ REDENTI, *Lineamenti...*, p. 50.

⁷⁵⁴ GARBAGNATI, Edoardo. "Preclusione «pro iudicato» e titolo ingiutivo". *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. v. I. Milano: Giuffrè, 1951, p. 469-483[475-483].

⁷⁵⁵ GARBAGNATI, "Preclusione...", p. 469-483[477].

Ao nosso sentir, e aqui notoriamente adotamos ensinamento de Talamini, mesmo quando não opostos os embargos, a decisão inicial que concede a tutela monitória não tem aptidão para encerrar o processo, de modo que “não há de se falar em coisa julgada material da decisão concessiva de mandado não embargado”⁷⁵⁶. No mesmo rumo, tampouco a circunstância de a decisão se convolar em título executivo judicial lhe confere essa autoridade, na medida em que diz respeito a atributo exclusivo das sentenças de mérito transitadas em julgado, não estando a eficácia da decisão que permite sua atuação executiva relacionada com sua aptidão à imutabilidade⁷⁵⁷.

A tese de Redenti de que incidiria, no caso, preclusão *pro iudicato* também é de ser descartada, mesmo diante do ordenamento jurídico italiano, *primeiro*, porquanto reprovável o emprego do vocábulo *preclusão* em alusão a autoridade que se espraia para fora do processo⁷⁵⁸, e *segundo*, porque no *decreto d’ingiunzione* não-embargado a ausência de contraditório implica não estabelecimento de controvérsia prejudicial autorizadora do *accertamento* incidental, fazendo com que essa autoridade não revista o *decreto d’ingiunzione*, ainda que, naquele sistema, também as questões prejudiciais sejam alcançadas pela coisa julgada⁷⁵⁹.

No Brasil, ao analisarmos a disciplina conferida à ação monitória (instituto correspondente ao *decreto d’ingiunzione* italiano) pelo CPC de 1973, tal aspecto é, conforme também destaca Talamini, “ainda mais fácil de ser percebido porque, em regra, a questão prejudicial só será abrangida pela coisa julgada quando proposta ação declaratória incidental (arts. 469, III, e 470)”, o que significa que mesmo quando estabelecida controvérsia sobre a questão prejudicial, a coisa julgada não a abrangerá, se não tiver sido objeto de tal ação⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada*, aproximadamente 200 acórdãos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 93.

⁷⁵⁷ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 96-97.

⁷⁵⁸ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 105-106.

⁷⁵⁹ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 106.

⁷⁶⁰ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 106. Em outra ocasião, também consignou Talamini seu entendimento de que tanto no processo executivo como no monitório, “A falta de interposição tempestiva dos embargos [...] implica apenas preclusão da faculdade de praticar esse ato, assim

Incide, então, à espécie, apenas *preclusão*⁷⁶¹, com a limitação – que lhe é inerente – de seus efeitos ao processo em que se verificou. Nesses termos, transcorrido o prazo peremptório para oposição de embargos ao mandado monitório, e constituído, por conseguinte, de pleno direito o título executivo, precluso estará o direito do réu de se insurgir contra o crédito *no mesmo processo*, não lhe sendo dado sequer arguir questões conhecíveis de ofício, tampouco argumentar a inadequação da via eleita⁷⁶². Por outro lado, mormente diante de seus efeitos endoprocessuais, inexistente óbice, sob a égide do CPC de 1973, à rediscussão do crédito objeto do mandado monitório não embargado em ação autônoma de impugnação, esta admissível também para anulação do processo monitório e para repetição do resultado obtido executivamente⁷⁶³.

17.2. O CPC de 2015

Passando, então, à análise do CPC de 2015, é notar que embora excluída a ação declaratória incidental, e prevista, em contrapartida, a possibilidade de a coisa julgada material automaticamente alcançar as decisões que resolvam questões prejudiciais (CPC/2015, art. 503, § 1.º), essa autoridade permanece sem encobrir o mandado monitório não embargado, diante da exigência, nos moldes do sistema italiano, de que para tanto tenha a seu respeito havido *contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia* (CPC/2015, art. 503, § 1.º, inc. II).

Nem mesmo a constatação de que o CPC de 2015 prevê o cabimento de *ação rescisória* contra a decisão que determinar a expedição de mandado

como a impossibilidade de o juiz, no próprio processo em curso, conhecer das matérias que apenas por aquela via poderiam ser ventiladas. Não fica obstado o exercício de uma ação autônoma destinada a impugnar a existência do crédito ou a validade dos atos do processo executivo ou monitório” (TALAMINI, *Coisa julgada...*, p. 133).

⁷⁶¹ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 108-109.

⁷⁶² Diante da preclusão operada, “Conquanto cabíveis embargos à execução, estes apenas poderão veicular matéria superveniente à ‘constituição do título’” (TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 175).

⁷⁶³ TALAMINI, *Tutela monitória...*, p. 177-178.

monitório na hipótese em que não houver pagamento nem oposição de embargos (CPC/2015, art. 701, *caput* e §§ 2.º e 3.º) significa que esse diploma processual tenha lhe conferido autoridade de coisa julgada material, porquanto no sistema desse Código essa não é pressuposto para a rescisão da decisão.

Com efeito, são rescindíveis, além do mandado monitório não embargado (CPC/2015, art. 701, *caput* e §§ 2.º e 3.º), as sentenças e decisões parciais de mérito transitadas em julgado (CPC/2015, art. 966, *caput*), como também aquelas que, embora não sejam de mérito, impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (CPC/2015, art. 966, § 2.º). Ou seja: também decisões não acobertadas por coisa julgada material serão, por vezes, passíveis de impugnação pela via rescisória.

Destarte, ainda que rescindível, o mandado monitório não embargado não dá ensejo à formação de coisa julgada material, porquanto não precedido de contraditório prévio e efetivo. Nesse caminhar, a previsão de cabimento de ação rescisória não exclui o de ação autônoma de impugnação do crédito constituído de pleno direito por conta da não oposição dos embargos monitórios. Afinal, não se pode desprezar que o âmbito de impugnação da ação rescisória é assaz restrito (CPC/2015, art. 966), de modo que a exclusão da ação autônoma de impugnação implicaria violação ao direito de defesa do réu.

É observar que enquanto na ação monitória a omissão do réu em embargar revela-se bastante para, desde que não verificada alguma objeção processual (conhecível de ofício), o título executivo se constituir de pleno direito, nas demandas que seguem o rito comum a revelia não é determinante para a procedência dos pedidos deduzidos. Isso justifica, ao nosso sentir, a manutenção do cabimento não apenas de ação rescisória para desconstituir o mandado monitório não embargado, como também o de ação autônoma de impugnação, voltada a questionar o crédito nele consubstanciado.

Portanto, mesmo sob a égide do CPC de 2015, o mandado monitório não embargado é acobertado apenas por preclusão, tendo em vista seus efeitos endoprocessuais, que não obstam a discussão do crédito em sede de ação autônoma de impugnação, esta igualmente admissível, nos moldes verificados no

regime do CPC de 1973, para anulação do processo monitorio e para repetição do resultado obtido na via executiva.

18. Preclusão e negócios processuais

Partindo da *teoria do fato jurídico* de Pontes de Miranda, posteriormente desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello⁷⁶⁴, Paula Sarno Braga classifica os *atos processuais* em (i) *atos processuais lícitos* – subdivididos em (i.i) fato processual em sentido estrito, (i.ii) ato-fato processual e (i.iii) ato processual em sentido amplo, esse último, gênero das espécies (i.iii.i) ato processual em sentido estrito e (i.iii.ii) negócio processual – e (ii) *atos processuais ilícitos* – subclassificados em (ii.i) ato ilícito processual e (ii.ii) negócio processual ilícito⁷⁶⁵. Na mesma linha é a classificação adotada por Didier Junior, embora este, à diferença de Braga, não inclua entre os atos processuais ilícitos os negócios processuais ilícitos⁷⁶⁶.

Limitando a análise aos *atos processuais lícitos*, observa-se, resumidamente, que os *atos processuais em sentido estrito* correspondem àqueles que não contemplam, em seu suporte fático, um ato humano; é dizer: nada mais são “do que o fato natural que, sofrendo a incidência de regra processual, tem o condão de provocar consequências jurídicas no processo”, como é o caso, v.g., da morte (que implica suspensão do processo e sucessão processual legal) e do atingimento da maioridade (que confere à parte capacidade

⁷⁶⁴ O critério dessa classificação se baseia no *núcleo do suporte fático do fato jurídico*, conforme explica Mello: “Os suportes fáticos são compostos por vários elementos, dentre os quais *um* constitui o *cerne* do próprio fato jurídico, portanto, o elemento nuclear básico que o define e caracteriza como espécie [...]. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) a conformidade ou não conformidade do fato com o direito; b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático hipotético” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97-98).

⁷⁶⁵ BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”. Disponível em: <<http://zip.net/bxqHL1>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

⁷⁶⁶ DIDIER JUNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 274-278.

processual)⁷⁶⁷. Os *atos-fatos processuais*, por sua vez, dizem respeito àqueles cujo suporte fático é integrado por ação humana, porém não pelo elemento volitivo, ou seja, “é o ato humano ‘avolitivo’ [...] que resulta em fato que, colorido por prescrições normativas processuais, pode provocar mudanças no processo”⁷⁶⁸, aí enquadrando-se, v.g., a revelia, o preparo, o abandono da causa.

Os *atos processuais em sentido lato*, a seu turno, “são atos essencialmente volitivos [...] que, juridicizados por normas processuais, têm o condão de produzir resultados dentro do processo juridicamente protegidos ou não proibidos”⁷⁶⁹. Serão eles *atos processuais em sentido estrito* quando recaírem “em categorias pré-definidas e seus efeitos estiverem previamente regradados na lei processual”, como, v.g., a contestação, a penhora e a interposição de recurso, ao passo que serão *negócios processuais* “quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados)”⁷⁷⁰, o que se observa, v.g., em relação à desistência da demanda e à suspensão convencional do processo.

Este capítulo da dissertação dedica-se à verificação da relação existente entre as preclusões processuais e essa última categoria de fatos verificados no processo – os *negócios processuais*. A análise pressupõe, antes de mais, a percepção de que embora as preclusões decorram, segundo a classificação acima apresentada, sempre ou de atos-fatos processuais (como a revelia) ou de atos processuais em sentido estrito (como a interposição de recurso), seus pressupostos configuradores podem ser, desde que observados certos limites, objeto de negociação pelas partes.

⁷⁶⁷ BRAGA, “Primeiras...”, p. 21. Essa categoria é rejeitada por Calmon de Passos, ao argumento de que “No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64).

⁷⁶⁸ BRAGA, “Primeiras...”, p. 22-23.

⁷⁶⁹ BRAGA, “Primeiras...”, p. 23-24.

⁷⁷⁰ BRAGA, “Primeiras...”, p. 24.

Nesse caminhar, aqui não encontram espaço os inúmeros debates travados, sob a égide do CPC de 1973, em torno da admissibilidade do instituto processual em alusão⁷⁷¹, mormente diante de sua consagração pelo CPC de 2015, o qual chegou ao ponto de estabelecer a possibilidade de as partes *negociarem o procedimento* como um todo.

Com efeito, estabelece esse Código que se a demanda versar sobre direitos que admitam autocomposição, podem as partes plenamente capazes, tanto antes, como durante o processo, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (CPC/2015, art. 190, *caput*). Impõe-se, ademais, a observância dessas convenções, cuja aplicabilidade só será negada nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão, ou em que alguma das partes esteja em situação de manifesta vulnerabilidade (CPC/2015, art. 190, p.u.). Para além disso, as partes poderão fixar, juntamente com o juiz, calendário para a prática dos atos processuais (CPC/2015, art. 191), o qual os vinculará e somente poderá ser modificado em casos excepcionais, devidamente justificados (CPC/2015, art. 191, § 1.º).

Inova, também, esse Código ao prever a possibilidade de as partes apresentarem ao juiz, por ocasião do saneamento do processo, delimitação consensual dos pontos de fato e de direito que reputam controvertidos, a qual, se homologada, vinculará tanto elas como o juiz (CPC/2015, art. 357, § 2.º). Outrossim, além de mantida a possibilidade, prevista já no art. 333, p.u., do CPC de 1973, de convencionarem acerca da distribuição dos ônus probatórios, é dado às partes, de comum acordo, desde que sejam plenamente capazes e que a

⁷⁷¹ Embora rejeitados por inúmeros renomados processualistas (como Rosenberg, Conso, Denti, Redenti, Liebman, Dinamarco, Mitidiero, Câmara, Greco Filho, entre outros), os negócios processuais têm sido amplamente aceitos tanto pela doutrina estrangeira (Schönke, Leible, Lent, Chiovenda, Ugo Rocco, Zanzucchi, Palermo, Invrea, Costa e Segni, Betti, Cernelutti, Fazzalari, entre outros) como pela nacional (Pontes de Miranda, Machado Guimarães, Lopes da Costa, Gabriel Rezende Filho, Moacyr Amaral Santos, Nelson Nery Júnior, Araken de Assis, Carreira Alvim, Lauria Tucci, Barbosa Moreira, Leonardo Greco, Didier Junior, entre outros), conforme referido em NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 126-137). Disponível em: <<http://zip.net/bfqGMc>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

causa possa ser resolvida mediante autocomposição, escolher o perito, substituindo, essa perícia consensual, aquela que seria realizada por perito nomeado pelo juiz (CPC/2015, art. 471).

Como se nota, com o CPC de 2015 adquire força o *princípio do autorregramento da vontade no processo civil*, esta manifestação da autonomia privada e, em última análise, do direito à liberdade. Trata-se do reconhecimento de que embora existam no processo limites consideravelmente maiores do que no âmbito do direito privado, não se pode excluir um espaço destinado a que os sujeitos processuais influenciem na construção do procedimento, sem que isso signifique reflexo ou consagração de uma postura neoprivatista do direito processual⁷⁷².

Pretende-se, sob esse regramento, a construção “de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial”⁷⁷³. Afinal, em consonância com o que afirmamos em diversas passagens desta dissertação, não mais se admite “o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto”⁷⁷⁴, pois “Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”⁷⁷⁵.

Essa possibilidade, aliás, há muito é defendida por doutrinadores abalizados, como Leonardo Greco, segundo quem, desde que observado o “núcleo duro de princípios e garantias que formam a *ordem pública processual*”, as convenções sobre o procedimento devem ser acolhidas e respeitadas pelo juiz⁷⁷⁶. No mesmo sentido, sustentou Braga a admissibilidade de “celebração de

⁷⁷² NOGUEIRA, *Negócios...*, p. 30-31.

⁷⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

⁷⁷⁴ BEDAQUE, *Direito e processo...*, p. 74.

⁷⁷⁵ BEDAQUE, *Direito e processo...*, p. 74.

⁷⁷⁶ GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. *Revista eletrônica de direito processual*. 1. ed. out.-dez./2007, p. 7-28[25-26].

convenções processuais [mesmo] fora das hipóteses positivadas, desde que não contrariem normas cogentes”⁷⁷⁷.

Em quê propriamente consistem(irão) os limites⁷⁷⁸ a serem observados no tocante à negociação do procedimento é algo que dependerá de estudos doutrinários e construções jurisprudenciais, a abrolharem com o passar dos anos de vigência do CPC de 2015. O que para nós importa destacar, no restrito espaço desta dissertação, é que a possibilidade aventada, se questionável sob a égide do CPC de 1973, não deixa dúvida sobre sua admissibilidade pelo regramento contido no CPC de 2015, não podendo ser desprezada por quem queira se lançar sobre o estudo das preclusões.

Por meio de acordos de procedimento, destarte, poderão as partes alterar os momentos de estabilização da demanda, os prazos e ocasiões em que

⁷⁷⁷ BRAGA, “Primeiras...”, p. 23-24.

⁷⁷⁸ Para Greco, *v.g.*, “A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito” (GRECO, “Os atos...”, p. 10). No II Encontro de Jovens Processualistas realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual foi estabelecida uma série de enunciados relativos ao tema “Negócios Jurídicos Processuais”, conforme se extrai da Carta de Salvador (com a redação revista pelo IIIFPPC-Rio): “16. (art. 191) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual) 17. (art. 191) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 18. (art. 191) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual) 19. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 20. (art. 191) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância. (Grupo: Negócio Processual) 21. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)” (Instituto Brasileiro de Direito Processual. II Encontro de Jovens Processualistas. Carta de Salvador. 8 e 9 de novembro de 2013. Enunciados aprovados pela Plenária. Redação Revista pelo III FPPC-Rio).

os atos serão praticados no curso do procedimento, o modo de distribuição dos ônus processuais, e, por conseguinte, quem suportará as consequências prejudiciais e favoráveis das preclusões daí decorrentes *etc.* O sistema de preclusões, com isso, ganha, evidentemente, em refinamento e complexidade. Mais do que nunca, fica agora evidenciada a necessidade de se conferir ao juiz a tarefa de manejar as preclusões em consonância com as peculiaridades das situações concretas, temperando excessos e identificando quando, de fato, devem prevalecer as normas preclusivas, e quando, por outro lado, se justifica sua relativização.

19. Preclusão e julgamento parcial de mérito

Embora não tenhamos aqui a pretensão de nos delongar a esse respeito, não há como deixarmos de ressaltar que, mesmo sob a vigência do CPC de 1973, reputamos admissível a extinção parcial do processo, com ou sem resolução de mérito, na ocasião do saneamento, mormente considerando as alterações promovidas aos arts. 269 e 463 pela Lei n.º 11.232/2005, mediante as quais a resolução do mérito deixa de necessariamente importar extinção do processo. Essa percepção, ademais, é reforçada pela compreensão do objetivo precípua dessa fase processual, que é o de enxugar a matéria a ser posteriormente conhecida pelo juiz estritamente àquilo que ainda não está em condições de ser desde logo resolvido⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ Nesse sentido já se posicionava Talamini anos antes da vigência da Lei n.º 11.232/2005, a qual ao reformular o conceito de sentença (CPC/73, art. 163, § 1.º) acabou por escancarar essa possibilidade (TALAMINI, “O conteúdo...”, p. 149). Em sentido contrário, consignou Dinamarco que “não esteve nas cogitações do legislador de 1973 a ocorrência de decisões interlocutórias de mérito. Para ele, as decisões interlocutórias pronunciar-se-iam exclusivamente sobre pontos relacionados com a ação, os pressupostos processuais e, em geral, sobre os requisitos para o julgamento do mérito. Jamais, sobre o *meritum causae*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285). Na mesma linha, assevera Giannico que o CPC brasileiro “não autoriza a cisão do julgamento do mérito mediante antecipação do exame de alguma questões diretamente ligadas a ele. Pela interpretação conjunta dos art. 458 e 459 do Código de Processo Civil, verifica-se que é na sentença – e somente nela – que devem se situar o exame e o pronunciamento do magistrado acerca dos pontos (*rectius*, questões) relevantes para chegar ao resultado de procedência ou de improcedência da demanda” (GIANNICO, *A preclusão...*,

Além disso, considerando que a Lei n.º 11.232/2005 incluiu no conceito de sentença todos os atos que impliquem qualquer das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC de 1973 (CPC/1973, art. 162, § 1.º), não há negar que tais pronunciamentos possuem, sob a vigência desse Código, essa natureza (de sentença), ainda que não encerrem o processo em primeiro grau de jurisdição. Desse modo, é de se reconhecer a existência 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)”⁷⁸⁰.

Dificuldades, no entanto, notoriamente exsurtem dessa percepção, mormente ao se perquirir acerca do *recurso cabível* contra essa sentença. Se admitido, em consonância, aliás, com o art. 513 do CPC de 1973, o de *apelação*, ficaria suspenso, enquanto pendente o recurso, em virtude da remessa dos autos ao tribunal, o julgamento da parcela da demanda ainda não decidida, em manifesto desprestígio aos princípios da celeridade, economia e efetividade processuais.

Caso, por outro lado, se aceite invariavelmente a interposição de *agravo de instrumento*, que é em geral o recurso cabível contra decisões interlocutórias suscetíveis de causarem à parte lesão grave e de difícil reparação (CPC/1973, art. 522), além de se contrariar o disposto no art. 513 do CPC de 1973, acabariam desprezadas diferenças importantíssimas entre esse recurso e o de *apelação*, como o fato de esta, ao contrário daquele, comportar automático efeito suspensivo (CPC/1973, art. 520, *caput*), de regra, revisão (CPC/1973, art. 551) e, por vezes, reexame necessário (CPC/1973, art. 475).

Finalmente, o entendimento de que o caso enseja o cabimento de algo como uma *apelação por instrumento* – em atendimento ao previsto no art. 513 do CPC de 1973, com imposição de observância do rito próprio da *apelação*, porém sem suspensão do julgamento da parcela do mérito não decidida, já que se remetem ao Juízo *ad quem* apenas as razões recursais e as cópias integrantes do

p. 149). A despeito disso, reconhece esse autor que não é incomum no cotidiano forense a ocorrência de tais situações (GIANNICO, *A preclusão...*, p. 152).

⁷⁸⁰ SICA, *Preclusão...*, p. 195.

instrumento – incide em manifesta violação ao princípio da tipicidade recursal (CPC/1973, art. 496).

O CPC de 2015 parece pretender pacificar as discussões travadas em torno desse assunto. Com efeito, vem regulamentada expressamente no art. 356 do CPC de 2015 a possibilidade de julgamento parcial do mérito quando parte dos pedidos se mostrar incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento, no mesmo passo como está claro que tal pronunciamento consubstancia decisão interlocutória (CPC/2015, art. 203, §§ 1.º e 2.º), impugnável, por conseguinte, mediante agravo de instrumento (CPC/2015, art. 356, § 5.º). Além disso, embora interlocutória, essa decisão será recoberta por coisa julgada material, e não apenas por preclusão, nos termos do art. 503, *caput*, do CPC de 2015, sendo, ademais, definitiva sua execução depois do trânsito em julgado (CPC/2015, art. 356, § 2.º).

Embora a redação do CPC de 2015 não deixe dúvidas acerca da admissibilidade do julgamento parcial de mérito, assim como quanto à natureza de decisão interlocutória desse pronunciamento, este alcançável pela coisa julgada material e recorrível mediante agravo de instrumento, questionamentos a seu respeito já começam a brotar, como o fato de que restará, nesses termos, excluído o reexame necessário dessa decisão parcial de mérito. Nesse ponto, considerando que o reexame necessário é uma categoria jurídico-positiva, e com isso, é o ordenamento jurídico que estabelece os atos judiciais a ele sujeitos, não vislumbramos óbice à sua inaplicabilidade em relação às decisões parciais de mérito.

Do mesmo modo, verifica-se certa incoerência, ao menos em análise inicial, quanto à contagem do prazo decadencial do direito de ajuizamento de ação rescisória se dar apenas a partir da última decisão proferida no processo (CPC/2015, art. 975, *caput*): se se admite que a decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito transite em julgado e seja executada definitivamente, mais

razoável seria que a partir do seu trânsito em julgado, e não do da última decisão proferida no processo, fluísse o prazo para a rescisão⁷⁸¹.

⁷⁸¹ Com efeito, a sistemática estabelecida pelo CPC de 2015 permite situações esdrúxulas, como aquela em que a parte que tem contra si condenação transitada em julgado porém rescindível sob qualquer das hipóteses previstas no art. 966 do CPC de 2015 tenha de se submeter a execução definitiva e aguardar por anos a fio até a resolução da parcela ainda não decidida do mérito, para que, só então, possa exercer seu direito, momento em que será possível até mesmo que o decurso do tempo tenha de tal modo estabilizado as situações envolvidas no litígio que o retorno ao estado anterior se mostrará inviável.

CONCLUSÕES

Ao longo desta dissertação, que já alcança, aqui, suas últimas linhas, procuramos demonstrar como se deu a evolução do instituto da preclusão no processo civil, desde o desenvolvimento realizado por Chiovenda, pautado na ideia de *perda de faculdade processual* por terem sido alcançados os limites legalmente traçados para seu exercício, até a roupagem atual, em que melhor se define como *exclusão de direito processual*, decorrente de *consumação* ou *desatendimento* do *ônus processual* correspondente, ou da *prática de ato incompatível* com o seu exercício.

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, mais de uma vez buscamos defender a necessidade de se primar por rigor científico no delineamento e na interpretação do instituto objeto de estudo, o que, conforme pontuamos, exige *precisão terminológica* em sua definição. Com isso, explicamos nossa compreensão de que a preclusão se encontra intimamente relacionada com a acepção de *ônus processual*, imperativo de interesse próprio do agente, cujo cumprimento ou desatendimento lhe implica consequências processuais benéficas ou prejudiciais.

Além disso, foram detalhadamente expostas as razões pelas quais, ao nosso sentir, a preclusão resultante do *exercício* ou do *desatendimento* de *ônus processuais* incide sobre *direitos processuais* e implica sua exclusão do plexo de posições jurídicas processuais das partes, e não sua *perda*. Na mesma linha, ficaram claros os motivos que afastam esse instituto das ideias de faculdades, poderes e deveres processuais.

Sob essas premissas, conforme foi insistentemente afirmado, as preclusões não operam diretamente sobre o juiz, alcançando-o apenas de modo reflexo, enquanto normas de comportamento e de julgamento, percepção essa

que, todavia, importa condicionamento ainda maior da conduta judicial pelas preclusões do que aquela tradicionalmente proclamada, na medida em que o compele a considerar todos os direitos processuais das partes por sua conta excluídos, no mesmo passo em que reforça os deveres de lealdade, boa-fé, ética processuais impostos às partes e ao juiz, rechaçando toda sorte de dilação infundada, de comportamento contraditório, de reiteração maliciosa.

Por outro lado, asseveramos que a preclusão consubstancia *fato* e *efeito* de precluir, além de *princípio normativo*, *instituto jurídico autônomo* e *técnica processual*; tem seus efeitos abrolhados e exauridos dentro de um processo em curso e pode assumir diferentes graus de intensidade, de acordo com as circunstâncias do caso em concreto; ostenta, à semelhança da coisa julgada, funções negativa e positiva, aquela impedindo rejugamento de questão (desde que não conheáveis de ofício), e esta, fazendo com que o conteúdo das decisões proferidas seja absorvido por eventuais futuras decisões e pela sentença.

No tocante à classificação das preclusões, consignamos, entre outras coisas, a necessidade de se abordar a *preclusão temporal* sob a perspectiva de tempo como *momento apropriado*, não restringindo-a à ideia cronológica de tempo como *objeto de medida*; quanto à *preclusão lógica*, acentuamos a possibilidade de ela advir não apenas de condutas comissivas, como também de omissivas, desde que hábeis a configurar padrão de conduta ensejador de expectativa legítima e merecedora de tutela; e no tocante à *preclusão consumativa*, buscamos demonstrar a necessidade de sua consideração não apenas quando válido, como também quando *inválido* o ato processual consumado.

Passando à análise da *racionalidade* da preclusão, propusemos algumas reflexões inerentes à sua tradicional compreensão como mecanismo destinado a atender não à necessidade de *justiça* das decisões, mas às exigências *publicísticas* de que o desenrolar processual seja *ordenado* e *célere*,

embasado nos princípios da *isonomia*, da *lealdade processual*, da *responsabilidade* das partes e de seus procuradores.

Atentamos para o fato de que as técnicas de ordenação processual, como é o caso da preclusão, constituem instrumentos em prol dos verdadeiros fins (materiais) do processo, não assumindo valor absoluto, mas voltando-se para sua efetividade, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que as legitimam no contexto jurídico-social e político.

Assentamos, outrossim, a imperiosidade de se identificar e estruturar um regime preclusivo *equilibrado*, hábil a assegurar a duração razoável do processo e a segurança jurídica, porém, ao mesmo tempo, apropriada possibilidade defensiva às partes, com acomodação, nesses termos, das necessidades de *certeza* e de *justiça* da decisão.

Demonstramos, nessa linha, a necessidade de se estabelecer *válvulas de escape* para que o princípio preclusivo não se torne demasiadamente rígido e concorra para injustiças evidentes, sendo aconselhável que a lei regule essas questões, porém sem usar de rigor excessivo e deixando ao órgão judicial certa margem de discricção, para levar em conta, no tratamento do problema, as peculiaridades das situações concretas que lhe são submetidas à apreciação.

Evidenciamos, ainda, que as preclusões processuais vêm ao encontro do princípio do contraditório, especialmente sob seu moderno viés cooperativo, na medida em que, muito além da necessidade prática de que seja o procedimento ordenado, são o direito de defesa e os deveres conexos ao de lealdade processual que demandam o estabelecimento de limites à atuação das partes.

Ficou, além disso, confirmada a estreita relação existente entre preclusão e dinâmica processual, não sendo o processo concebível sem a

existência da preclusão enquanto *força motriz* que faz com que cada posição jurídica assumida pelas partes implique outra, que, superada, gerará outra, e assim consecutivamente até que ele chegue ao fim.

A análise das preclusões inseridas em cada uma das fases componentes do procedimento, a seu turno, demonstrou que por vezes elas aparecem para consolidar estado resultante do decurso do tempo, noutras, para obstar o exercício de direitos processuais logicamente incompatíveis com o de outros antes atuados, ou ainda para impedir a prática reiterada desses direitos, convertendo-se, em todo caso, em remédio para a incerteza que geram certas situações jurídicas produzidas pelo processo, as quais a partir dela se tornam *estáveis*, é dizer, tendentes a permanecer no tempo.

Ao final, o estudo da relação que a preclusão guarda com tutelas provisórias, ação monitória, negócios processuais e julgamento parcial de mérito ratificou de maneira eficaz a ideia de que o fenómeno preclusivo se mostra absolutamente sensível às peculiaridades existentes em cada processo, as quais não podem, portanto, ser desprezadas. A esse respeito, outrossim, demonstramos que seja sob a égide do CPC de 1973 seja sob a do CPC de 2015, a estabilidade que envolve as tutelas provisórias e o mandado monitório não embargado é preclusão, ao passo que a decisão interlocutória que julga parte do mérito é passível de ser alcançada pela coisa julgada; a consagração, por sua vez, dos negócios processuais no CPC de 2015 refina e complexifica o sistema de preclusões, evidenciando, mais do que nunca, a necessidade de se conferir ao juiz a tarefa de manejá-lo adequadamente.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. t. I. Buenos Aires: Ediar, 1941.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Parte prima. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959.

_____. “Preclusione – Diritto processuale civile”. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. v. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 567-570.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. “Preclusão (processo civil)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141-183.

_____. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s. d.].

ARIANO DEHO, Eugenia Silvia Maria. *Hacia un proceso civil flexible*: crítica a las preclusiones rígidas del código procesal civil peruano de 1993. Tesis para optar por el grado de magíster con mención en derecho procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: RT, 2006.

_____. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1996.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. “Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil”. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Manual dos recursos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

ATTARDI, Aldo. “Per una critica del concetto di preclusione”. *Jus – Rivista di scienze giuridiche*. Nuova serie, anno X, Università Cattolica del Sacro Cuore, marzo, 1959, Fasc. I, p. 1-17

_____. “Preclusione (principio di)”. *Enciclopedia del diritto*. v. XXXIV. Milano: Giuffrè, 1985, p. 893-910.

BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1983.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 515.

_____. “Da preclusão no processo civil”. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 158, ano 52, mar.-abr./1955, fasc. 621 e 622.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. *Revista de processo*. n. 35. jul./1984, p. 231-238.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual*. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *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.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.

BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”. Disponível em: <<http://zip.net/bxqHL1>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (Trad. e notas: Ricardo Rodrigues Gama). 2. ed. Campinas: LZN, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 126, ago./2005, p. 59-81.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. v. I (Trad. Douglas Dias Ferreira). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. “Sul progetto preliminare Solmi”. *Studi sul processo civile*. v. IV. Padova, 1939.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X. São Paulo: RT, 1984.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAPONI, Remo. *La rimessione in termini nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. v. I. 5. ed. emend. e agg. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. *Sistema de direito processual civil* (Trad. Hiltomar Martins Oliveira). São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRATTA, Antonio. “Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile”. *Il principio di preclusione nel processo penale*. A cura di Luca Marafioti e Rosita Del Coco. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 9-34.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil reformado*. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 10.352, de 26.12.2001, 10.358, de 27.12.2001 e 10. 444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla cosa giudicata”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 399-409.

_____. “Cosa giudicata e competenza”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 411-423.

_____. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. III. Milano: Giuffrè, 1993, p. 231-283.

_____. “Del sistema negli studi del processo civile”. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1993, p. 237.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. I: i concetti fondamentali; la dottrina delle azioni. 6. ristampa inalterata della 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. III: a relação processual ordinária de cognição (continuação) (Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale e notas por Enrico Tullio Liebman). São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. v. II (Trad. Jose Casais y Santaló). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CIPRIANI, Franco. “Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942”. *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 3-25.

_____. “Il processo civile nello Stato democratico”. *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 5-25.

_____. “Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)”. *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 27-56.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. v. I: il processo ordinario di cognizione. 5. ed. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2011.

COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1955.

COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario juridico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1960.

_____. *Fundamentos do direito processual civil* (Trad. Henrique de Carvalho). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290.

_____, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

DELGADO, José Augusto. “A ordem pública como fator de segurança”. *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. v. 32, mai.-jun./1985, São Paulo: Jurid Vellenich, p. 21-35.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. II, III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285.

_____. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

D'ONOFRIO, Paolo. "Sul concetto di preclusione". *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel centicinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927, p. 427-437.

_____. *Diritto processuale civile*. 3. ed. riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1947.

ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009.

FABBRINI, Giovani. "Poteri del giudice". *Scritti giuridici*. v. I. Giuffrè: Milano, 1089, p. 405-459.

Fabulas de Phedro traducidas de latim a castellano. Madrid: Imprenta por la Viuda de Barco, 1820.

FALZEA, Angelo. "Accertamento (teoria generale)". *Enciclopedia del diritto*. v. I. Milano: Giuffrè, 1958, p. 205-219.

_____. “Efficacia giuridica”. *Enciclopedia del diritto*. v. XIV. Milano: Giuffrè, 1965, p. 432-509.

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 3. ed. Rio de Janeiro: Artes Gráficas Gomes de Souza S/A, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIREDO, António Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Lisboa, 1913.

GARBAGNATI, Edoardo. “Preclusione «pro iudicato» e titolo ingiutivo”. *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. v. I. Milano: Giuffrè, 1951, p. 469-483.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumacia del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Falência de 2005, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. “O sistema recursal no substitutivo Barradas”. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 177-187.

GRADI, Marco. “Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. LXV, jul.-ago./2010, p. 826-848.

_____. “Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile”. *Rivista di filosofia*. n. 8, 2012 (I) – Etica della responsabilità: applicazioni e problemi.

GRASSO, Edoardo. “Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. XLVIII, jul.-set./1993, p. 639-655.

_____. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale*. Pádova: Cedam, v. XXI, out.-dez./1966, p. 580-609.

GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. *Revista eletrônica de direito processual*. 1. ed. out.-dez./2007, p. 7-28.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória”. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione – Diritto processuale penale”. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. v. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 570-576.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.

GUSMÃO, Manuel Aurelino de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. “Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno”. *Il principio di preclusione nel processo penale*. A cura di Luca Marafioti e Rosita Del Coco. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 1-7.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Embargos do executado* (oposições de mérito no processo de execução). Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. “O despacho saneador e o julgamento de mérito”. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

LOPES, João Batista. “Breves considerações sobre o instituto da preclusão”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 23, jul.-set./1981, p. 45-60.

_____. “Preparo do recurso e preclusão consumativa”. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*. 1ª quinzena jun./1996, n. 11, São Paulo, 1996.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. v. III. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1945.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1978.

MANESCHY, Renato de Lemos. “Extinção do processo. Preclusão”. *Revista Forense*. v. 269. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar./1980, p. 153-155.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. v. I. Torino: UTET, 1952.

MARCATO, Antonio Carlos. “Preclusões: limitação ao contraditório?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 17, jan.-mar./1980, p. 105-114.

MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 4: Processo cautelar. São Paulo: RT, 2008.

_____; _____. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011.

_____; _____. “Propriedade industrial. Boa-fé objetiva. Proteção da confiança. Proibição do *venire contra factum proprium* no processo. Dever de não conhecer do recurso”. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, n. 61, jan.-mar./2008, p. 181-193[186-187].

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. II: processo de conhecimento. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

MATOS, José Igreja. “O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)”. *Julgar*. Coimbra, n. 2, mai.-ago./2007). Disponível em: < <http://zip.net/bgpQ6w>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao Projeto do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 45. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977, p. 63.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (Doutorado em Direito) –

Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 126-137). Disponível em: <<http://zip.net/bfgGMc>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: origens históricas da processualidade democrática*. v. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 181-210.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PARLAGRECO, Carlo. *Dizionario portoghese-italiano italiano-portoghese*. 7. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 174.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; USTÁRROZ, Daniel, *Manual dos recursos cíveis: atualizado com a EC 45 e as Leis 11.341/06, 11.280/06, 11.277/06, 11.276/06, 11.232/06, 11.187/05*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUGLIATTI, Salvatore. “Autoresponsabilità”. *Enciclopedia del diritto*. v. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: RT, 2002.

REDENTI, Enrico. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Aggiornata a cura di Mario Vellani. Milano: Giuffrè, 2005.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. v. II. Torino: UTET, 1957.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil* (Trad. Angela Romera Vera). t. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SANNAZARO, Jacopo. *L'Arcadia*. Pisa: Presso Sebastiano Nistri, 1820.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 12. ed. a cura di Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1996.

SBARBARO, Camillo. *L'opera in versi e in prosa*, Garzanti Libri: Milano, 1999.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil: atualizado de acordo com a nova reforma processual: Leis nºs 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. III: J-P. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1975.

STEA, Carlo. *La teoria dei termini nel diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1912.

TABOSA, Fábio. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”. *Revista dialética de direito processual*. v. 29. São Paulo: Dialética, ago./2005, p. 38-56.

_____. “O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente”. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, abr.-jun./1997, p. 137-164.

_____. “Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 209, jul. /2012, p. 13-34.

_____. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele. “Preclusioni (diritto processuale civile)”. *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. v. I. Milano: Giuffrè, 1997, p. 794-810.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista jurídica*. n. 273. Disponível em: <<http://zip.net/bvn6m3>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 256.

_____. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais”. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

Vocabolario della lingua italiana: già compilato dagli accademici della Crusca ed ora novamente corretto ed acresciuto dall'abate Giuseppe Manuzzi. t. II. Parte Prima. Firenze: Passigli, 1838.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. v. I: introduzione e parte generale. 4. ed. agg. con la piu' recente dottrina e giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 1947.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____; _____. *Curso avançado de processo civil*. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 48.