

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO

A PRECLUSÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CURITIBA
1989

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

A PRECLUSÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Manoel Caetano Ferreira Filho

Curso de Mestrado

em

Direito Público

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Curitiba

1989

SUMÁRIO

1. Introdução / 1
2. Conceito, finalidade, efeitos e classificação / 10
3. Críticas ao instituto da preclusão / 36
4. Breve aceno histórico / 54
5. Distinção de figuras afins / 59
6. A preclusão no atual código de processo civil brasileiro / 79
7. Preclusão, condições da ação e pressupostos processuais / 103
8. Conclusões / 132
9. Bibliografia / 135
10. Índice / 145

INTRODUÇÃO

1 CARÁTER TELEOLÓGICO DO PROCESSO

A idéia de processo mesma está ontologicamente ligada a um fim. Todo processo existe, e nisto tem sua razão de ser, para possibilitar o alcance de determinado objetivo. Assim também o processo jurídico.

Definido como um complexo de atos, coordenados logicamente entre si, tendentes à solução dos litígios, mediante atuação da vontade da lei, pelos órgãos jurisdicionais, o processo, hoje em dia cada vez mais, é encarado pela ótica de sua natureza instrumental.¹

O conceito de processo é, pois, "eminentemente finalístico ou teleológico."²

O escopo do processo, os fins por ele almejados constituem, na observação de Habscheid, um dos "problemas fundamentais do processo civil."³

Fiel ao seu propósito de "colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo ângulo externo", Cândido Dinamarco faz a seguinte crítica: "É vaga e pouco

¹ Sobre este particular, ver a tese com o título de "A instrumentalidade do processo", em que Cândido DINAMARCO propõe que "uma nova mentalidade se forme entre os autores do processo". p.11.

² São palavras de Moacyr Amaral SANTOS, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, p.275.

³ Introduzione al diritto processuale civile comparato, p.118-132.

acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego."⁴

No encontro "Participação e Processo", realizado em São Paulo, nos dias 29 e 30 de junho de 1988, reunindo juristas estrangeiros e brasileiros, dentre outras, chegou-se à seguinte conclusão: "A moderna percepção do processo evidencia, além do escopo jurídico, os políticos (preservação do princípio do poder, garantia da liberdade e oportunidade de participação) e sociais (principalmente a pacificação com justiça)."⁵

Todavia, foge aos propósitos desta dissertação uma investigação mais aprofundada sobre os escopos do processo, bastando apenas a fixação da premissa de que "a idéia de processo é necessariamente teleológica ... o que a caracteriza é o seu fim."⁶

Satisfaz aos objetivos deste trabalho a afirmação, ainda que por demais vaga e genérica, de que a finalidade do processo é a composição da lide, mediante aplicação do direito ao caso concreto.

2 O IDEAL BUSCADO PELO PROCESSO: UMA DECISÃO JUSTA E RÁPIDA

Os estudiosos do direito processual, em especial do direito processual civil, sempre buscaram atingir um processo que atendessem a duas necessidades fundamentais da sociedade: certeza e estabilidade das relações jurídicas, de um lado, que por sua vez

⁴ Ob. cit., p. 9 e 206.

⁵ Revista de processo, n.47, p. 106.

⁶ COUTURE. Fundamentos del derecho procesal civil, p. 122.

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.⁷

É corrente a expressão de que "a justiça quando é boa não é rápida, e quando é rápida não é boa." Com ela, de certa forma, faz coro o sétimo dos mandamentos do advogado, concebidos por Couture: "Tem paciência - o tempo vingará-se das coisas que se fazem sem sua colaboração."

No outro lado coloca-se a opinião de Rui Barbosa, para quem "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta."⁸ Nesse mesmo sentido, observa Celso Edoardo Balbi, estão as freqüentes afirmações de que a "celeridade do processo é um valor em si, que as partes têm direito a uma decisão rápida, que a demora no desenvolvimento do processo comporta uma negação do direito."⁹

O problema da demora do processo tem sido abordado pela doutrina de quase todos os países, estando longe de se cons-

⁷ Sobre o assunto, fala Stefano RICCIO, que, tanto no processo civil quanto no penal "encontram-se em jogo duas exigências contrastantes" (La preclusione processuale penale, p.7).

⁸ Oração aos moços, p. 67.

⁹ La decadenza nel processo di cognizione, p. 2.

tituir apenas em um dilema brasileiro.

Após anotar que os alemães são os que mais têm se preocupado com o assunto, Celso Edoardo Balbi demonstra um certo ceticismo: "a aceleração do processo parece ter-se transformado em um inatingível mito." ¹⁰

Para Carnelutti, a demora do processo acarreta consequências de duas ordens: primeiro, em relação ao próprio julgamento da lide, citando como exemplo a mudança do juiz e a alteração das partes; segundo, os problemas gerados pela tardia decisão, exemplificando com o caso em que a "condenação em alimentos seja proferida quando a pessoa que deles necessitava ... esteja morta pela fome." ¹¹

Enfrenta o processo civil este dilema: ter de atender a duas exigências contraditórias entre si.

No seu estilo espirituoso, Carnelutti comparou este problema ao da "quadratura do círculo." ¹²

A solução de meio termo está no duplo grau de jurisdição: possibilita-se uma revisão da sentença, mas limita-se a investigação processual a este segundo julgamento. O instituto da coisa julgada, que serve à certeza e estabilidade das relações jurídicas, não contendo em si mesmo qualquer preocupação com a justiça ou injustiça da decisão, impede que a situação litigiosa perdure no tempo.

¹⁰ Ob. cit., p.2.

¹¹ Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione, p.66 (as reticências são do próprio autor).

¹² "In verità, la giustizia in ritardo è una giustizia a metà, ma è anche vero che se presto e bene non conviene, il problema, da questo lato somiglia alla quadratura del circolo", In: Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione, p.64.

3 A PRECLUSÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE UM PROCESSO CÉLERE

A preclusão é um dos institutos de que se pode servir o legislador para tornar o processo mais rápido, impondo ao procedimento uma rígida ordem entre as atividades que o compõem.

Evidentemente, o problema da demora do processo não pode ter solução apenas com a adoção de um rígido sistema de preclusões. Trata-se, ao contrário, de questão das mais complexas com que se depara o processualista moderno.¹³ São vários os fatores que contribuem para a existência deste fenômeno, sendo a legislação apenas um deles e, quiçá, não dos mais significantes.

Esta verdade, contudo, não significa que, impondo uma rigorosa ordem entre as atividades praticadas pelos sujeitos da relação processual, através de preclusões, o legislador não possa contribuir para a solução do problema.

Nos termos em que foi a questão colocada no número anterior, não fica difícil a percepção de que 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 isto implique em uma sentença injusta.¹⁴

¹³ A demora na certeza da prestação jurisdicional constitui problema com que se debatem mesmo as nações mais desenvolvidas. Basta lembrar a experiência alemã com o chamado modelo de Stuttgart, com o qual se pretendia acelerar a marcha processual (GRUNSKY, Wolfgang. "II considetto modello di stoccarda e l'accelerazione del processo tedesco").

¹⁴ Como observa ANDRIOLLI: "no princípio de preclusão deve-se reconhecer a prevalência da aspiração de certeza sobre a aspiração de justiça" (Novíssimo Digesto Italiano, v. XIII, p.568).

Precisamente por isso é que a preclusão tem encontrado terríveis críticos, principalmente na doutrina italiana.

Em análise crítica do projeto do código do processo civil italiano de 1940, Calamandrei bem expressou a indignação que tomou conta de grande parte dos juristas italianos face ao rígido sistema de preclusões por ele adotado: "constranger o juiz a fechar os olhos diante da verdade só porque a verdade foi dita tardiamente."¹⁵

Em realidade, não existe nenhum país em que impere a adoção de um sistema de preclusões absolutas, nem onde o procedimento seja isento de qualquer preclusão. O que ocorre, como já verificara Calamandrei¹⁶, é o temperamento de um procedimento elástico com algumas preclusões, prevalecendo ora a elasticidade ora a preclusividade.

4 OBJETO DA DISSERTAÇÃO

A preclusão é instituto do direito processual como um todo, vale dizer, está presente em todos os seus ramos (direito processual civil, penal, eleitoral, do trabalho, etc.).

Alguns autores entendem que o instituto da preclusão é mais condizente com o processo encarado do ponto de vista privatístico, não se coadunando com uma concepção publicística do processo. Assim, quanto maior for o interesse público na solução do litígio, menor será a incidência de preclusões. Esta é a opinião de Calamandrei, que destaca ser inadmissível no processo penal qualquer obstáculo que limite a livre apresentação

¹⁵ Sul progetto preliminare Solmi, p.34.

¹⁶ Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, p.166 e 167.

das defesas.¹⁷

Esta correlação, todavia, não pode ser aceita em termos absolutos. Normalmente a natureza pública da relação jurídica litigiosa aconselha o afastamento de preclusões, ou, mais especialmente, de prazos preclusivos. Ocorre, porém, que outras razões podem levar o legislador a formular um procedimento célere, caracterizado por um rígido sistema preclusivo, mesmo quando o litígio tem natureza pública, como no caso do processo eleitoral, cujo procedimento se desenvolve em fases que, uma vez superadas, ficam preclusas.

Além do mais, independentemente da natureza do litígio, há sempre interesse público na sua solução. Também no processo civil, ainda quando a lide seja de natureza privada, predomina o interesse público.

Outros pensam que a preclusão como instituto autônomo está teoricamente vinculada à idéia de relação jurídica processual, não encontrando razão de ser em outras concepções sobre a natureza jurídica do processo. Tal era a ponderação de Satta que, por entender superada aquela teoria, afirmou que com ela estava destinada a desaparecer a preclusão.¹⁸

Embora aceite a interdependência entre a preclusão e a relação jurídica processual, Stefano Riccio discorda de Satta quanto à superação desta última, afirmando estar de acordo com a doutrina dominante. Reconhece que, dentro da concepção do processo como situação jurídica, a preclusão não encontraria justificação, nem enquadramento dogmático."¹⁹

¹⁷ Ob. cit., p.34.

¹⁸ Diritto processuale civile, p.239 e 240.

¹⁹ La preclusione processuale penale, p.37-46.

Opinião contrária é expressada por Guarneri, para quem a "matéria das preclusões coloca-se melhor no esquema da situação jurídica." ²⁰

Os quase quarenta anos decorridos desde a publicação da monografia de Riccio demonstraram que a razão era sua: a concepção do processo como relação jurídica é, ainda hoje, a mais universalmente aceita e o instituto da preclusão tido como categoria autônoma, pela doutrina do direito processual de todos os povos.

Na verdade, 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.

Nesta dissertação estudamos a preclusão do ponto de vista do direito processual civil, aceitando a doutrina da relação jurídica processual.

5 ALGUNS ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS

Inicialmente, faremos um estudo sistemático do instituto da preclusão. Para tanto, buscaremos o auxílio do direito comparado, sobretudo do italiano, onde a preclusão foi objeto de investigações mais profundas. As lições doutrinárias dos processualistas italianos é que nos darão o material de reflexão para esta primeira parte do trabalho.

Após muita reflexão, decidimos não dedicar um capítulo próprio, destacadamente, ao direito comparado. Sua utilidade para as reflexões a que nos propomos poderá ser melhor aquila-

²⁰ Preclusione (Diritto processuale civile). In: Novissimo Digesto Italiano.

tada se, na análise de cada tópico, buscarmos revelar a contribuição que dá para o equacionamento de problemas que se verificam perante o direito brasileiro.

Nesta ótica, a doutrina estrangeira, principalmente a italiana, onde o instituto foi objeto de profícuo debate, será apresentada de forma diluída por todo o trabalho.

Não descuidaremos, no entanto, dos subsídios fornecidos pela doutrina nacional.

Nos capítulos IV e V, abordaremos algumas questões que surgem no direito pátrio e, então, assumirá maior relevo a doutrina nacional.

Pareceu-nos oportuno não apresentar a orientação jurisprudencial em destacado. Ao contrário, sempre que necessário, apresentaremos a contribuição da jurisprudência para a solução das questões formuladas.

Da análise crítica da doutrina e da jurisprudência, procuraremos concluir com alguma contribuição própria para a solução dos problemas propostos.

CAPÍTULO I

CONCEITO, FINALIDADE, EFEITOS E CLASSIFICAÇÃO

1 CONCEITO

O conceito de preclusão, visto como instituto autônomo, bem como o próprio emprego do vocábulo, é devido a Giuseppe Chiovenda. Partiu ele da observação de que todo processo, em todo tempo e lugar, para assegurar precisão e rapidez no desenvolvimento dos atos processuais, põe limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além desses limites, a faculdade não pode mais ser exercida.¹ A análise dos fenômenos que conduzem a tal consequência permitiu-lhe formular o conceito a que atribuiu o nome de preclusão.

Com efeito, respondendo a uma das críticas que lhe foram dirigidas, teve oportunidade de afirmar que não se tratava de uma construção teórica e doutrinária, mas sim fundada nas disposições legais que impunham aqueles limites.²

Partindo, pois, da análise de cada caso particular, procurou estabelecer um princípio geral a que chamou, como

¹ Cosa giudicata e preclusione, p.34.

² Trata-se da resposta à crítica de D'ONOFRIO (que será objeto do capítulo seguinte), onde diz que a leitura atenta dos seus escritos levaria à conclusão de que o pensamento "non deriva da costruzione dottrinale, ma da semplice e modesta analisi ed osservazione della legge" (idem, p.5.).

visto, de preclusão.³

O código de processo civil italiano de 1865, ainda que 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.

Antes do primeiro escrito de Chiovenda sobre o tema, a perda do direito à prática do ato processual, após o decurso do prazo peremptório estabelecido para tanto, já era objeto de exposição doutrinária.⁴

É claro que, então, ainda não se falava de preclusão, mas sim de decadência.⁵

A "essência" da preclusão para Chiovenda consiste "na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo só fato de que se tenham atingido os limites assinalados pela lei para seu exercício."⁶

³ "Ho raccolto e ravvicinato sotto questa osservazione e questo nome numerosi casi (e non sono tutti) nei quali si trova applicato dalla legge questo espediente" (idem p.4).

⁴ Este é um dos fenômenos observados por CHIOVENDA, como conducente à preclusão.

⁵ Ainda em fins do século passado, escreveu MORTARA: "Il compimento di un termine perentorio importa decadenza sia dal diritto di eseguire qualche atto particolare, sia dall'azione a seconda dei casi" (Principii, p.71). No entanto, em seu Manuale della procedura civile, já em 1921, o autor diz que um bom "sistema judiciário" deve prever que o decurso do prazo para o exercício de certas faculdades processuais "precluda il loro esercizio" (p.93 e 94).

⁶ Cosa giudicata e preclusione, p.4; ainda: "La preclusione consiste in ciò, che in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di dati termini é precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati, o in genere atti processuali" (Principii di procedura civile, p.858 e 859).

Após estas considerações podemos apresentar o conceito de preclusão formulado por Chiovenda, que se tornou famoso e foi tantas vezes repetido na doutrina italiana, ora acompanhado de aplausos, ora para ser simplesmente renegado.⁷

Entendia por preclusão a perda, ou a extinção, ou a consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato:

- a) ou de não ter observado a ordem estabelecida pela lei para o seu exercício, como os prazos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;
- b) ou de ter praticado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença;
- c) ou de já ter uma vez validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).⁸

Por conseguinte, são fundamentalmente três as hipóteses que conduzem à preclusão, na doutrina chiovendiana: o decurso do prazo peremptório ou a inobservância da ordem legal das atividades processuais; a prática de atividade incompatível com a que se pretende praticar; e o exercício válido da facul-

⁷ Adiante analisaremos as pesadas críticas dirigidas ao conceito de preclusão.

⁸ São palavras do próprio CHIOVENDA, em *Cosa Giudicata e preclusionione*, p.5. 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. O mesmo conceito encontra-se em *Instituições de Direito Processual Civil*. III, p.220 e 221 e, de maneira menos clara, em *Principii di diritto processuale civile*, p. 858 e ss.

dade processual.⁹

Riccio, interpretando a doutrina de Chiovenda, concluiu que a preclusão opera "na área dos direitos e das faculdades das partes; em relação à atividade do juiz, porém, não se pode ter preclusão verdadeira e própria."¹⁰

Esta afirmação de Riccio, feita a propósito de caracterizar a preclusão *pro judicato*, contém dois equívocos fundamentais, que não foram percebidos pelos doutrinadores pátrios que escreveram sobre o tema.

O primeiro diz respeito à preclusão *pro judicato*, em si, pois a versão de Riccio, equivocada sobre o instituto, acabou por dar origem à confusão que será objeto de análise no nº 4.3, adiante.

Em segundo lugar, uma reflexão cuidadosa sobre os escritos de Chiovenda leva à conclusão de que, ao contrário do

⁹ O conceito formulado por CHIOVENDA, superando as críticas, acabou sendo acolhido quase unanimemente na doutrina italiana, ultrapassando depois os limites geográficos. Na Itália, além de CAMMEO, CROME, MORTARA, REDENTI e De PORCELINS (citados pelo próprio CHIOVENDA) e CALAMANDREI, ZANZUCCHI, LIEBMAN, MICHELI, COSTA e MANDRIOLI (citados, entre outros, por TESORIERE, in Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile, p.37 e 38), pode-se acrescentar BETTI (Diritto processuale civile, p.59 e 583 e ss., bem como no artigo "Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale"). Fora da Itália pode-se mencionar COUTURE, (Fundamentos del derecho processual civil, p. 194 e 199), CUENCA (Derecho processual civil, V. I, p.276 e ss.) e, entre os brasileiros, Agrícola BARBI (Da preclusão no processo civil, p.39 e 40); Alves BARBOSA (Da preclusão processual civil, p.25), Moura ROCHA (Da preclusão e da atividade processual das partes, p. 183 e ss) Frederico MARQUES (Instituições de direito processual civil, III, p.284 e ss., e Manual de direito processual civil, II, p.169 e ss) e Moniz de ARAGÃO (Comentários ao Código de processo civil, II, p.129).

¹⁰ La preclusione processuale penale, p.104.

que afirmou Riccio, para ele a preclusão atinge também os poderes do juiz.¹¹

No ensaio *Cosa giudicata e competenza*, Chiovenda analisa exatamente caso de preclusão da decisão do 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."¹² Neste mesmo trabalho, ao conceber a "preclusão limitada" a um grau de jurisdição, concluiu: "as questões ficam preclusas em relação ao juiz que as decidiu, mas não em relação ao juiz superior."¹³

Ainda, a propósito da preclusão limitada, para distingui-la da "definitiva", Chiovenda disse tratar-se da "proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ao mesmo juiz que sobre ela já se houver pronunciado, e, com o pronunciamento, concluiu o que lhe incumbia."¹⁴

Por isso, Andrioli, ao expor o pensamento de Chiovenda, fala em "preclusão de cada uma das questões no curso do pro-

¹¹ A propósito da obra de RICCIO, convém anotar que a opinião de Carnelutti sobre ela não é nada elogiosa. A crítica é muito severa, chegando a afirmar, quanto à preclusão: "que os outros não nos tenham sabido ainda dizer que coisa seja, pode admitir-se; mas uma monografia sobre um tema específico de nada vale se não lhe faz dar um passo adiante." (*Rivista di Diritto processuale*, 1951, vol.VI, 1ª parte, p.371).

¹² *Cosa giudicata e preclusione*, p.38.

¹³ *Idem*, p.44.

¹⁴ *Instituições de Direito processual civil*, III, p.228.

cesso."¹⁵

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.

Aliás, o próprio Agrícola Barbi, que critica o conceito de Chiovenda, por não incluir na preclusão os poderes do juiz, observa que "o que o jurista italiano examina no estudo *Cosa giudicata e competenza*, não é a perda da faculdade da parte de, em processo novo, suscitar a questão já decidida em processo anterior, mas sim o poder do juiz de resolver novamente a questão. Também quando dá uma série de exemplos de preclusão, inclui entre estas a impossibilidade do juiz de se pronunciar sobre o ponto de direito já fixado pela Cassação em câmaras reunidas."¹⁶

Assim, propõe Agrícola Barbi, após entender "acertada a conceituação de Chiovenda", a sua ampliação "para abranger também a preclusão de questões e atingir não apenas as faculdades das partes, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões."¹⁷

A mesma percepção não teve Frederico Marques que, seguindo os passos de Riccio, pensa que a "preclusão *vera e propria* não pode alcançar os poderes do juiz."¹⁸

Influenciado por Riccio e por Frederico Marques, a quem cita expressamente, João Batista Lopes, em trabalho que teve o

¹⁵ Preclusione - Diritto processuale civile, In: Novissimo Digesto Italiano, Vol.XIII, p.567.

¹⁶ Da preclusão no processo civil. In: Revista Forense, vol. 158, p.60.

¹⁷ Ob. cit., p.61.

¹⁸ Instituições de direito processual civil, III, p.288.

seu valor reconhecido pela premiação que recebeu¹⁹, faz gigantesco esforço para explicar porque entende que o juiz não pode decidir novamente as questões que já decidiu.

Bastava que admitisse que a preclusão abrange também os poderes do juiz.

No entanto, afirma que "a preclusão é instituto que diz respeito somente às partes, não atingindo a atividade do juiz" e que, portanto, "não se pode cogitar de preclusão para o juiz."²⁰

Por isso, incidindo no mesmo equívoco de Riccio, em que incorreu também Frederico Marques, diz que "quanto ao juiz, fala-se em preclusão *pro judicato*."

Passa, assim, a ter que enfrentar um novo problema: "dir-se-á que a preclusão *pro judicato* não encontra amparo no sistema processual civil vigente ... "

Então, encontra a solução: "a proibição do juiz decidir novamente as questões já decididas independe, a nosso ver, de regra legal expressa, porque o princípio do *ne bis in idem* está insito no sistema." E conclui: "conquanto não se possa falar em 'preclusão' propriamente dita, há que se obstar a reapreciação de questões já decididas pelo juiz sem recurso."²¹

Chegou à conclusão certa por caminho errado. O próprio Chiovenda vislumbrou no princípio *bis de eadem re ne sit actio* o fun-

¹⁹ Primeiro lugar no Concurso de Monografia, "Ministro Rodrigues Alckmin", promovido, em 1983, pela Associação Paulista de Magistrados. Trata-se do trabalho intitulado "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional" (Revista de processo, nº 35, p.24-67).

²⁰ Ob. cit., p.32.

²¹ Ob. cit., p.33.

damento para a preclusão dos poderes do juiz.²²

Teria sido bem mais fácil deixar de lado o preconceito, fruto da equivocada visão de Riccio, e admitir, como fez Agrícola Barbi, que o juiz não está imune à preclusão.²³

Por tudo que disse, se é aceitável a opinião de Cuenca, segundo a qual "não se tem investigado a fundo os efeitos que a preclusão exerce sobre o poder dos órgãos jurisdicionais", não se pode aceitar a justificativa: "já que nos estudos chiovendianos estes efeitos se concentram sobre as atividades das partes."²⁴

Assentado que a preclusão atinge os poderes do juiz, questão mais complexa é saber se a preclusão atinge todos os poderes do juiz ou apenas alguns e, nessa hipótese, quais?

A análise desta questão pode ser simplificada se, antes, for verificado a que modalidade de preclusão estão sujeitos os poderes do juiz.

O prazo fixado por lei para que o juiz pratique atos no processo é prazo impróprio, isto é, "a consequência do descumprimento do prazo é meramente disciplinar, administrativa"²⁵, não produzindo qualquer efeito na relação processual.

²² Instituições de direito processual civil, III, p.228 e Cosa Giudicatta e preclusione, p.44.

²³ Para Arruda ALVIM, "de acordo com a informação universal a respeito do instituto da preclusão, é defeso à parte, em rigor 'às partes e ao juiz também', rediscutir questões preclusas. Quer dizer, a preclusão atinge os três sujeitos do processo, ou seja, os sujeitos parciais e o sujeito imparcial" (Dogmática jurídica e o novo Código de processo civil, p.128); Antonio Vital Ramos de VASCONCELOS manifesta a mesma opinião (o pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões interlocutórias, RT nº 16, p. 17-23).

²⁴ Derecho procesal civil, I, p.277.

²⁵ Moniz de ARAGÃO, comentários ao Código de processo civil, II, p. 116.

Por conseguinte, não se pode falar de preclusão temporal em relação aos poderes do juiz, pois o decurso do prazo não lhe retira a possibilidade de praticar o ato validamente.

De preclusão lógica não há que se cogitar, uma vez que incompatibilidade lógica não pode ocorrer entre os atos praticados pelo juiz. Poder-se-ia pensar que, decidindo determinada questão em um sentido, o juiz, por força da preclusão lógica, não poderia voltar atrás e decidí-la em sentido contrário. Todavia, o que ocorre nessa hipótese é preclusão consumativa do poder de praticar o ato decisório.

Realmente, a única modalidade de preclusão que pode atingir o juiz é a consumativa: uma vez exercido o poder que se manifesta na prática do ato decisório, ocorre a consumação do poder mesmo, ficando o juiz impedido de reapreciar a questão decidida.

A doutrina nacional, talvez pela equivocada visão de que a preclusão não poderia atingir o juiz, ou talvez por não ter recepcionado corretamente o conceito formulado por Redenti, afirma que, no caso em exame, ocorre a preclusão *pro judicato*. Esta questão será analisada mais adiante.

Passemos então, ao estudo dos poderes do juiz que podem ser abrangidos pela preclusão consumativa.

Quando se fala em poderes do juiz, está se referindo às situações nas quais, durante o processo, se especifica o poder jurisdicional.

Por sua vez, os poderes do juiz são exercidos através de atos decisórios de diversas naturezas.²⁶

²⁶ DENTI, Poteri del giudice, p.490.

Para uma adequada solução do problema ora focado, convém que se analisem estes atos decisórios, classificando-os com o objetivo de verificar se são ou não suscetíveis à preclusão.

Observamos, de início, que o juiz não pratica no processo apenas atos de natureza jurisdicional, mas também atos de natureza administrativa.²⁷ Com relação a estes, de preclusão não se pode cogitar, vez que ela só opera em relação aos poderes de natureza jurisdicional.

O problema fica, assim, reduzido aos seguintes termos: dentro dos poderes de natureza jurisdicional que ao juiz são atribuídos no processo, quais estão sujeitos à preclusão consumativa?

E, aqui, impõe-se a classificação de tais poderes.

Embora sejam várias, as classificações existentes guardam entre si uma certa aproximação. A formulada por Vittorio Denti atende mais aos nossos objetivos.

Para ele, poderes jurisdicionais do juiz podem ser, de um lado, decisórios ou ordinatórios e, de outro lado, instrumentais ou finais. Como as duas classificações operam "em campos diversos", tanto os poderes decisórios quanto os ordinatórios podem ser finais ou instrumentais. Os finais são aqueles que extinguem o processo.²⁸

Por seu canto, Frederico Marques apresenta uma classificação simplificada, poderíamos dizer, em relação àquela oferecida por Denti, afirmando que os poderes do juiz são de duas

²⁷ Frederico MARQUES, Instituições de direito processual civil, II, p.125 e 126.

²⁸ Ob. cit., p.490.

espécies: decisório final e ordinatórios ou instrumentais. O poder decisório final "é aquele com que realiza o escopo nuclear e fundamental da jurisdição: solucionar a lide dando a cada um o que é seu."²⁹

Portanto, o pronunciamento do juiz que encerra o processo sem julgar o mérito (sem "solucionar a lide"), na classificação de Frederico Marques não é poder final. Aliás, não inclui ele também essa hipótese entre os atos ordinatórios ou instrumentais.

Com tais observações podemos voltar ao problema que ora nos ocupa.

As decisões que extinguem o processo, decidindo ou não o mérito da causa, fazem coisa julgada, material ou formal, segundo tenham ou não solucionado a lide, sendo, pois, errôneo falar-se de preclusão em relação a elas.³⁰

Logo, os poderes do juiz que Denti chamou de finais, sejam decisórios ou ordinatórios, que se manifestam através de atos jurisdicionais que encerram o processo, não estão sujeitos à preclusão, mas sim à coisa julgada.

Quanto à classificação de Frederico Marques, pode-se afirmar que o poder por ele dito "decisório final" não está sujeito à preclusão, devendo-se, contudo, acrescentar que também o ato do juiz que extingue o processo sem apreciar o mérito não

²⁹ Instituições de direito processual civil, II, p.127.

³⁰ Ver Capítulo III, nº 5.

produz preclusão, mas sim coisa julgada formal.³¹

Chegamos, assim, à máxima redução possível do problema, ao menos em termos de princípio geral: a preclusão que atinge os poderes do juiz é somente a consumativa e os poderes atingidos são apenas os instrumentais, decisórios ou ordinatórios, na concepção de Denti.

Concluimos, portanto, que estão expostos à preclusão tão somente os poderes do juiz que se manifestam através de atos jurisdicionais que não conduzem à extinção do processo.

Cada ordenamento jurídico, no entanto, pode reduzir ainda mais o campo de incidência de preclusão em relação aos poderes do juiz, tornando-lhe imunes mesmo algumas decisões (portanto atos de natureza jurisdicional) que não extinguem o processo. O que se pode dizer é que, normalmente, as matérias atinentes aos pressupostos processuais, às condições da ação e à prova são retiradas do âmbito em que opera a preclusão, na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.³²

2 FINALIDADE DA PRECLUSÃO

Ensinava Chiovenda que o ordenamento jurídico não se limita a disciplinar as diversas atividades processuais isoladamente, ou em conjunto, mas regula também a sucessão destas

³¹ Não nos parece correta a opinião daqueles que vêem na preclusão e na coisa julgada formal o mesmo fenômeno, pugnando, por isso, a substituição "do conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão de questões", o que seria "apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou imprestável e apto somente para gerar confusões" (Agrícola BARBI, Da preclusão no processo civil. In: Revista Forense, nº 158, p.63). As nossas razões estão expostas no Capítulo III, nº 5.

³² A preclusão dos poderes do juiz, em relação a tais matérias, face ao ordenamento positivo brasileiro, é estudada no Capítulo IV, nºs. 5 e 6 e no Capítulo V.

atividades. Com isso almeja o legislador imprimir maior precisão ao processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos e assegurar-lhes rápida satisfação.³³

Impõe-se, deste modo, uma ordem legal entre as atividades processuais. A esta necessidade o legislador atende com vários instrumentos, dentre os quais a preclusão.³⁴

A preclusão tem por escopo a ordenação coordenada das atividades processuais, simplificando o processo, e, assim, possibilitando-lhe atingir o mais rápido possível, seu ato final, em que se concretiza a certeza ou a satisfação dos direitos.

Finalidade da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retorno e garantir, outrossim, a certeza das situações jurídicas processuais.³⁵

Mas na preclusão vislumbrou-se também outra finalidade,

³³ Instituições de direito processual civil, III, p.219. Nesse mesmo sentido, GUARNERI, Preclusionione diritto processuale civile. In: novissimo digesto italiano, p. 570, onde diz ser o processo "um conjunto ordenado de atividades processuais"; ainda, ANDRIOLI, Preclusionione diritto processuale civile. In: Novissimo digesto italiano, Vol.XIII, p.567; e Diritto processuale civile I, p.445; ZANZUCCHI afirma que a preclusão visa a assegurar a "ordem formal do processo", Diritto processuale civile, I, p.395; Theodoro JÚNIOR, Processo de conhecimento, p.573.

³⁴ CHIOVENDA, ob. e loc. cits.

³⁵ Calmon de PASSOS, realça este objetivo da preclusão, dizendo que "cumpra se impeça o retrocesso, ou seja, o retorno, no procedimento, a fases ou estágios já cumpridos" (Comentários ao Código de processo civil, III, p.281); para Antonio Vital Ramos de VASCONCELOS, a preclusão "visa a estabilidade e segurança das relações jurídico-processuais, eliminando, de vez, a figura de incerteza que vulneraria a norma de Direito Público" (O pedido de reconsideração, p.19).

de que não cogitou Chiovenda. Com ela pretende-se proteger o "princípio basilar da boa-fé processual (do 'jogo franco e leal')"³⁶; ou, então, "impedir que a má vontade ou a incúria de uma parte cause dano à outra, retardando o resultado que ela espera do processo"³⁷; ou, ainda, "constranger as partes a se desdobrarem e a pôr as suas cartas na mesa desde os primeiros atos da causa."³⁸

Além de falar também em se evitar "a insídia dos litigantes de má-fé", Stea aduz outras duas finalidades: minimizar "os efeitos anti-econômicos da pendência do estado anti-jurídico da causa, liberando os órgãos jurisdicionais dos ônus da pendência ilimitada de uma contestação judicial"; e "necessidade de se garantir as partes contra o arbítrio dos juizes."³⁹

Betti, por sua vez, viu na preclusão o objetivo de estabelecer o princípio da "auto-responsabilidade, que consiste, em breves palavras, no risco de conseqüências desvantajosas, impostas à própria conduta deficiente ou incauta."⁴⁰

Enfatizando que concorda com tudo isso: "debelar a

³⁶ Antunes VARELA, Manual de processo civil, p.298. Em "boa-fé" fala também GUARNERI, Preclusione Diritto processuale civile. In: Novissimo digesto italiano, Vol XIII, p.571. Moniz de ARAGÃO refere o "princípio da preclusão como corolário do dever de lealdade" (Comentários ao Código de processo civil, II, p.365).

³⁷ MORTARA, Manuale della procedura civile, II, p.93.

³⁸ REDENTI, Sulle riforme della procedura civile, p.71.

³⁹ La teoria dei termine nel diritto processuale civile, p.17. O curioso é que a obra de STEA é de 1912 e que ela já manifesta a preocupação em "liberar" os órgãos jurisdicionais de processos pendentes, bem como com as limitações dos poderes do juiz no processo.

⁴⁰ Diritto processuale civile italiano, p.58, acrescentando que "no processo - como em toda forma de luta - o risco incessante de tais conseqüências age sobre a parte como o mais enérgico estímulo a uma vigilosa e sagaz conduta."

tática procrastinatória daqueles litigantes de má-fé, que tenderiam a reservar os melhores argumentos para as surpresas de última hora"⁴¹; para "assegurar a lealdade processual, a qual requer que, desde o princípio o *thema decidendum* seja posto, sem as reservas e as astúcias com que o litigante de má-fé possa ter interesse em mascará-lo"⁴², Calamandrei duvida que a preclusão (ou melhor, um regime de rígidas preclusões) seja o meio adequado e hábil à consecução daquele objetivo de "lealdade e simplicidade processual."⁴³

No entanto, parece-nos verdadeiro que também tais objetivos, que a ninguém ocorreria negar-lhes o valor, podem ser alcançados através da preclusão.

3 EFEITOS

Para Chiovenda, a preclusão pode dar lugar, excepcionalmente, a um direito, citando como exemplo a *actio iudicati*.⁴⁴

⁴¹ Istituzione di diritto processuale civile (secondo il nuovo codice), I, p.205.

⁴² Sul progetto preliminare solmi, p.342. A concordância é assim expressada: "tutto questo va benissimo."

⁴³ Idem, idem.

⁴⁴ É interessante que tanto nos Principii (p.859), quanto nas Instituições (III, p.222), ao falar que da preclusão pode surgir um direito, CHIOVENDA cita um só e mesmo exemplo: *actio iudicati*. Seria este o único direito que surgiria da preclusão? Por outro lado, a doutrina posterior acabou por levantar sérias dúvidas quanto à veracidade da afirmação, desde que entende que não é a coisa julgada, decorrente de suma preclusão, que torna exequível a sentença, mas sim a sua "eficácia natural" (LIEBMAN, Eficácia e autoridade da sentença), ou, na linguagem de CARNELUTTI, a sua "imperatividade" (Lezioni di diritto processuale civile, IV, nº 381, p. 393).

Normalmente, porém, da preclusão surge uma situação jurídica, entendida esta no sentido que lhe emprestou Kohler⁴⁵, isto é, "uma figura jurídica do direito privado e do direito processual; distingue-se do direito porque encerra apenas um elemento do direito, ou de um efeito ou de um ato jurídico futuro; quer dizer, apresenta-se uma circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico, ao passo que, se tais circunstâncias não sobrevêm deixa aquela de produzir efeito."⁴⁶

Não gera, por isso, a preclusão um direito para a parte contrária àquela em relação a quem operou. Verificada a preclusão, surge somente uma situação, que, se somada a uma outra eventual e futura situação jurídica, poderá dar nascimento a um direito.

Este raciocínio de Chiovenda pode ser melhor compreendido com o seguinte exemplo: se o réu deixa fluir em branco o prazo para oferecimento da contestação, preclui-lhe a faculdade de apresentá-la. Isto, porém, não gera 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 (art. 319). Todavia, se for caso de aplicação do art. 320, ou se o réu comparecer nos autos posteriormente e deduzir apenas argumentação jurídica (afirmando, por exemplo, que dos fatos articulados na inicial não decorre o direito pleiteado pelo autor), pode suceder a improcedência do pedido. No comum dos

⁴⁵ A observação é do próprio CHIOVENDA (Instituições de direito processual civil, Vol. III, p.222).

⁴⁶ Ob. e loc.cits. Evidentemente não é esta a sede para se discorrer sobre a situação jurídica, quer vista como figura jurídica de direito material, quer como de direito processual.

casos, contudo, a situação jurídica produzida pela preclusão da faculdade de contestar revelia somada a outras circunstâncias sucessivas (não se tratar de nenhuma das hipóteses previstas no art. 320 e dos fatos articulados na inicial decorrer as conseqüências jurídicas extraídas pelo autor), levará à procedência do pedido.

O ato praticado após ter-se verificado a preclusão é ineficaz, não produzindo qualquer efeito na relação processual.⁴⁷ Assim, a contestação apresentada fora do prazo não impedirá a revelia e a apelação interposta extemporaneamente não evitará o trânsito em julgado da sentença.

4 CLASSIFICAÇÃO

4.1 Introdução

Embora não apresente maior importância prática, vários autores procuraram estabelecer uma classificação das preclusões.

Chiovenda jamais ocupou-se diretamente deste particular, escrevendo sobre a preclusão sempre com base em três elementos: conceito, causas e efeito. Todavia, considerando que determinadas preclusões só se verificam em um grau de jurisdição, falou em preclusão limitada (a um grau de jurisdição) e preclusão definitiva.⁴⁸

Vejamos as principais tentativas.

Stea apresenta o seguinte esquema:

⁴⁷ Ver Capítulo III, nº 2. Sobre a ineficácia dos atos processuais discorre Teresa Arruda Alvim PINTO, Nulidades da sentença p. 61-63.

⁴⁸ Instituzioni, Vol. III, p.228; Cosa giudicata e preclusione, p.44.

- a) preclusão explícita, quando expressamente prevista na lei; preclusão implícita, aquela que emerge de um conjunto de disposições;⁴⁹
- b) parcial, se a preclusão opera só por um determinado decurso de tempo (primeiro grau de jurisdição, por exemplo), ou total, se inibe definitivamente a atividade processual;⁵⁰
- c) absoluta, aquela que o juiz pode conhecer de ofício; relativa, se depende de requerimento da parte interessada.⁵¹

Por sua vez, D'Onofrio fala em preclusão temporânea e perpétua, no mesmo sentido da parcial e total de Chiovenda, além da preclusão processual e extraprocessual.⁵²

Noticia Guarneri que Riccio, considerando-lhe a causa, classifica a preclusão em temporal, ordinária, lógica e consumativa.⁵³

Procurando dar uma maior conotação prática e arrolando todos os casos de preclusão no processo civil italiano, enquadrando-os nas respectivas categorias, Andrioli apresenta cinco grupos de preclusões:

- a) decorrentes do transcurso do prazo peremptório;
- b) decorrentes do exaurimento de um estado do processo;
- c) decorrentes do não haver praticado em certo modo um ato, mesmo que ainda não esteja aperfeiçoado o estado do processo em que deveria estar inserido;

⁴⁹ La teoria dei termini nel diritto processuale civile, p.30.

⁵⁰ Idem, idem.

⁵¹ Idem, idem.

⁵² Sul concetto di "preclusione".

⁵³ Preclusione (Diritto processuale civile).In: Novissimo Digesto Italiano, vol. XIII, p.574.

- d) provocada pelo exaurimento de um grau de jurisdição;
- e) provocada pela prática de um ato incompatível com o que se quer praticar.⁵⁴

4.2 Classificação na doutrina brasileira

A doutrina nacional, seguindo o pensamento de Riccio, classifica a preclusão em três modalidades: temporal, lógica e consumativa.⁵⁵

Em feliz síntese, Moniz de Aragão dá as características das três espécies: "A preclusão é um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual. Mas nem só da inação poderá resultar. Além da temporal, que se forma pelo decurso do tempo, há a lógica, que decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se quereria praticar também, e a consumativa, que se origina de já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo."⁵⁶

Fala-se, ainda, em preclusão por fases do processo, para indicar aqueles casos em que o ato processual já não mais pode ser praticado, não porque decorrido prazo previsto para sua prática, mas por ter o processo atingido uma fase na qual

⁵⁴ La preclusione processuale penale, p. 568 e ss.

⁵⁵ Moniz de ARAGÃO (Comentários ao Código de processo civil, vol. II, p. 129); Barbosa MOREIRA (Comentários ao Código de processo civil, Vol. V, p. 379 e 386, notas nºs 473 e 486); Frederico MARQUES (Manual de direito processual civil, Vol. II, p.169); Arruda ALVIM (Manual de direito processual civil, Vol I, p.284) e Theodoro JUNIOR (processo de Conhecimento, p.574).

⁵⁶ Ob. cit., p.129.

o ato se tornou inviável.⁵⁷

Pensamos, no entanto, que estas hipóteses podem perfeitamente ser enquadradas na modalidade de preclusão temporal, pois a perda da faculdade de praticar o ato decorre, também aqui, do "decurso do tempo".

Há, pois, preclusão temporal tanto quando o ato não mais pode ser praticado por ter-se esgotado o prazo, como no caso em que a impossibilidade de praticá-lo decorre do estágio em que se encontra a relação processual.

Exemplo típico de preclusão lógica encontra-se no art. 503 do código de processo civil. Também configura-se esta espécie de preclusão se a parte, em ação de despejo por falta de pagamento, requer prazo para purgação da mora, ficando-lhe preclusa, por isso, a faculdade de contestar o pedido.⁵⁸

A preclusão consumativa pode dar origem à seguinte questão: depois de ter praticado o ato, pode a parte, estando ainda dentro do lapso de tempo hábil à sua prática, tornar a praticá-lo, acrescentando-lhe algo que lhe pareça relevante?

O problema ganha importância quando se trata da contestação ou de recurso, principalmente do de apelação.

⁵⁷ Exemplo desta espécie de preclusão encontra-se na seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Não sendo preclusivo o prazo do art. 421, § 1º do Código de processo civil, permite-se a apresentação de assistente técnico e quesitos pela parte desde que não tenham sido iniciados os trabalhos periciais" (R.T. 603/114). Logo, o início dos trabalhos periciais acarreta a preclusão. Mais liberal foi o Tribunal de Alçada do Paraná, admitindo a formulação dos quesitos "até mesmo durante a diligência, antes que se encerre" (Gil Trota TELES, Jurisprudência sobre o Código de processo civil, p.205).

⁵⁸ A hipótese já foi assim decidida pelo 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Arruda ALVIM, Código, p. 192). Outro caso de ocorrência de preclusão lógica encontra-se em acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, publicado na R.T. 591/223-224.

O primeiro caso já foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Decidia-se da possibilidade de o réu complementar, ainda dentro do prazo, a contestação já apresentada, fora dos casos expressamente previstos no art. 303. Respondendo negativamente, o Tribunal argumentou que "a decisão que talhou o absurdo andamento de uma segunda contestação e determinou o desentranhamento, porque contestação proveitosa já fora oferecida, não fez nenhum gravame ao recorrente."⁵⁹

A oferta de contestação, "com mau ou bom êxito", efetivamente precluía para o réu a possibilidade de nova contestação, ou mesmo de "aditamento" ou "complementação", vocábulos utilizados no acórdão citado. A preclusão, no caso, decorre do princípio da eventualidade, segundo o qual o réu deve alegar, já na contestação, toda a matéria de defesa que tiver (arts. 300 e 301 do código de processo civil).⁶⁰

Quanto à interposição do recurso, a questão é mais complexa. Deve-se distinguir duas hipóteses: o sucumbente apelou apenas de parte da decisão que lhe fora totalmente desfavorável e, ainda não esgotado o prazo, pretende apelar também da parte que não impugnara antes; o apelante que impugnou totalmente a decisão, antes de vencer o prazo, pretende melhorar a fundamentação do recurso.

⁵⁹ R.T. 503/178 e 179. Nesse mesmo sentido decidiu o S.T.F., afirmando que, "se por razões técnicas, o fato foi omitido na contestação, fato ocorrido há mais de cinco anos, é óbvio que ele, processualmente se falando, deve arcar com a responsabilidade de sua omissão, da sua malícia processual, não lhe cabendo posteriormente à defesa, inovar a respeito" (R.T.J. 112/745).

⁶⁰ Ver Capítulo IV, nº 3.

No primeiro caso, a interposição do recurso contra uma parte da sentença implica, ao nosso ver, aquiescência em relação à outra parte não impugnada (art. 503) e, portanto, a preclusão da faculdade de impugná-la.⁶¹

Solução diversa deve ser dada à segunda hipótese. O recurso interposto contra toda a sentença afasta a ocorrência de preclusão. Melhorar a fundamentação do recurso não significa infringência ao princípio da eventualidade, eis que se trata de argumentação jurídica, questão de direito nova, sobre a qual não opera a preclusão.⁶² Assim, ao menos em princípio, nada impede que o recorrente venha a aditar suas razões do recurso ainda dentro do prazo para a interposição, o que, aliás, poderia fazer até mesmo posteriormente, através de memorial, por exemplo.

Deve-se, porém, ressaltar que, por exigência do princípio do contraditório, o aditamento da fundamentação do recurso somente é possível até a intimação do recorrido para que apresente resposta. Após a intimação do recorrido, inobstante não tenha ainda fluído todo o prazo para interposição do recurso, não pode ser complementada a sua fundamentação.

4.3 Preclusão *pro judicato*

Especial destaque merece a particular construção de Re-

⁶¹ Assim dispunha o art. 553, § único, do Anteprojeto BUZAID, que, porém, não figurou no Projeto remetido ao Congresso. Mesmo se manifestando contra a solução que referimos, Barbosa MOREIRA acrescenta que José Alberto dos REIS e Sérgio BERMUDEZ comungam a opinião de que na hipótese aventada ocorre preclusão consumativa (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, p.400-402).

⁶² Assim pensa Barbosa MOREIRA (Comentários ao Código de processo civil, Vol. V, p.508).

denti, que fala em preclusão *pro judicato*, para explicar o "resultado prático" que decorre de certos provimentos jurisdicionais que não implicam e não requerem um "accertamento", vale dizer, aqueles casos em que não há propriamente uma sentença (e portanto, nem coisa julgada), mas cujos efeitos práticos são semelhantes aos da coisa julgada.

Tal ocorreria, por exemplo, nos casos de *decreto d'ingiunzione*, *licenza per finita locazione* e, hipótese mais compreensível para os brasileiros, execução, fundada em título extrajudicial, não embargada. Neste último caso, após o encerramento da execução, "ninguém mais poderá insurgir-se contra o fato praticado para destruí-lo ou infirmá-lo." Exatamente nestes casos é que se pode falar de preclusão *pro judicato*.⁶³

A diferença entre coisa julgada e preclusão *pro judicato* é traçada com o seguinte exemplo: se alguém munido de um título extrajudicial (declaração pública, v.g.) no qual consta a obrigação de pagar várias parcelas mensais, inicia a execução porque o devedor inadimpliu alguma das parcelas, após o fim da execução o devedor não poderá mais discutir a existência das parcelas executadas, nem repetí-las. Mas, em futura execução de outras parcelas, o devedor poderá opor-se, alegando "com efeito para estas últimas e para as vincendas, que o crédito não existe." Isto porque, no caso, o crédito não estava coberto pela autoridade de coisa julgada.⁶⁴

Logo, a preclusão *pro judicato* ocorre nos casos em que

⁶³ Diritto processuale civile, Vol. I, p.77.

⁶⁴ Idem, p.78.

um provimento jurisdicional, inidôneo a adquirir autoridade de coisa julgada, torna-se definitivamente imutável.

Em que pese a doutrina posterior ter chegado à conclusão de que nos casos de *decreto d'ingiunzione e l'ordinanza di convalida della licenza o sfratto*, verifica-se verdadeira "eficácia de coisa julgada substancial"⁶⁵, não se pode deixar de reconhecer a originalidade e, ao menos no caso da execução, a validade prática da impositação de Redenti.

Doutra sorte, é de se refletir sobre a crítica de Garbagnati, no sentido de que, se se estendem fora do processo os efeitos da pronúncia, não se trata de preclusão, mas sim de coisa julgada.⁶⁶ É claro que tal raciocínio não pode ser aplicado no caso da execução, onde de coisa julgada não se pode falar.⁶⁷

Apesar deste último autor referir que a junção dos conceitos de preclusão e coisa julgada, resultando na preclusão *pro judicato*, em nada contribui "à recíproca clareza dos dois conceitos"⁶⁸, a expressão cunhada por Redenti também passou a

⁶⁵ GARBAGNATI, I procedimenti d'ingiunzione e sfratto, p.18.

⁶⁶ Ob. cit., p.22.

⁶⁷ É bem verdade que LIEBMAN defendeu a ocorrência de coisa julgada também no processo de execução (Eficácia e autoridade da sentença, p.62-63). Esta concepção, todavia, choca-se frontalmente com o conceito de coisa julgada defendido por CHIOVENDA, formulado, segundo este autor, já no Direito Romano. Ada Pellegrini GRINOVER, nas notas que fez à citada obra de LIEBMAN, adverte que "não é esse o entendimento da doutrina brasileira", pois no direito pátrio "a coisa julgada material é fenômeno específico da sentença de mérito; e o processo de execução não tem sentenças de mérito" (p.70). É importante observar que no seu "Manuale di diritto processuale civile", Vol. II, p.419-449, LIEBMAN não estende a coisa julgada ao processo executivo.

⁶⁸ Ob. cit., p.22.

ser de "uso comum" na doutrina italiana.

Na doutrina brasileira, provavelmente por influência da obra de Riccio, a noção de preclusão *pro judicato* além de se apresentar divergente, acabou por ficar muito distante da concepção do seu criador.

Frederico Marques expõe duas acepções: primeiro fala que a preclusão *pro judicato* ocorre "em relação a decisões de conteúdo exclusivamente processual" e que "nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E 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 judicato*."⁶⁹ Mais tarde, afirmou que esta espécie de preclusão se verifica quando o pronunciamento "tiver conteúdo apenas processual", quer se trate de decisão interlocutória, quer de sentença terminativa.⁷⁰

Tal pensamento é passível das seguintes observações: a preclusão atinge não apenas as decisões de conteúdo processual, como também as decisões interlocutórias que tenham por objeto questão de mérito. A sentença que "extingue o processo sem julgar o litígio" produz coisa julgada formal e não simples preclusão.⁷¹

Sobre o poder do juiz também pode recair a preclusão.⁷² Enfim, o conceito criado por Redenti para expressar a

⁶⁹ Instituições de direito processual civil, Vol. II, p.288 e 289.

⁷⁰ Manual de direito processual civil, Vol. II, p. 170 e 171.

⁷¹ Ver o Capítulo III, nº 5.

⁷² Ver o nº 1 deste Capítulo.

preclusão *pro judicato* não autoriza este entendimento.⁷³

Da mesma forma e pelas mesmas razões criticável é a concepção de Moacyr Amaral Santos, de que "em relação às sentenças terminativas não há coisa julgada, ocorrendo, uma vez transitadas em julgado, aquilo que a doutrina chama de preclusão *pro judicato* ."74

⁷³ O mesmo equívoco é repetido por João Batista LOPES (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, p.32-35).

⁷⁴ Primeiras linhas de direito processual civil, Vol.III, p.54.

CAPÍTULO II

CRÍTICAS AO INSTITUTO DA PRECLUSÃO

1 INTRODUÇÃO

O conceito de preclusão na doutrina italiana foi, apesar da grande aceitação, objeto de profundas críticas. Para alguns não se poderia considerá-lo um "conceito técnico"¹, posto que não possui "um específico significado jurídico"² e, por isso, concluem: "deve-se reconhecer que a eliminação de tal conceito constitui um passo avante sobre a via da simplicidade e da clareza de idéias na ciência do processo."³

Entre a recepção sem qualquer reserva e a drástica negação encontram-se aqueles que, partindo do pensamento chiovendiano, tentaram dar um conteúdo diverso ao conceito de preclusão.⁴

O que não se deve confundir é a crítica, ou mesmo negação total, do instituto da preclusão com as críticas que a doutrina italiana, agora com unanimidade, sempre dirigiu contra um regime ou sistema de rígidas preclusões.

Isto porque as origens e a tradição do processo civil italiano repelem veementemente a adoção legislativa de um rí-

¹ SATTÀ, Diritto processuale civile, p.239.

² ATTARDI, Preclusione (Principio di). In: Enciclopedia del diritto, vol. XXXIV, p.908.

³ ATTARDI, Per una critica del concetto di preclusione, p.17.

⁴ Dentre estes destacam-se, pelas sugestões que apresentaram, D'ONOFRIO e ANDRIOLI, cujos pensamentos serão adiante analisados.

gido sistema de preclusões.⁵ O próprio Chiovenda, no seu famoso projeto, não estabeleceu inflexível regime preclusivo.⁶

Isto, porém, não significa uma negação do instituto em si, mas, ao contrário, a sua aceitação, desde que o procedimento seja estruturado "em termos lógicos e, assim, com preclusões razoáveis."⁷

A seguir passaremos à abordagem das modificações ao conceito de preclusão formulado por Chiovenda, sugeridas por D'Onofrio e Andrioli.⁸

⁵ Contra o rigoroso sistema de preclusões do código processual de 1940 levantaram-se, entre outros: CALAMANDREI para quem estava sendo interrompida uma tradição que vinha do Direito Romano (Sul progetto preliminare Solmi, p.344); SEGNI, que dizia ser tal sistema contrário ao espírito da sociedade italiana e falava na "pubblicizzazione eccessiva e nella penalizzazione del processo civile" (In torno al nuovo procedimento, p.216); e, por fim, ALLORIO, quando tentava salvar o Código, já em 1946, consideravelmente enfraquecido pelas críticas, propunha: "si faccia piazza pulita delle strangolanti preclusioni di primo grado e d'appello (Allarme per la giustizia civile, p.444); mais tarde nos trabalhos que precederam a reforma do processo trabalhista, foi mais incisivo: "sono nettamente avverso ad ogni criterio di preclusione", in La riforma del processo in materia di lavoro, p.29.

⁶ Que tanto o projeto de REDENTI quanto os de SOLMI (preliminar e definitivo), previam um sistema de preclusões mais rigorosos que aquele contemplado no projeto Chiovenda, constata TESORIERE em boa análise comparativa (Contributo, p.99 ss). Inconformado com a preclusão de novas "demande" e exceções no código de 1940, lamentava SATTA: "Non so come a nessuno sia venuto in mente di riprodurre per la difesa tardiva la semplice e umana norma dell'art.55 del progetto Chiovenda". (Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile, p.99).

⁷ A expressão "preclusioni ragionevoli" foi utilizada por TARZIA (Sul processo di primi grado, p.246), para justificar o sistema de preclusões adotado no projeto LIEBMAN. Por sua vez, ANDRIOLI (Diritto processuale civile, I, p.445) fala em "oportuna dosagem", que acomoda as duas contrapostas exigências de certeza e justiça.

⁸ A tentativa de TESORIERE, tida por infrutífera por ATTARDI, será abordada juntamente com as críticas deste último.

2 AS MODIFICAÇÕES SUGERIDAS POR D'ONOFRIO E ANDRIOLI

A primeira crítica direcionada contra o conceito de preclusão formulado por Chiovenda partiu de D'Onofrio, que se propôs a "isolar e reduzir em termos mais precisos o conceito mesmo, que resta sempre como o Prof. Chiovenda o formulou."⁹

Segundo este autor o conceito elaborado por Chiovenda era por demais vasto, posto que construído com material heterogêneo e que "pela sua exclusiva amplitude tornou-se muito discutível."¹⁰

A idéia de preclusão é dada pela própria palavra: representa a condição de uma determinada atividade, que não pode mais ser praticada por obstáculo jurídico que se opõe ao livre desenvolvimento.¹¹

Portanto, conclui, a preclusão tem um efeito meramente negativo: não cria nada, só extingue.¹² Por isso em todos os casos em que o efeito é positivo, como na ausência de contestação ou de recurso, não se pode falar em preclusão. Nos casos mencionados, a característica fundamental não é a exclusão de um estado ou situação jurídica, mas sim a afirmação daquela contrária.¹³

Dizia ser oportuno esclarecer que se "enganaria na partida" quem acreditasse na possibilidade de se formular "um úni-

⁹ Sul concetto di preclusione, p.429.

¹⁰ Idem, p.428.

¹¹ Idem, p.429.

¹² "Essa non crea nulla; impedisce soltanto che ad un determinata situazione giuridica si tenti comunque di sostituire un'altra", idem p.429.

¹³ Idem, idem

co princípio geral com base no qual fosse possível estabelecer se em um caso ou em outro existiria ou não preclusão." Nega, pois a viabilidade de um princípio geral de preclusão, posto que este princípio "não existe e não pode existir." Somente a análise da disposição legal nos singulares casos é que pode informar se se trata ou não de preclusão.¹⁴

Como se vê, por este aspecto, D'Onofrio reduz o conceito formulado por Chiovenda. No entanto, sempre com base na análise de dispositivos legais, o autor acaba, por outro lado, por ampliar o conceito chiovendiano.

Ocorre que, entendendo ser de preclusão todos aqueles casos em que, por força de um obstáculo legal, não se pode mais desenvolver determinada atividade processual, D'Onofrio inclui no conceito hipóteses que, na formulação chiovendiana, eram excluídas, como a litispendência, por exemplo. Com efeito, afirmava que a litispendência comportaria a preclusão para o mesmo e futuros juízes de conhecer da mesma causa.¹⁵

Ainda, entendia que as causas de preclusão podiam ser processuais (a litispendência) ou extraprocessuais, encarando estas como fatos que, embora tendo o seu escopo fora do processo, impedem o exercício de uma faculdade processual. Seria exemplo de causa extraprocessual de preclusão "a proibição de ação administrativa ou jurisdicional contida em algumas disposições especiais."¹⁶

Ponto comum nas duas concepções tem o limitar os efeitos da preclusão ao processo em que se verifica.

¹⁴ Idem, p.433

¹⁵ Idem, idem.

¹⁶ Idem, idem.

A esta crítica respondeu Chiovenda reafirmando que entendia ser essencial ao conceito de preclusão a "perda" de uma faculdade processual. Todos os casos em que a faculdade "não pode ser exercida" não são de preclusão, uma vez que neles não há "perda".¹⁷

Rejeita, assim, a ampliação feita por D'Onofrio, bem como a restrição aos casos em que o efeito é meramente negativo, confirmando que, ainda que excepcionalmente, tal efeito pode ser positivo.

Conclui dizendo que as observações de D'Onofrio não são idôneas a aperfeiçoar o seu sistema.¹⁸

Realmente as críticas de D'Onofrio não mereceram qualquer consideração na doutrina posterior e, quando referidas, foram tidas como de "débil peso."¹⁹

Outra tentativa significativa de modificação ao conceito de preclusão dado por Chiovenda, agora expressamente restritiva, partiu de Andrioli.

Escrevendo depois das negações de Satta e Attardi, que atacavam o conceito de preclusão exatamente no que chamavam de seu suporte teórico, a relação jurídica processual²⁰, o autor procurou, para evitar tais objeções, ampliar aquele suporte, transferindo-o da relação jurídica processual para o conceito de procedimento.²¹

Para Andrioli "a preclusão representa o ingrediente de

¹⁷ "Potrà parlarsi di privazione della facoltà, ma non di perdita" (Cosa giudicata e preclusione, p.5).

¹⁸ Idem, idem.

¹⁹ São palavras de Attardi ("critiche... di debole peso"), in Per una critica del concetto di preclusione.

²⁰ Tais críticas serão apreciadas adiante.

²¹ ANDRIOLI, Diritto processuale civile, p.443 e ss.

que não se pode abdicar para construir a noção de processo, entendido como série de atos das partes e do juiz (em geral, órgãos judiciários), cronologicamente ordenados em vista do provimento final."²²

No princípio de preclusão está a prevalência da aspiração de certeza sobre a aspiração de justiça, e isto é o que explica as críticas que em todos os tempos foram-lhe dirigidas por quem vislumbrava neste fato um atentado à justiça.²³

O mais relevante, contudo, na doutrina de Andrioli é a exclusão de uma das causas de preclusão indicadas por Chioven-
da.

Efetivamente, diz ser a preclusão a perda de uma facul-
dade processual por força:

- a) da decorrência do prazo;
- b) do exercício de uma faculdade, prática de um ato,
(ou, em geral, comportamento) incompatível com o ato
que se pretende praticar.²⁴

Ora, percebe-se de súbito a ausência daquela causa que Chioven-
da chamou de consumação propriamente dita, que é o "ter
já uma vez validamente exercido a faculdade."

Mais tarde, Attardi veria como fundamento desta omissão
o fato de se atribuir à preclusão a finalidade de tornar o pro-
cesso mais ordenado e eficiente; proibir a prática de um ato

²² Preclusione - diritto processuale civile. In: Novissimo digesto italiano, vol.XIII, p.568.

²³ Tais críticas é que teriam, segundo o autor, conduzido às reformas de 1950 no campo do processo civil e de 1955 no campo do processo penal, idem, idem.

²⁴ Ob. cit., p.568.

já validamente praticado nada tem a ver com esta finalidade.²⁵

Outro ponto de afastamento da doutrina de Chiovenda, no qual Andrioli concorda, somente neste particular, com Satta e Attardi, está no abandono da contraposição entre coisa julgada formal e substancial, fundada na preclusão.²⁶

3 AS NEGAÇÕES DE SATTA, FALZEA E ATTARDI

O conceito de preclusão, recebido e aplaudido por grande parte da doutrina, contemplado nos textos legais e aplicado pela jurisprudência, desde que concebido por Chiovenda teve a sua validade contestada por alguns processualistas, destacando-se, pelo prestígio e pela profundidade científica, os três acima indicados.

A ordem da análise que faremos não é cronológica e sim de gravidade, uma vez que, ao nosso ver, não há qualquer dúvida de que os argumentos mais pesados contra a validade do conceito de preclusão (como de resto, do princípio), partiram de Attardi e ainda não foram satisfatoriamente rebatidos.

Iniciemos com Satta.

Numa construção toda específica, ensina que os prazos processuais podem ser extrínsecos e intrínsecos. Os primeiros são aqueles que estão a "indicar o período de tempo - horas, dias, meses, anos - dentro do qual um determinado ato do processo deve ser praticado". Estes prazos são também chamados acidentais. O prazo intrínseco, ou natural, "deriva do fato de

²⁵ Preclusione, p.897.

²⁶ TESORIERE, Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile, p.45.

que o ato que se quer praticar é incompatível com a situação processual que foi anteriormente determinada."²⁷

Esta incompatibilidade, ocasionada pelo prazo intrínseco, pode ser formal, no sentido de que expressamente prevista na lei (como a exceção de incompetência territorial, que pelo art. 38 do C.P.C. italiano, deve ser oferecida só na resposta do réu); ou substancial, "isto é, em relação ao efeito produzido por uma precedente atividade (não se pode impugnar uma sentença aceita precedentemente)."²⁸

O autor diz que para caracterizar todas essas "incompatibilidades" a doutrina adotou a definição de preclusão, cuja legitimidade não pode ser contestada se se assume a palavra no significado genérico que tem na linguagem comum.

Duvidosa, no entanto é a possibilidade e a utilidade de fazer-se da preclusão um conceito técnico, porque na realidade ela se identifica com a situação jurídica que resulta da prática ou da omissão de um ato processual; situação que "naturalmente é determinada nos casos singulares pela vontade da lei, e que pode ser processual quando exaurir os seus efeitos no processo em curso; substancial quando, em vez, produzir tais efeitos fora do processo", como a sentença de mérito.²⁹

Percebe-se, por trás da crítica, a concepção que o autor tem do processo como situação jurídica, obra de James Goldschmidt.³⁰ Por isso, encara a preclusão como "uma situação

²⁷ Diritto processuale civile, p.238.

²⁸ Idem, idem.

²⁹ Idem, p.239.

³⁰ "In retaltà, il processo è piuttosto una serie di modificazioni, di situazioni, che trovano in quegli atti la loro causa o la loro condizione", ob. cit., p.201.

jurídica entre as tantas que, coordenadas uma com a outra, constituem o processo."³¹

Por outro lado, afirma, é errôneo falar-se em efeitos da preclusão, uma vez que a preclusão mesma é um efeito: a situação jurídica que se forma pelo decurso do prazo intrínseco.³²

Assim, com a noção de situação jurídica o autor substitui a preclusão que decorreria do prazo intrínseco.

Enfim, para o caso de decurso do prazo extrínseco (que é o tempo previsto para a prática do ato) o autor fala em decadência.³³

Concluindo, profetiza que o conceito de preclusão, construído e ligado teoricamente com a idéia de relação jurídica processual, está "destinado a desaparecer com ela."³⁴

Embora Falzea seja arrolado por Tesoriere como um "entre os sustentadores do conceito de preclusão"³⁵, a análise atenta do seu escrito sobre o tema³⁶ parece conduzir à conclusão de que, ao contrário, ele nega a existência do conceito de preclusão, enquanto entendida como instituto autônomo do direito processual. Isto na medida em que fala de um "efeito preclusivo" inerente a determinados atos jurídicos, substanciais e processuais, e que "as preclusões processuais, nas suas mais

³¹ Ob. cit., p.240.

³² Idem, idem.

³³ Adiante veremos que a doutrina italiana não é firme em caracterizar o decurso do prazo como causa de preclusão, enquadrando-o muitas vezes como decadência.

³⁴ O autor usa o verbo "tramontare", ob. cit., p.239.

³⁵ Contributo, p.38, nota nº 25.

³⁶ Accertamento (teoria generale). In: Enciclopedia del Diritto, vol. I, p.205-219.

características exemplificações, são nada mais que uma especificação do efeito preclusivo no âmbito do processo."³⁷

Para uma melhor compreensão do pensamento do autor, convém uma breve digressão sobre o que chama de "efeito preclusivo."

O autor diz que os atos jurídicos, substanciais ou processuais, podem produzir, ao lado dos efeitos declaratórios, um terceiro tipo de efeito a que chamou de "preclusivo". Tal efeito decorre da "eficácia preclusiva" que a lei confere a determinados atos ou fatos jurídicos.³⁸

O efeito preclusivo é aquele que torna "irrelevante a alternativa possível, da conformidade ou inconformidade, do sentido negativo ou positivo, daquela realidade jurídica à qual o efeito faz referência."³⁹ Assim, o usucapião, por exemplo, é um "característico exemplo de fato preclusivo", posto que uma vez verificado é totalmente irrelevante saber a situação a ele antecedente: se o usucapiente era ou não proprietário da coisa usucapida. "Qualquer que fosse a situação antecedente, de propriedade ou de não propriedade, o efeito jurídico do usucapião é aquele da propriedade".⁴⁰

O mesmo ocorre nos casos da prescrição e da transação. Verificada a primeira é irrelevante discutir-se a existência ou inexistência do direito prescrito; a celebração da segunda torna irrelevante qualquer investigação sobre a existência ou inexistência dos direitos que lhe constituem o objeto.

³⁷ Ob. cit., p.214 e 215.

³⁸ Ob. cit., p.210.

³⁹ Idem, idem.

⁴⁰ Idem, idem.

Assim também o fato de "accertamento", substancial ou processual. "Depois do fato de "accertamento" uma ulterior contestação não tanto é vetada quanto é considerada irrelevante e por isso é privada da sua força paralisante da realização do valor jurídico."⁴¹

O efeito preclusivo é o que explica que a passagem em julgado da sentença impeça que o "contraste que havia paralisado a realização do interesse venha tolhido radicalmente de meio e não pode mais ser reproposto em forma juridicamente relevante: e isto tanto se a sentença haja acolhido a realidade anterior, quanto se, em vez, a tenha modificado e por isso alterado."⁴²

O efeito preclusivo, como os demais efeitos jurídicos - declaratórios e constitutivos - pode operar no campo substancial e no campo processual.

Distinguindo o efeito preclusivo dos atos de "accertamento" substancial, que diz ser de "grau maior", dos atos de "accertamento" processual, diz que este "se verifica no restrito campo do processo", por isso é de "grau menor", e vale para preparar o fato de "accertamento" substancial e o efeito preclusivo substancial da coisa julgada."⁴³

Típico fato de "accertamento" processual é a confissão, que, no processo civil italiano, tem força de prova legal, por isso, tem "efeito preclusivo processual enquanto torna irrelevante, no âmbito do processo, a contestação sobre a realidade que forma objeto da confissão." Tal irrelevância impõe a con-

⁴¹ Ob. cit., p.212.

⁴² Ob. cit., p.214.

⁴³ Ob. cit., p.215.

seqüência que o juiz, ainda que a realidade venha contestada, "deve considerar tal realidade como incontestada."⁴⁴

O ato de "accertamento" substancial produz seus efeitos na relação jurídica de direito material, enquanto o processual tem seu efeito preclusivo "limitado ao âmbito do processo e está em função do fato de "accertamento" e do relativo efeito de grau maior, que é produzido pela coisa julgada."⁴⁵

Portanto, o autor concebe um "efeito preclusivo", comum a determinados atos praticados no processo ou fora dele.

Esta concepção nega o conceito de preclusão já exposto; primeiro, por entender que as "preclusões processuais" (como que admitindo a existência de preclusões "materiais")⁴⁶ nada mais são do que "uma especificação do efeito preclusivo no processo", negando com isso a autonomia do instituto em relação ao direito material; segundo, porque diz que tal efeito preclusivo é atribuído pela lei a atos ou fatos jurídicos específicos e não comporta um princípio genérico.

Exatamente estes são os dois aspectos do conceito de preclusão mais visados por aqueles que o negam.

Chegamos, pois, à conclusão de que, tal como formulado por Chiovenda e acolhido pela doutrina, sempre preocupada em demonstrar-lhe a autonomia como instituto do direito proces-

⁴⁴ Idem, idem.

⁴⁵ Idem, idem.

⁴⁶ FAZZALARI afirma que "l'esaurimento di un potere (o facoltà, o dovere, insomma di una posizione soggettiva) a causa del suo avvenuto esercizio (cio è del compimento dell'attività cui esso abilita) o del mancato esercizio nei modi e termini stabiliti, è fenomeno che si riscontra in tutti i campi del diritto... "e que é "tale fenomeno che i processualisti sogliono indicare como "preclusione" (II giudizio civile di cassazione, p.161 e 162, nota nº 47).

sual, o conceito de preclusão restou negado por Falzea.

Passamos, finalmente, àquela que constitui a mais pesada crítica já formulada à "doutrina tradicional" sobre o conceito de preclusão e que, tendo por autor Attardi, está contida em dois escritos, separados no tempo por vinte e sete anos, que chegam exatamente à mesma conclusão: "deve-se reconhecer que a eliminação de tal conceito constitui um passo avante sobre a via da simplicidade e da clareza de idéias na ciência do processo."⁴⁷

O autor inicia afirmando que, a partir de Chiovenda, o conceito de preclusão teve uma profunda elaboração e, malgrado as críticas, uma ampla utilização.⁴⁸

A origem do conceito deve-se a Büllow, sendo que na doutrina alemã só se falava em preclusão para os casos de perda de uma faculdade processual em função de ter transcorrido o tempo oportuno para o seu exercício.⁴⁹

Após resumir com fidelidade a doutrina de Chiovenda,⁵⁰ objeto de sua reflexão, o autor, partindo da verificação de que "a noção de preclusão mesma é controversa", passa a expor os motivos de tal controvérsia, a seguir resumidos.

Primeiro, o próprio enquadramento desta ou daquela hipótese no instituto da preclusão às vezes é posto em dúvida. Lem-

⁴⁷ Trata-se de dois escritos: "Per una crítica del concetto di preclusione" e "Preclusione (Principii di)". A citação é da p.17 do primeiro.

⁴⁸ Preclusione, p.894.

⁴⁹ Tanto o art.230 do Z.P.O. alemão, quanto o 144 do austríaco usam o termo "präklusion", com este significado (ob.cit., p.894).

⁵⁰ Ob. cit., p.895 e 896; Per una crítica, p.33 e 34.

bra que Mandrioli negou que seja de preclusão o caso de "válido exercício de um poder e conseqüente exaurimento do poder mesmo."⁵¹

Já no caso de perda da faculdade processual por força do decurso do prazo previsto para o seu exercício surge o problema da distinção entre preclusão e decadência, que, além das oscilações doutrinárias, foi expressamente afastada do âmbito da primeira por Leone e Franco Cordero,⁵² que, por conseguinte, só entendem tratar-se de preclusão a hipótese de prática de ato incompatível com o que se pretende praticar.

Cita, por fim, a crítica de D'Onofrio, já aqui analisada.

O segundo aspecto da controvérsia concerne à distinção entre preclusão e coisa julgada, ou saber-se se a preclusão opera só "durante o processo ou também no processo encerrado."⁵³

Em seguida, o autor passa a fazer sua crítica, considerando a preclusão como instituto e como princípio processuais.

Afirmando que "as circunstâncias que são indicadas como causa de extinção de um poder processual, e assim de preclusão, não são características do direito processual, mas ao contrário, encontram-se também no direito material"⁵⁴, o autor passa a considerar cada uma isoladamente.

A hipótese de decorrência do prazo caracteriza exatamente o mesmo fenômeno que no campo substancial dá lugar à de-

⁵¹ Preclusionone, p.897.

⁵² Preclusionone, p.817.

⁵³ Ob. cit., p.898 e 899.

⁵⁴ Preclusionone, p.900; Per una critica, p.7.

cadência.

A prática anterior de um ato incompatível com o que se pretende praticar, como causa de extinção do poder (ou direito) de praticá-lo, também se verifica no campo do direito material. Para confirmar, cita o exemplo dos arts. 1453 do código civil italiano, cujo segundo parágrafo prevê que quem pede a resolução de um contrato não pode depois pleitear o seu adimplemento; e do art. 1311, parágrafo segundo, do mesmo código, pelo qual renuncia à solidariedade quem dá a um dos devedores solidários quitação de sua parte, sem reserva.

Por último, "o poder de provocar uma modificação no mundo jurídico, uma vez que tenha sido eficazmente exercido, dando lugar àquela dada modificação, vem a perder seu objeto e não tem mais razão de ser; é assim, uma exigência lógica que induz a entender verdadeira e exata em linha geral, e não limitadamente ao campo processual, a afirmação que o ato de exercício de um poder exaure o poder mesmo". Tal exigência está incluída no geral princípio do "*ne bis in idem*."⁵⁵

Portanto, conclui Attardi, é um erro da doutrina - tradicional e moderna - a afirmação de ser "a preclusão um fenômeno tipicamente processual."⁵⁶

Percebe-se, logo, que a investida é contra o conceito na sua integridade, vale dizer, em todas aquelas hipóteses apontadas como fenômenos conducentes à preclusão.

O autor, após tal constatação, pergunta se é possível um

⁵⁵ Preclusionone, p.900; Per una critica, p.7.

⁵⁶ Preclusionone, p.901.

entendimento que supere estas "perplexidades" e, assim, salve a preclusão como instituto autônomo do direito processual.

Descarta, de saída, a solução de Tesoriere: "tal caminho não pode ser aquele de considerar a preclusão como o efeito que a lei vincula a uma pluralidade de causas, entre as quais a decadência", posto que assim "não é possível sustentar que a preclusão represente um típico efeito processual."⁵⁷

Mesmo que se considerasse a finalidade como momento determinante do conceito de preclusão, não teria ele "validade no plano jurídico."

Antes de tudo, porque "tem razoável fundamento a exigência que um mesmo fenômeno venha unitariamente considerado, qualquer que seja o campo do direito no qual se manifeste."⁵⁸

Por outro lado, se o fenômeno a que chamam de preclusão fosse dado o nome de decadência, o ordenado desenvolvimento do processo não seria prejudicado.

Enfim, se se admite a existência da preclusão também fora do processo, no campo do direito substancial, significa que se trata de um instituto que o legislador utiliza também para perseguir finalidade diversa e, assim, não se pode construir um instituto de preclusão caracterizado como um "expediente de que se serve o legislador para disciplinar o regular desenvolvimento do processo."

A conclusão não poderia ser mais drástica: "a utiliza-

⁵⁷ Preclusionone, p.902. Além disso, pesa a observação de MANDRIOLI (Corso di diritto processuale civile, I, p.338, nota nº 19) de que "no conceito de decadência é já incluída aquela "perda" que lhe deveria constituir o efeito.

⁵⁸ Ob. cit., p.903.

ção do conceito de preclusão contribuiu só a gerar equívocos e confusões na linguagem jurídica e a alimentar dúvidas sobre a natureza e disciplina de fenômenos substancialmente idênticos."⁵⁹

Criticando Calamandrei,⁶⁰ o autor diz que, negado o conceito, "a construção de um princípio de preclusão é, em realidade, privada de fundamento."⁶¹

Particular atenção merece a equiparação à decadência posto que não só a doutrina, como o próprio código de processo civil⁶² fala em "decadência" nos casos em que uma faculdade processual não foi exercida no prazo peremptório estabelecido para a sua prática.

Neste sentido é significativo o título de uma recente monografia de Balbi: "a decadência no processo de cognição." Entende este autor que a hipótese que consideramos é de decadência, a qual, por sua vez, pode ser processual ou material. Nega a existência da preclusão como *fattispecie* própria, afirmando que com esta expressão deve-se entender a perda da faculdade (ou poder) de praticar um ato processual como efeito de diversas e distintas *fattispecii*."⁶³

⁵⁹ Idem, idem.

⁶⁰ CALAMANDREI aceita a existência de um "princípio de preclusão", contrapondo-o ao "princípio de elasticidade", ou de liberdade das deduções, in Istituzioni, I. p.166 e 167.

⁶¹ Preclusione, p.909.

⁶² O art. 416, por exemplo, nos segundo e terceiro parágrafos, fala em "pena de decadência", para designar a perda de uma faculdade processual não exercida no prazo previsto; neste mesmo sentido estão os arts. 152, 154, 340 e 361. Na doutrina, entre outros, MORTARA (Manuale, p.94 e Principii, p.71, e CARNELUTTI (Istituzioni, v.I, p.341) falam de decadência para a hipótese em análise.

⁶³ BALBI, La decadenza nel processo di cognizione, p.23 e ss.

Por outro lado, mesmo os autores que acolhem sem restrição a doutrina de Chiovenda sobre a preclusão, paradoxalmente, falam de decadência no caso de decurso de um prazo peremptório.⁶⁴

Finalmente, Mortara escrevendo antes e depois de Chiovenda ter formulado o conceito de preclusão, falou sempre de decadência para expressar o fenômeno pelo qual não mais se pode exercer uma faculdade processual após o prazo para ela estabelecido.⁶⁵

Para encerrar este capítulo, nada melhor do que, as palavras de Attardi,⁶⁶ que com relação à doutrina italiana afirmava: "a noção mesma de preclusão é controversa."⁶⁷

⁶⁴ Só para citar alguns exemplos: STEA fala da preclusão como uma "decadenza speciale", in *La teoria dei termini*, p.28; SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, p.175 e ss.; LIEBMAN inclui expressamente entre as hipóteses de preclusão a "decorrência do prazo" (*Manuale*, I, p.210). Porém, fala de decadência para a mesma hipótese (*idem* p.235). E mais: sobre o prazo para recorrer afirma: "la sua scadenza importa decadenza" (*Manuale*, II, p.266), para acrescentar: "la scadenza del termine o l'acquiescenza precludono, come si è visto, la proponibilità dell'impugnazione" (*idem*, p.271). Na mesma contradição parece incorrer ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, p.395.

⁶⁵ Antes, em *Principii*: "Il compimento di un termine perentorio importa decadenza" (p.71); depois, no *Manuale*: "la inosservanza di un termine perentorio produce di regola la decadenza" (p.94) e, ainda, no *Commentario* II, p.790 e 792.

⁶⁶ *Preclusione*, p.896. Refletindo sobre o tema, conclui MANDRIOLI: "in realtà, non è facile distinguere tra decadenza e preclusione se non evidenziando l'autonoma elaborazione della nozione di preclusione nella sistematica chiovendiana impermiata sul rapporto giuridico processuale" (*Corso*, I, p.338, nota nº 19).

⁶⁷ Em defesa da autonomia do conceito de preclusão em relação à decadência, com fundamentação diversa, entre outros: REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, p.246, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, p.445-447; D'ONOFRIO, *Sul concetto di preclusione*; TESORIERE, *Contributo*, p.75-80

CAPÍTULO III

BREVE ACENO HISTÓRICO

1 ORIGEM DO INSTITUTO

A preclusão, considerada como instituto jurídico autônomo, com conceito e características próprias, no sentido em que é modernamente entendida, tem origem nos estudos de Chiovenda, desenvolvidos nos primeiros anos deste século.

Tal afirmação, contudo, não deve ser entendida no sentido de que antes das reflexões daquele autor as "condições de tempo"¹ não impusessem nenhuma consequência à omissão da parte em praticar o ato processual no momento oportuno.

Ao contrário, o próprio Chiovenda observou que "todos os processos", entenda-se todos os ordenamentos jurídicos, põem limites ao exercício de "determinadas atividades processuais."²

O que existia, porém, eram casos isolados, previstos em lei, de perda do direito à prática do ato em função do decurso do tempo. O conceito de preclusão, como visto, não se reduz a este fenômeno.

Portanto, não se pode falar em conceito, instituto ou

¹ A expressão é utilizada aqui com o sentido que lhe foi dado por STEA (La teoria dei termini nel diritto processuale civile, p.17 e ss.), ou seja, no sentido de que o ordenamento jurídico processual impõe às atividades processuais uma ordem temporal que deve ser obedecida pelas partes, sob pena de, ultrapassado o momento oportuno, perderem o direito à prática do ato processual.

² Cosa giudicata e preclusione, p.4; Instituições de direito processual civil, vol. III, p.219.

princípio de preclusão, antes do final do século passado, quando, na Alemanha, principalmente por Oscar Bülow, foram desenvolvidos os estudos que serviram de base às reflexões de Chiovenda.³

Todavia, não faltam na doutrina referências ao direito romano (do período antigo, até), ao direito canônico e outros anteriores.⁴

Somente com as ressalvas aqui feitas, é que se pode entender a alusão que faz José de Moura Rocha à preclusão nos direitos grego, romano, germânico e romano-canônico.⁵

O aparecimento do instituto da preclusão, é atribuído pacificamente, não só na doutrina italiana, a Chiovenda.⁶

Mesmo chamando para si a paternidade do conceito de preclusão,⁷ Chiovenda jamais deixou de apontar a doutrina alemã, particularmente Oskar Bülow, como ponto de partida dos seus estudos sobre o tema.⁸

³ TESORIERE, Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile, p.25. Para este autor a preclusão é "típico produto da escola alemã", ob. cit., p.26.

⁴ Veja-se, quanto à doutrina estrangeira, a crítica de TESORIERE, ob. cit., p.25-27, em nota de rodapé.

⁵ Da preclusão e da atividade processual das partes, p.29-53.

⁶ Conforme ANDRIOLLI, Diritto processuale civile, I, p.445 e Preclusione - Diritto processuale civile. In: Novissimo digesto italiano, vol. XIII, p.567; ZANZUCCHI, Diritto processuale civile, I, p.395, que diz ser a preclusão "il bel termine introdotto dal Chiovenda"; TESORIERE, La preclusione, p.28: "La ricezione avviene, com'è noto, ad opera di Giuseppe Chiovenda"; SEGNI, Procedimento civile, p.104; COUTURE, Fundamentos del derecho procesal civil, p.196; CUENCA, Derecho procesal civil, vol.I, p.276; Frederico MARQUES, Instituições de direito processual civil, vol.II, p.284, onde refere que o "*nomen juris* do instituto é devido a Chiovenda."

⁷ Cosa giudicata e preclusione, p.4; Principii, p.858.

⁸ Cosa giudicata e preclusione, p.6; Principii, p.858.

Com efeito, aquele processualista alemão, mesmo antes de Chiovenda, já falava em *präkclusion*, para indicar o fenômeno pelo qual uma das partes perde o direito (faculdade ou poder) de praticar determinado ato processual por não o ter exercido no prazo previsto. Chiovenda, no entanto, acabou por criar um instituto de conteúdo diverso daquele presente no direito alemão, como mais tarde seria constatado pela doutrina italiana.⁹

O vocábulo *preclusão*, segundo confessa o próprio Chiovenda, foi extraído das "fontes romanas", onde a *poena preclusio* era empregada com o mesmo sentido do conceito por ele formulado. Observa, contudo, que "no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena."¹⁰

Embora o código de processo civil italiano de 1865, vigente até 1940, período em que escreveu Chiovenda sobre o instituto em estudo, não mencionasse a palavra *preclusão*, a doutrina e a jurisprudência passaram a utilizá-lo amplamente.¹¹

A palavra *preclusão* somente aparece no ordenamento jurídico italiano com o código de processo civil de 1942, ainda hoje em vigência.

Transpondo fronteiras, os ensinamentos de Chiovenda in-

⁹ ATTARDI, em profunda crítica ao pensamento chiovendiano, ressalta que, em relação à doutrina alemã, "il concetto di preclusione elaborato da CHIOVENDA ha, quindi, in ogni caso un altro valore" (Preclusione 'principio di' In: Enciclopedia del diritto, vol. XXXIV, p.895). Semelhante observação é feita por Celso Agrícola BARBI, Da *preclusão* no processo civil, p.60.

¹⁰ Instituições de direito processual civil, III, p.220. Cosa giudicata e preclusione, p.4.

¹¹ Não sem uma ponta de orgulho, o próprio CHIOVENDA constata a receptividade do seu conceito de *preclusão*, afirmando que "enfim pode-se dizer de uso comum" (Principii, p.858, nota nº 1).

fluenciaram os processualistas de quase todos os países de língua espanhola, sendo que, em alguns casos, o vocábulo preclusão *preclusión* passou a constar do código de processo civil. Em sede doutrinária, no entanto, o pensamento chioveni-diano sobre a matéria foi, sem qualquer restrição, unanimemente aceito.¹²

2 DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o aparecimento do instituto da preclusão se deu de forma semelhante ao que ocorrera na Itália: doutrina e jurisprudência anteciparam-se ao texto legal.¹³

Toda a legislação anterior ao atual código de processo civil jamais mencionou o vocábulo preclusão. Contudo, embora também ausente no código de processo penal de 1940, a palavra

¹² Entre outros, veja-se: COUTURE, Fundamentos del derecho procesal civil, p.194-199; ORBANEJA E QUEMADA, Derecho procesal civil, p.168; GUASP, Derecho procesal civil, p.304 e 305; PLAZA, Derecho procesal civil español, v.I, p.323-325; RAMOS, Francisco, Derecho procesal civil, p.328; ARAGONESES, proceso y derecho procesal, p.143 e 438; ALSINA, Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial, v.I, p.736 e 737; ECHANDIA, Tratado de derecho procesal, tomo I, p.112-114; e CUENCA, Derecho procesal civil, v.I, p.276-280, que, escrevendo em 1965, observou a ausência da palavra preclusão no código de processo civil venezuelano e "na maioria dos outros códigos hispanoamericanos" (p.277).

¹³ Somente no vigente código de processo civil é que a palavra preclusão foi utilizada pela primeira vez em sede legislativa. No entanto, ainda à luz do código de 1939, vários trabalhos foram publicados sobre a preclusão, destacando-se as monografias de Antonio Alberto Alves BARBOSA (Da preclusão processual civil) e de José de Moura ROCHA (Da preclusão e da atividade processual das partes), bem como o artigo de Celso Agrícola BARBI (Da preclusão no processo civil). Quanto à jurisprudência, observa o primeiro autor citado, "que em julgados dos nossos tribunais, anteriores mesmo ao código nacional, encontram-se referências à preclusão" (p.33). O autor refere-se ao código de 1939. Anota Frederico MARQUES (Instituições, v. III, p.284) que "entre nós, tudo indica que foi GUSMÃO o primeiro a mencioná-la, muito embora o fizesse confusamente", referindo-se à monografia "Coisa julgada", ed. de 1922.

foi referida em sua exposição de motivos, onde se afirma que, para a busca da verdade, o juiz "não estará sujeito a preclusões" (nº VII).

No entanto, sem usar a palavra preclusão, tanto o código de 1939 ¹⁴, quanto os estaduais e o regulamento 737 já faziam aplicação do instituto, quando estabeleciam uma ordem legal para a prática dos atos processuais, impondo a perda do direito a praticá-los após ultrapassado o momento próprio.

¹⁴ LIEBMAN, em notas às instituições de CHIOVENDA, arrolou as "preclusões importantes" que estavam contidas no Código de 1939, (v.III, p. 224 e 225).

CAPÍTULO IV

DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS

1 INTRODUÇÃO

O tempo apresenta grande relevância para o direito em geral, mas é no campo do processo que exerce uma influência mais acentuada.

A preclusão não é o único instituto jurídico que guarda íntima relação com o tempo. Ao contrário até, outros existem em que tal relação é ainda mais acentuada.

Daí surge a necessidade de extremá-la de outras figuras jurídicas que lhe são assemelhadas, das quais, todavia, guarda perfeita distinção. Neste caso encontram-se a prescrição, a decadência e a coisa julgada.

Quanto à prescrição, a diferença não é difícil de ser percebida. A decadência e a coisa julgada, contudo, têm sido freqüentemente confundidas com a preclusão, sendo que em relação à primeira, ainda hoje, a distinção não se encontra perfeitamente delineada.

Por outro lado, além dos institutos relacionados à condição de tempo, é imperioso que se estabeleça a diferenciação entre preclusão e nulidade.

2 PRECLUSÃO E NULIDADE

Para que o processo alcance o fim a que se destina, a lei estabelece condições de tempo e de forma para a prática

dos atos processuais. As primeiras determinam o momento em que o ato deve ser praticado; as segundas, o modo pelo qual deve ser praticado. Ambas podem ser consideradas, genericamente, condições formais.¹ A inobservância dessas condições de tempo e de forma, a lei atribui conseqüências relevantes.²

Preclusão é a conseqüência da infração às condições de tempo para a prática do ato processual³; nulidade é a conseqüência da não obediência às condições formais para a sua prática. Em ambos os casos, o ato fica privado de eficácia, porém o vício que o inquina é de natureza diversa, numa e noutra hipótese.

Portanto, o ato praticado após o momento oportuno não é nulo, sendo, porém, ineficaz, isto é, não produzindo qualquer efeito na relação jurídica processual, por força da preclusão.⁴

3 PRECLUSÃO E PRESCRIÇÃO

Foge ao objeto da presente dissertação a fatigosa tarefa de distinguir prescrição e decadência.⁵ Basta a já não

¹ Veja-se a propósito os dois primeiros capítulos do livro "La teoria dei termini nel diritto processuale civile, de Carlo STEA.

² STEA fala em "sanções" (ob.cit., p.22-27). Como já observamos, porém, as conseqüências da inobservância das condições de tempo (como a preclusão, por exemplo) não têm natureza de sanção.

³ É evidente que, como discorreremos no capítulo I, a infração às condições de tempo não é a única causa de preclusão. A assertiva está vinculada ao objetivo: distinguir preclusão de nulidade.

⁴ Nesse sentido é a distinção traçada por RICCIO, La preclusione processuale penal, p.87 e 88. Todavia, há quem afirme que o ato praticado depois de decorrido o prazo porta vício de "nulidade" (MORTARA, Manuale della procedura civile, p.95; PLAZA, Derecho procesal civil, I, p.325).

⁵ Veja-se a propósito a elogiada obra de Câmara leal, "Da prescrição e da decadência", também, Antonio Alberto Alves BARBOSA, "Da preclusão processual civil", p.116-123.

menos árdua empresa de extremá-las, ambas, da preclusão.

A prescrição⁶, direta ou indiretamente, extingue o próprio direito material, a pretensão que alguém pretenda fazer valer em juízo. A preclusão, por seu turno, significa apenas a perda do direito à prática de um determinado ato processual.⁷

A distinção fica mais clara quando se considera que "a prescrição só pode ter por objeto a ação, e não o direito", como o faz Câmara Leal.⁸

Ora, se o que prescreve é o próprio direito de ação, não há como se confundir a perda deste direito, com a perda do direito à prática de um ato processual, pois este supõe o regular exercício daquele.⁹

Mesmo que se tenha a prescrição como "causa de perda de um direito por um continuado não exercício"¹⁰, distingue-se ela, do mesmo modo, e pelas mesmas razões, da preclusão.

Além do objeto, distinguem-se prescrição e preclusão pela finalidade.

Finalidade da prescrição, e também seu fundamento, é a "necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando as controvérsias."¹¹

⁶ Consideramos, aqui, evidentemente, apenas a prescrição extintiva, já que a aquisitiva não suscita o problema de que tratamos.

⁷ Esclareça-se, mais uma vez, que a preclusão não se resume a isso. É neste particular, porém, que pode ser confundida com a prescrição ou com a decadência.

⁸ Ob. cit., p.11.

⁹ Embora confundindo "ação" com "processo", é esta a distinção que faz Alves BARBOSA: "A prescrição é a perda da ação. Prescreve a ação. A preclusão, ao contrário, representa a perda, extinção, ou consumação de atos ou faculdades, dentro da ação" (ob.cit., p.123).

¹⁰ Oliveira ASCENSÃO. O direito, introdução e teoria geral, p.360.

¹¹ Câmara LEAL, ob.cit., p.14 e 15.

Portanto, na paz e na harmonia social, através da definição das situações jurídicas, está o objetivo da prescrição: primeiro, estimula aquele que vê um seu pretense direito ameaçado ou violado a provocar o poder jurisdicional do Estado para que a controvérsia seja solucionada; depois, se o interessado queda inerte, aquela situação jurídica estabiliza-se, não mais sendo possível sua modificação, o que, também, ao menos do ponto de vista jurídico, faz desaparecer o conflito.

A preclusão tem finalidade diversa, qual seja a de assegurar precisão e rapidez no desenvolvimento da relação jurídica processual, evitando o retorno a estágios já superados.¹²

4 PRECLUSÃO E DECADÊNCIA

A maior dificuldade está em se distinguir preclusão e decadência, uma vez que, no âmago, trata-se de um mesmo fenômeno.

O problema só se põe em relação à preclusão temporal, pois quanto às demais modalidades não há qualquer semelhança com a decadência.

São vários os fatores que contribuem a que os dois institutos sejam frequentemente confundidos.

Pensamos que a causa mais relevante da confusão entre preclusão e decadência está no fato de, ainda hoje, na doutrina italiana, a distinção não ter sido convenientemente

¹² Sobre a finalidade da preclusão, ver capítulo I, nº2.

traçada.¹³

Attardi, na crítica já analisada, sustentou que a perda do direito à prática de um ato processual, por decorrência do prazo em que deveria ter sido praticado, é fenômeno já conhecido do direito, sob o nome de decadência.

Ante a legislação italiana a crítica fica quase irresponsável, já que o atual código de processo civil, seguindo tradição que vem desde o código de 1865, fala em decadência¹⁴ para a hipótese em análise.

E a verdade é que, na doutrina italiana, a crítica não foi, até hoje, adequadamente respondida. Esta a razão, ao nosso aviso, que levou Attardi a novamente atacar a autonomia do conceito de preclusão, mesmo após tentativa de resposta à sua crítica.

Em sua citada monografia, Riccio acaba por excluir do conceito de preclusão a hipótese em análise, quando afirma que a decadência "é a sanção resultante da inobservância de um prazo, enquanto a preclusão não se põe em relação a prazo, mas sim à incompatibilidade lógica e histórica com a precedente atividade ou inatividade."¹⁵

Tal posição não pode ser aceita, por sacrificar o pró-

¹³ Há autores que chegam a afirmar que a "decadência seja uma preclusão específica" (RICCIO, ob.cit., p.75), o que implica, em última análise, em identificar os institutos e dar razão à crítica formulada por ATTARDI (ver capítulo I).

¹⁴ Nos artigos 208, 820 e 821, entre outros, o código de processo civil usa o vocábulo decadência para indicar a perda do direito a praticar determinado ato processual após o prazo fixado em lei.

¹⁵ La preclusione processuale penale, p.75. Nas páginas antecedentes, 69-75, o autor deixa bem claro este seu pensamento: decadência é uma sanção para o não exercício de uma atividade (direito, faculdade ou poder) dentro do prazo legal; preclusão é um "fato jurídico".

prio conceito de preclusão, a propósito de distingui-la da decadência.

Tentativa mais recente é a de Tesoriere, segundo quem a decadência "está para a preclusão como a causa para o efeito", sendo que "a primeira determina a segunda."¹⁶

Esclarece este autor que a preclusão "representa um típico efeito processual dotado de características constantes", mas que "várias podem ser suas causas", dentre as quais a decadência.

Conclui, então, Tesoriere, afirmando que a decadência pode ser substancial ou processual, nesta última hipótese dá origem à preclusão.¹⁷

Neste caso, além de proceder a crítica de Attardi, ter-se-á que dar razão também a Satta, que assim raciocinava: se a preclusão é já um efeito, errôneo é falar-se que ela produz efeito. Para ele a preclusão é simplesmente um efeito: a situação jurídica que se forma pelo decurso do prazo.¹⁸

Assim, a preclusão não seria um instituto autônomo, mas tão só uma situação jurídica, como tantas outras que, coordenadas entre si, formam o processo.¹⁹

Percebe-se, pois, que a doutrina italiana não tem definido com clareza a distinção entre os institutos enfocados.²⁰

¹⁶ Ob. cit., p.75 e 76.

¹⁷ Ob. cit., p.77-80.

¹⁸ Diritto processuale civile, p.240. Interessante observar que, para STEA, a "decadência processual" é que é efeito da preclusão (La teoria dei termini nel diritto processuale civile, p.32).

¹⁹ SATTA, Ob. e loc. cit.

²⁰ Esta indefinição levou alguns autores pátrios, como Frederico MARQUES (Instituições de direito processual civil, III, p.289), a admitir a decadência de "direitos processuais".

Na doutrina francesa, fala-se também em decadência para a hipótese em que o ato processual não é praticado no prazo legal.

Como observou Couture, nestes casos falam os franceses em *forclusion*, utilizando o vocábulo quer para o caso de perda de direito material, quer para o de direito processual.²¹

Glasson e Tissier falam da *forclusion* no capítulo dedicado aos prazos processuais, no sentido de consequência da omissão dentro do prazo estabelecido.²²

Para René Morel, a decadência é sanção decorrente da inobservância do prazo legalmente previsto para a prática do ato processual e se, inobstante, for praticado após o prazo, o ato será inválido.²³

Também na Espanha os institutos não foram perfeitamente distinguidos, dando margem à confusão. Manuel de La Plaza, por exemplo, diz que o prazo "peremptório *stricto sensu* dá lugar à decadência do direito."²⁴

O mesmo pode ser verificado em Orbaneja e Quemada, que, apesar de falarem em preclusão, "se não se realiza o ato concreto processual dentro do prazo correspondente", falam também, para a mesma hipótese, em caducidade do direito e nulidade do ato praticado.²⁵

²¹ Fundamentos del derecho procesal civil, p.195. A mesma observação é feita por Agrícola BARBI, em relação às "Pandectas belgas", que "ainda há pouco mais de meio século, tratavam sobre a mesma rubrica *Forclusion* tanto a preclusão como a decadência (Da preclusão no processo civil In: Revista Forense, vol.158, p.59).

²² Traitè theorique e pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile, II, p.355-359.

²³ Traitè elementaire de procedure civile, p.338.

²⁴ Derecho procesal civil español. V.I, p.325.

²⁵ Derecho procesal civil, p.168.

Anote-se, ainda, que, mesmo de modo um pouco confuso, a diferenciação entre prescrição, decadência e preclusão, foi efetuada por Guasp, com base no momento em que é concedido o direito e naquele em que começa a fluir o prazo dentro do qual deva ser exercitado.²⁶

Obras mais recentes, na doutrina espanhola, como a de Pedro Aragoneses e a de Francisco Ramos, já falam em preclusão para o caso de omissão das partes, em praticar o ato processual no prazo estabelecido.²⁷

Em outros países, do mesmo modo, constata-se a dificuldade em se distinguir os institutos.²⁸

Ao nosso modo de pensar, é imperioso, antes de mais, que se aceite a identidade ontológica entre preclusão e decadência. Na essência trata-se de um único fenômeno: perda de um

²⁶ São palavras suas: "como no se trata aqui de una extinción que sobrevenga a la concesión del derecho, tal cual ocurre en la prescripción, ni siquiera que la acompañe, como es de esencia en la caducidad, sino que, en el proceso, dada su estructura, las limitaciones temporales en forma de trámites están pensadas antes que su contenido de actividad, es correcto hablar ahora técnicamente de *preclusión*, en el sentido de cierre, por el transcurso del tiempo de una situación jurídica, cuya ordenación temporal precede, en realidad, a la regulación sustantiva de la misma" (Derecho procesal civil, p.305).

²⁷ ARAGONESES, Processo y derecho procesal, de 1980, p.143 e 438; RAMOS, Derecho procesal civil, p.328.

²⁸ CUENCA adota o critério de que a decadência extingue a ação e a preclusão apenas "algumas oportunidades processuais" (Derecho procesal civil, p.280); ALSINA fala em caducidade como consequência do transcurso de um prazo peremptório (Tratado teórico práctico de derecho procesal civil e comercial, I, p.747); ALCALÁ-ZAMORA, noticia que no México confunde-se, "na doutrina e na jurisprudência", caducidade e preclusão (Estudios diversos de derecho procesal, p.457). Já Arellano GARCIA reduz o conceito de preclusão à hipótese de "impossibilidade de exercer um direito fora do momento oportuno" (Teoria General del proceso, p.447).

direito por não ter sido ele exercido dentro do prazo estabelecido.

Realmente, tanto decadência quanto preclusão temporal têm em comum o caráter extintivo de direito.

Todavia, distinguem-se perfeitamente quanto ao objeto, à finalidade e aos efeitos.

Objeto da decadência são os direitos substanciais; da preclusão, os direitos (como também faculdades ou poderes) processuais. O mesmo fenômeno, decorrência do prazo, pode caracterizar a decadência ou a preclusão, segundo opere fora ou dentro do processo.²⁹

No que concerne à finalidade, vale o que se disse sobre prescrição e preclusão. A decadência, semelhante à prescrição, visa à paz e à harmonia social, ao que é indispensável a certeza das relações jurídicas. A preclusão, como já repetido, tem finalidade diversa: tornar o processo mais célere e ordenado, impondo-lhe uma ordem lógica.

Os efeitos da decadência verificam-se fora do processo, impedindo que, para conhecimento do direito em relação ao qual se verificou, inicie-se um processo. A decadência extingue o próprio direito material - a pretensão - , tornando, por assim dizer, consolidada a situação jurídica, anteriormente litigiosa.

A preclusão tem seus efeitos limitados ao processo em que ocorreu, não atingindo a pretensão do autor. Aliás, fala-se em decadência sempre em relação ao autor, enquanto que a preclusão pode operar tanto para o autor quanto para o réu.

²⁹ Ainda que demonstrando certa insegurança, CUENCA já acenava com tal distinção (Derecho procesal civil, I, p.280).

5 PRECLUSÃO E COISA JULGADA

Entre as utilidades dos seus estudos sobre a preclusão, vislumbrava, com destaque, o próprio Chiovenda o permitir a distinção entre diversos institutos processuais.³⁰ Esta, aliás, foi uma das suas constantes preocupações: caracterizar com a máxima perfeição os institutos, diferenciando uns dos outros. Para isso, se preciso, mergulhava na profundidade de suas origens romanas, base fundamental do processo civil italiano.³¹

Com este pensamento, valeu-se do instituto da preclusão para, após distingui-lo da coisa julgada, traçar a diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material.³²

A preclusão distingue-se da coisa julgada pelo objeto e pela finalidade, embora em essência trate-se do mesmo fenômeno jurídico.

Quanto ao objeto, para que se evidenciem os traços distintivos, é indispensável uma breve incursão na teoria de Chiovenda sobre a coisa julgada.

No seu pensamento, a coisa julgada substancial, ou autoridade de coisa julgada, só se forma em relação à sentença que decide o mérito da causa.

³⁰ "L'utilità maggiore dello studio delle preclusioni sta in ciò ch' esso ha permesso di differenziare case da case, istituti da istituti" (Instituzioni, II, p.480).

³¹ Exemplo cristalino desta obstinação é o ensaio "L'idea romana nel processo civile moderno".

³² Este trabalho não permite um aprofundamento sobre tal distinção que tanto preocupou a doutrina italiana, e cujo valor acabou praticamente esgotado por LIEBMAN (Efficacia ed autorità della sentenza). Portanto, limitamos nossa abordagem à utilização da preclusão como meio utilizado por CHIOVENDA para efetuarla. Anotamos, porém, que na doutrina ainda hoje há quem reconheça a validade do uso da preclusão para distinguir a coisa julgada formal da coisa julgada material (FAZZALARI, Instituzioni di diritto processuale, p.293 e 294).

Todo processo, ensinava, em todo tempo e lugar, contém necessariamente dois elementos: um elemento lógico, de natureza preparatória, que consiste em uma série de observações, de raciocínios e de *accertamenti*; e um ato de vontade, de natureza final, que é a vontade mesma da lei no caso concreto, formulada pelo juiz no dispositivo da sentença.³³

A relação, porém, entre estes dois elementos varia no tempo e no espaço, ora prevalecendo um, ora prevalecendo outro.

No direito romano, constatou Chiovenda, prevalecia o segundo elemento, ou seja, o ato de vontade. O juízo lógico, que precede o ato final, tinha um caráter meramente instrumental, subordinado e secundário, destinado, por isso, a perder toda importância no momento em que o processo atingisse sua finalidade, com a emanção do ato de vontade.³⁴

O mais importante para os romanos não era o processo em si, mas sim o seu ato final, a vontade concreta da lei, contida no dispositivo da sentença que decide o mérito.

Não surpreende, pois, a verificação de que em Roma a coisa julgada se limitava ao dispositivo da sentença, vale dizer, àquele ato de vontade concreta da lei. O que se torna definitivo com a coisa julgada não é a definição de uma questão, mas sim o reconhecimento ou a negação de um bem da vida.³⁵

Partindo daí, Chiovenda, fiel às fontes romanas, afir-

³³ L'idea romana nel processo civile moderno, p.328.

³⁴ Idem, idem.

³⁵ Idem, idem.

mava que a coisa julgada e seus limites têm uma característica essencial: de ser inerente só à decisão de mérito.³⁶

A sentença que produz a "coisa julgada" é aquela, e somente aquela, que acolhe ou rejeita o pedido do autor.³⁷

Após observar que, no desenvolver da história do direito processual, principalmente no direito intermédio italiano, o substantivo "coisa" foi esquecido, passando-se a considerar somente o adjetivo "julgada"³⁸, insistia sempre que a coisa julgada nada mais é do que a coisa (bem) objeto do litígio depois do julgamento. Antes era coisa em julgamento, *res in judicio deducta*, após recair sobre ela a decisão, tornava-se coisa julgada *res judicata*. "A coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz."³⁹

Se assim é, e Chiovenda sempre esteve convicto de que assim o era, a coisa julgada material só pode formar-se em relação à sentença que acolhe ou rejeita o pedido do autor, que lhe reconhece ou nega um bem da vida.

A preclusão, ao contrário, verifica-se em relação àquelas questões que o juiz decide no curso do processo, se-

³⁶ Sulla cosa giudicata, p.401.

³⁷ CHIOVENDA fala em sentença que acolhe ou rejeita a "demanda" do autor (Cosa giudicata e preclusione, p.2).

³⁸ L'Idea romana nel processo civile moderno, p.329. Este fato ocasionado pela inversão dos dois elementos que compõem o processo, passando a prevalecer o elemento lógico enquanto o ato de vontade "si oscura e passa in seconda linea", é que fez com que, ao contrário do que ocorria em Roma, a coisa julgada fosse estendida a todas as questões que o juiz decidia no curso do processo (idem, idem).

³⁹ Cosa giudicata e preclusione, p.8.

jam atinentes ao processo mesmo ou ao mérito.⁴⁰ Ou seja, para atingir aquele ato final, onde se exprime a vontade concreta da lei, com o acolhimento ou rejeição do pedido do autor, o juiz deve decidir várias questões que surgem no curso do processo. Tal decisão - de questões - não conduz à coisa julgada, mas sim à preclusão. A sua imutabilidade não decorre da autoridade da coisa julgada, porém da preclusão, que se apresenta como um obstáculo à renovação da questão decidida.

A finalidade da coisa julgada é a certeza das relações jurídicas, no sentido de que o estado anormal do litígio deve ser substituído, o mais rápido possível, por uma definição irrevogável dos direitos. Além do mais, a função jurisdicional não só deve por fim ao litígio, como também assegurar o gozo do bem da vida que ao autor foi reconhecido, ou dar ao réu a tranqüilidade de saber que, em relação àquele autor, o seu uso do bem não pode mais ser perturbado.⁴¹

⁴⁰ "Anche la risoluzione di questioni sostanziali, o di merito, come suol dirsi comunemente dà luogo a semplice preclusione" (Cosa Giudicata e preclusione, p.38). Aqui convém não perder de mente a diferença entre o processo civil italiano e o brasileiro: no primeiro, o mérito pode ser objeto de mais de uma sentença (por exemplo, quando o juiz rejeita uma exceção); no segundo o mérito é normalmente decidido em uma única sentença. Apenas em casos excepcionais, como na rejeição da prescrição, é que no processo civil pátrio admite-se solução fracionada do mérito. Quanto às sentenças que decidem uma questão preliminar de mérito, sem julgar toda a lide, mais tarde viriam a ser determinadas "sentenças endoprocessuais" por MONTESANO, no sentido de que os seus efeitos são circunscritos ao processo (Sentenze endoprocessuale nei giudizi civili di merito, p. 17 e ss.).

⁴¹ "Fra i vantaggi della certezza giuridica e i danni dei possibili errori del giudice nel caso concreto dà la prevalenza ai primi" (Principii, p.911).

Por isso, e aqui uma das principais diferenças, "a autoridade da coisa julgada consiste nisto somente: que nenhum juiz possa acolher pedido que tenha por objetivo, de qualquer modo, tolher ou diminuir a outrem um bem da vida conseguido em virtude de um precedente ato de tutela jurisdicional em relação à mesma pessoa."⁴²

Assim, a coisa julgada produz os seus efeitos fora do processo, enquanto os efeitos da preclusão são limitados ao processo em que se verificar.⁴³

A preclusão persegue uma outra finalidade, qual seja a de "tornar certo, ordenado e preciso o caminho do processo."⁴⁴

Logo, pode-se dizer que a preclusão é um instrumento de que se serve o legislador para conduzir o processo ao seu ato final e, com isso, obter a coisa julgada.

A coisa julgada formal é a consequência da preclusão do recurso cabível contra uma decisão que encerra o processo. Portanto, a coisa julgada formal, por si só, como *somma preclusionione*, não impede que a questão decidida seja reproposta em um futuro processo.

Assim, todas as sentenças sobre questões que não têm importância no comércio jurídico, isto é, fora do processo,

⁴² "Perciò, decorsi i termini per impugnare una sentenza, questa deviene definitiva e ne deriva che l'accertamento della volontà di legge che essa contiene diviene indiscutibile e obbligatorio pel giudice in qualunque futuro giudizio" (Principii, p.911). A coisa julgada substancial consiste "nell'aversi la pronuncia come vera volontà di legge nel caso concreto, quindi vincolativa per ogni futuro giudizio" (Cosa giudicata e competenza, p.414).

⁴³ Cosa giudicata e preclusionione, p.8.

⁴⁴ Ver Capítulo I, nº 2.

podem tornar-se definitivas, passam em julgado no sentido formal, mas não no substancial: fecham o processo ou uma parte do processo, mas não vinculam os juizes de processos futuros.⁴⁵ Tais são, por exemplo, as sentenças sobre os pressupostos processuais⁴⁶, como no caso das que decidem questões de competência.⁴⁷

Em suma, pode-se estabelecer a seguinte relação: a preclusão do direito de recorrer contra uma sentença gera a coisa julgada formal; se esta sentença define a lide, adquire autoridade de coisa julgada (substancial). A coisa julgada formal contém, por sua vez, a preclusão de todas as questões anteriores à sentença, já a coisa julgada material, além destas, implica a preclusão também de todas as questões que vissem modificar o conteúdo da sentença de mérito, ainda que não tenham sido objeto de decisão.⁴⁸

Esta visão de Chiovenda sobre a preclusão e a coisa julgada foi totalmente acolhida por Betti, que afirmou ter a coisa julgada material o seu "pressuposto necessário" na coisa julgada formal, que, por sua vez, "está na preclusão ou no esaurimento" dos meios de impugnação da sentença.⁴⁹

Fala, ainda, Betti que a coisa julgada material não só tem por base a preclusão dos meios de impugnação da sentença,

⁴⁵ Principii, p.912.

⁴⁶ Idem, p.913.

⁴⁷ Cosa giudicata e competenza, p.414.

⁴⁸ "Osservo fin d'ora che preclusa non è soltanto la facoltà di rinnovare le questioni che furono fatte e decise, ma preclusa è anche la facoltà di proporre questioni non fatte e che avrebbero potuto farsi, questioni che comunque tendono a negare o diminuire il bene riconosciuto o ad affermare il bene negato" (Cosa giudicata e preclusione, p.7).

⁴⁹ Diritto processuale civile italiano, p.583.

o que chama de coisa julgada formal, como também produz, como consequência, "uma preclusão de todas as questões que eram logicamente prejudiciais à provinda decisão."⁵⁰

É muito lúcida também a visão de Pietro-Castro, que guarda perfeita harmonia com a doutrina chiovendiana.⁵¹

No entanto, Agrícola Barbi, ao propugnar pela extinção do conceito de coisa julgada formal, propondo sua substituição pelo de preclusão, parece não ter compreendido bem a distinção feita a partir dos estudos de Chiovenda.⁵²

Para o referido autor, admite Chiovenda "e a maioria, ou quase totalidade dos juristas" que "quanto às decisões proferidas no processo, pode haver quando muito a coisa julgada formal." E acrescenta que "mais comumente, porém, naqueles trabalhos, Chiovenda se referia ao efeito dessas decisões como de simples preclusão". Daí a sua drástica conclusão: "deveria ele então chegar a última consequência, isto é, a proscrição do conceito de coisa julgada formal". Assim, "dizer que, em determinado caso, há preclusão de uma questão (isto é, que as partes e o juiz não mais podem discutí-la no mesmo processo) e dizer que há coisa julgada formal, quanto à mesma questão será, portanto, mera tautologia."⁵³

Verdade, porém, é que Chiovenda falou em coisa julgada formal, como vimos nas páginas anteriores, em relação a to-

⁵⁰ Ob. cit., p.585.

⁵¹ Derecho procesal civil, I, p.192 e 193.

⁵² Da preclusão no processo civil. In: Revista Forense, vol.158, p.62 e 63. O mesmo sucede com Rogério Lauria TUCCI, "Do julgamento conforme o estado do processo", p.69-71.

⁵³ Ob. e loc. citados.

das as "sentenças" que não têm importância no comércio jurídico, vale dizer, fora do processo.

Convém não descuidar que o conceito de sentença à época dos escritos de Chiovenda (começo do século) não era o mesmo adotado hoje no vigente código de processo civil brasileiro.

À luz da legislação vigente, útil é ainda a distinção entre coisa julgada formal e preclusão. Esta opera-se em relação às questões, de mérito ou processual, resolvidas no curso do processo, sem, contudo, extingui-lo, isto é, quanto aos despachos e às decisões interlocutórias, nos termos do artigo 162, §§ 2º e 3º do código.

Quando, porém, sem decidir o mérito, o juiz põe fim ao processo, estamos diante de uma sentença que produz coisa julgada formal apenas, já que a substancial é própria das sentenças de mérito.

Além de objetos distintos (uma operando sobre despachos e decisões interlocutórias e outra sobre as sentenças ditas terminativas), preclusão e coisa julgada formal produzem efeitos também diversos, embora sempre limitados ao processo em que se verificam.

A preclusão torna imutável uma decisão singularmente. Já a coisa julgada formal, tornando imutável a sentença, gera a imutabilidade, naquele mesmo processo, de todas as demais questões que lhe foram lógicas e anteriormente decididas. Daí porque falar-se em "preclusão máxima". Não se trata de uma mera preclusão de questão, mas sim da preclusão de todas as questões que foram suscitadas e decididas no processo.

Não é exagero aceitar que, com a coisa julgada formal, até mesmo a decisão daquelas questões ou matérias insuscetíveis de preclusão (como no caso do artigo 267, § 3º do código de processo civil) torna-se imutável dentro daquele mesmo processo.⁵⁴

Ora, se não se pode falar, nestes casos, de preclusão, e mesmo assim a decisão não pode mais ser modificada no mesmo processo, é porque outra causa gera este efeito. Tal causa é exatamente a coisa julgada formal.

Não infirma tudo o que se disse a admissão de que a coisa julgada formal decorre da preclusão do direito a impugnar a sentença.

Malgrado defenda a sobrevivência do conceito de coisa julgada formal ante o de preclusão, refutando expressamente o pensamento de Agrícola Barbi, a doutrina de Machado Guimarães, ante tudo que já se disse, não pode também ser aceita.

O mencionado autor entende que "as decisões de questões lógicas, de fato ou de direito, proferidas no curso do processo (interlocutórias), bem como as que põem fim ao processo sem julgarem o mérito ou condições de ação, constituem, se passadas em julgado, coisa julgada formal; as decisões cujo objeto é o *meritum causae* ou uma condição da ação constituem, se passadas em julgado, coisa julgada substancial."⁵⁵

Há dois evidentes equívocos no entendimento exposto. O

⁵⁴ Não é correto, portanto, falar-se que preclusão temporal e coisa julgada formal "apresentam os mesmos efeitos, têm a mesma finalidade e alcance", como o fez MARCATO (Preclusões: limitações ao contraditório? In: Revista de processo, vol.17, p.110).

⁵⁵ Estudos de direito processual civil, p.15.

primeiro é que, e isto ficou bem claro já no pensamento chiovendiano, as decisões proferidas no curso do processo (interlocutórias), quer atinentes ao mérito, quer atinentes a questões processuais, *não fazem coisa julgada*, nem mesmo no sentido formal. Em relação às decisões interlocutórias o que se produz é a *preclusão*, que as torna imutáveis no mesmo processo em que foram proferidas.⁵⁶

Por outro lado, e aqui o segundo equívoco, ao menos à luz do atual código de processo civil, a decisão "cujo objeto é ... uma condição da ação" jamais constitui coisa julgada substancial.

A hipótese merece um pouco de reflexão: a decisão a respeito de uma condição da ação pode gerar preclusão ou coisa julgada formal, conforme o caso.

Sucedem que, se o juiz decidir pela presença da condição da ação, ao declarar saneado o processo, que é o momento ideal (não o único) à apreciação desta matéria, terá proferido decisão interlocutória, pois não estará extinguindo o processo (art. 162, § 2º). Portanto, a decisão interlocutória, se não impugnada por agravo de instrumento, estará preclusa

⁵⁶ LIEBMAN não poderia ter sido mais claro: "quando, verificando-se os casos indicados, a decisão interlocutória se tornou imutável, temos uma "preclusão" (Decisão e coisa julgada, p.332). De modo um pouco vago, Amaral SANTOS afirma que "poder-se-á dizer que as decisões interlocutórias fazem coisa julgada formal" (Comentários ao Código de processo civil, IV, p.465). Pela mesma razão é de ser refutada a opinião de Theodoro JUNIOR, de que quando, no saneador, se repelir arguição de prescrição ou decadência (art. 269, IV), embora sem extinção do processo, haverá coisa julgada material, por se tratar de "solução de questão de mérito" (Processo de conhecimento, p.444).

para o próprio juiz que a proferiu.⁵⁷ Pode-se até objetar que nem mesmo preclusão ocorrerá. Contudo, coisa julgada, com certeza, não haverá, nem formal nem, muito menos, substancial.

Decidindo o juiz pela carência de ação, ter-se-á sentença terminativa, sem apreciação do mérito (art. 267, IV), que produz tão somente a coisa julgada formal.

Enfim, calha bem a advertência de Moniz de Aragão: "É essencial pôr de lado preconceitos; para poder aplicar este código adequadamente o conteúdo do pronunciamento não é dado decisivo."⁵⁸

⁵⁷ Este é o pensamento esposado nesta dissertação. A opinião dominante, porém, é que, face ao que dispõe o art. 267, §3º, a matéria atinente às condições da ação e aos pressupostos processuais é imprecluível. Assim, o juiz que reconhecer presente determinada condição da ação, mesmo ausente o agravo, poderá, depois, ao sentenciar, por exemplo, decidir de modo contrário e decretar a carência de ação. A este tema é dedicado o último capítulo desta monografia.

⁵⁸ Exegese do Código de processo civil, vol.IV, t.1. p.26.

CAPÍTULO V

A PRECLUSÃO NO ATUAL PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1 A RIGIDEZ DO PROCEDIMENTO

O processo civil brasileiro, por herança do processo comum medieval, é informado por dois "princípios diretores"¹, quais sejam "o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si... e o princípio da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou defesa, ainda que contraditórios entre si."²

As palavras acima transcritas, embora tenham se referido ao código de processo civil de 1939, mantêm-se perfeitamente adequadas ao atual código, pois, no que concerne ao tema ora tratado, não se verificaram profundas modificações.

O código usa o vocábulo preclusão em apenas três artigos (245, 473 e 601). Este fato, porém, não significa que o princípio da preclusão não seja amplamente aplicado e que prevaleça o princípio contrário da liberdade ou elasticidade do procedimento.

¹ A expressão é de Agrícola BARBI, Da preclusão no processo civil. In: Revista Forense, vol.158, p.61

² A constatação é feita por LIEBMAN, Notas às Instituições de CHIOVENDA, III, p.223. A mesma observação é feita por Machado GUIMARÃES, Estudos de direito processual civil, p.9 e 10.

O procedimento é rígido, impondo uma ordem legal entre as atividades processuais, dividido em fases destinadas à prática de certos atos processuais, sendo que a passagem de uma a outra etapa importa, quase sempre, preclusão da faculdade de praticar atos que deveriam ter sido realizados na anterior.

As normas fundamentais e gerais sobre a preclusão estão nos artigos 294 (proibição ao autor de formular no mesmo processo pedido que não constou da inicial, exemplo de preclusão consumativa); 297 e 300 a 303 (estabelecem o princípio da eventualidade para as defesas do réu); 183, que descreve a preclusão temporal; 471 e 473, que disciplinam, respectivamente a preclusão que se opera em relação às decisões do juiz e aquelas que se verificam quanto às faculdades das partes.

Fora essas regras gerais, o código aplica, em vários dispositivos específicos, o instituto da preclusão, em todas as suas modalidades.³

2 ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

O artigo 294 do código prevê que "quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo."

Este dispositivo contempla caso típico de preclusão consumativa, impondo ao autor a impossibilidade de, uma vez ajuizada a petição inicial, alterar-lhe o pedido.

³ Exemplo de preclusão lógica (de temporal e consumativa já consta no texto) está no art. 503, que disciplina a aceitação tácita, ou aquiescência, da sentença.

Não admite o código qualquer exceção: mesmo que haja concordância do réu, ou até mesmo antes de sua citação, a formulação de novo pedido, não constante da inicial, é defesa.

Questão que não pode deixar de ser enfrentada surge com as disposições do artigo 264 e seu parágrafo único, pelos quais, após a citação "é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu" e, após o saneamento "a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida."

Portanto, embora não possa formular pedido que omitira na inicial, o autor pode modificar ou alterar (os verbos são usados como sinônimos) o pedido ou a causa de pedir até o saneamento do processo. Após a citação, dependerá da anuência do réu, formalidade que, obviamente, lhe é dispensada antes da citação.

Trata-se da antiga questão de se caracterizar a *mutatio* proibida, da *emendatio* permitida.

O código de processo civil italiano, no artigo 183, fala em "modificar" ou "precisar" a demanda. Podemos vislumbrar aí uma trilha para a caracterização da modificação do pedido: tudo que se destina a "precisar", especificar, esclarecer o pedido não importa em sua alteração. Nesse sentido é a decisão citada por Arruda Alvim: "se o autor, durante o processo, prestar esclarecimento sobre os fatos alegados na inicial, não está sendo alterada a causa de pedir ou o pedido", ou, ainda, "o autor pode, após a contestação, corrigir erros para imprimir maior precisão ou maior clareza ao objeto da ação."⁴

⁴ Código de processo civil e legislação extravagante - Anotações jurisprudência e doutrina, p.160.

A conversão de processo de execução em processo de conhecimento, ou vice-versa, importa em mudança do pedido e não simples alteração, sendo pois, proibida.⁵

O pedido de separação judicial não pode ser transformado em pedido de divórcio, por caracterizar a mudança vedada.⁶

Enfim, o código impõe ao autor, já no nascedouro da relação jurídica processual, a preclusão do pedido que, embora lhe fosse lícito formular, omitiu na petição inicial.

3 PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

É da tradição do nosso direito processual civil a presença do princípio da eventualidade, "que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si."⁷

Afirmando ser este "um dos mais importantes princípios adotados pelo código de 1939, conforme ressalta dos artigos 158, 180 e 181", Agrícola Barbi, diz que "consiste no princípio segundo o qual todos os meios de ataque e de defesa devam ser apresentados de uma só vez, com a inicial ou com a contestação, ainda que haja contradição entre eles, *in eventum*

⁵ Moniz de ARAGÃO, Comentários ao Código de processo civil, II, p.391; Calmon de PASSOS, Comentários ao Código de processo civil, III, p. 264; decisão na mesma linha é citada por Arruda ALVIM, ob. cit., p.159.

⁶ R.T. 572/82.

⁷ No direito italiano, ao contrário, a tradição é, por influência do processo francês, a liberdade das partes na apresentação de suas defesas. Tal referência é feita também por LIEBMAN (Notas às instituições de CHIOVENDA, III, p.223).

que alguns sejam rejeitados, caso em que serão apreciados os demais."⁸

Alguns autores fazem uma excessiva aproximação do princípio da eventualidade com o instituto da preclusão, chegando mesmo, às vezes, a identificá-los.⁹

Esta aproximação, contudo, deve ser examinada com cuidado, principalmente porque a identificação é, sem dúvida alguma, um grande equívoco.

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 ou defesa que não foram apresentados no momento oportuno. Porém, não é este o único caso em que se verifica a preclusão, que, como visto, atinge inclusive os poderes do juiz.

Ainda, mesmo em sistemas onde não se acolhe o princípio da eventualidade, como ocorre no direito italiano, o instituto da preclusão pode encontrar aplicação relativamente às atividades processuais desenvolvidas após a inicial e a resposta do réu.

Podemos formular a seguinte assertiva: o princípio da eventualidade está sempre acompanhado do princípio da preclusão; a recíproca, contudo, não é verdadeira, já que, mesmo na

⁸ Ob.cit., p.61. Sobre o princípio, em si, veja-se o artigo de Everaldo de SOUZA, na Revista Forense, nº 251, p.101. Aplicação do princípio, com a consequente preclusão, encontra-se no acórdão publicado na R.T. nº 613, p.95.

⁹ COUTURE, Fundamentos del derecho procesal civil, p.197; ARAGONESES, Processo y derecho procesal, p.438; PLAZA, Derecho procesal civil español, I, p.324; ECHANDIA, Tratado de derecho procesal civil, I, p.113, onde se lê: "o princípio da eventualidade, também chamado de preclusão...".

ausência daquele, pode operar este.¹⁰

O código de 1973, seguindo a tradição brasileira, adotou o princípio da eventualidade em todo o seu rigor.

Ao autor é vedada, como vimos, a formulação de pedido que omitira na inicial, além de ser também defesa a modificação do pedido ou da causa de pedir, sem o consentimento do réu que já tenha sido citado e, em nenhuma hipótese, a alteração é permitida depois de declarado saneado o processo.

Quanto ao réu, o artigo 297 já o obriga a oferecer, dentro do mesmo prazo, contestação, exceção e reconvenção. Concentram-se assim, nesse momento, o da resposta, todos os meios de defesa (contestação e exceção) e de ataque (reconvenção) de que pretenda se valer o réu.

O artigo 300 diz que: "Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas¹¹ que pretende produzir." Completando esta norma, estabelece o artigo 301, que, "antes de discutir o mérito", compete ao réu alegar todas as defesas processuais para as quais não se exige a forma de exceção (matérias enumeradas nos incisos do artigo 301).

Assim, decorrido o prazo para a resposta, preclusas ficam todas as defesas de que dispunha o réu, como também a faculdade de reconvir. No que tange aos meios de defesa, por força do que está disposto no § 3º do artigo 267 e no § 4º do

¹⁰ O equívoco ora analisado não passou despercebido para Agrícola BARBI, Da preclusão no processo civil. In: Revista Forense, vol.158, p.61 e 62.

¹¹ Arruda ALVIM anota a seguinte decisão: "não tendo o réu, na contestação, indicado os meios de prova de que pretende se utilizar é de se dispensar a produção dessa prova (Código, p.193). A aplicação do instituto da preclusão em matéria de prova é analisada no nº 6, infra.

artigo 301, as matérias neles referidas não estão sujeitas à preclusão, já que delas "o juiz conhecerá de ofício."¹²

Afastando qualquer dúvida sobre a preclusão da defesa não apresentada na contestação, o artigo 303 arrola os casos em que são permitidas "novas alegações": "direito superveniente", matérias que "competir ao juiz conhecer delas de ofício", confirmando o que se disse no parágrafo acima; e quando "por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo."

As exceções estabelecidas, longe de infirmar o princípio geral, confirmam-no: fora os casos ressalvados, ficam preclusas todas as demais defesas não formuladas na contestação.

É o princípio da eventualidade vigendo em toda sua plenitude, tanto para o autor quanto para o réu, no atual código de processo civil.¹³

4 PRECLUSÃO DE FACULDADES PROCESSUAIS

O código dedica dois artigos à disciplina da preclusão das faculdades processuais das partes.

O primeiro deles, artigo 183, trata da preclusão temporal: "decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de de-

¹² Trata-se do assunto objeto do Capítulo V deste trabalho.

¹³ LIEBMAN apresenta as vantagens e as desvantagens do sistema italiano, onde não se acolhe o princípio da eventualidade; dá maior variedade e agilidade ao processo, acomodando-o melhor ao caso concreto, porém favorece "as manobras dilatórias, a desordem no movimento processual e as surpresas" (Notas às Instituições de CHIOVENDA, III, p.223). Mais claramente, PLAZA afirma que o princípio existe para evitar "as maquinações das partes" (Derecho procesal civil español I, p.324), Antunes VARELA vê nele uma "homenagem ao princípio basilar da boa-fé processual (do jogo franco e leal)", no Manual de processo civil, p.298.

claração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa." A própria literalidade do dispositivo deixa bem claro que seus destinatários são as partes, e não o juiz, uma vez que este não está sujeito à preclusão temporal.¹⁴ Além do mais, os prazos assinalados para o órgão jurisdicional são sempre impróprios, isto é, o seu descumprimento não gera qualquer consequência processual.

Outra questão que fica superada pela letra do artigo 183 é a que se refere à possibilidade de o juiz declarar de ofício a preclusão.¹⁵ A referência de que a preclusão independe de "declaração judicial" bem evidencia a possibilidade de ser decretada de ofício, pois esta hipótese é o menos, em relação à desnecessidade de declaração, que é o mais.¹⁶

O segundo dispositivo disciplinador da preclusão que se produz em relação às partes é o artigo 473: "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão."

A preclusão temporal é a que menos dificuldade suscita, pois é mesmo intuitivo que a decorrência do prazo peremptório (melhor seria dizer fatal) implique a perda do direito

¹⁴ Sobre a preclusão dos poderes do juiz, no atual código, falar-se-á no nº 5, infra.

¹⁵ Alves BARBOSA, Da preclusão processual civil, p.125, STEA demora-se sobre a questão para concluir que "a decadência processual, como efeito da preclusão, opera de pleno direito *ope legis* mas não contra a vontade da parte interessada em alegá-la", que pode, inclusive, renunciar a este "meio liberatório" (La teoria dei termini nel diritto processuale civile, p.32). MORTARA, embora falando em decadência, entendia que o juiz somente poderia decretá-la nos "casos em que isto for taxativamente ordenado pela lei" (Principii di procedura civile, p.71).

¹⁶ Anota Moniz de ARAGÃO que "decorrido o prazo, está automaticamente verificada a preclusão temporal" (Comentários ao Código de processo Civil, III, p.128).

à prática do ato.

O artigo 473, contudo, não faz qualquer distinção quanto às modalidades de preclusão: seja temporal, lógica ou consumativa, impedirá sempre a rediscussão da matéria.

Assim, verificada a preclusão consumativa (em relação ao pedido não formulado na petição inicial, por exemplo - artigo 294) ou a preclusão lógica (da faculdade de contestar a ação de despejo por falta de pagamento, se o réu pediu prazo para purgação da mora) incide também a regra do artigo 473, inviabilizando que as partes retornem à discussão da matéria, ou seja, que o autor formule o pedido omitido, ou que o réu conteste o pedido de despejo, nos exemplos dados.

A preclusão temporal das decisões proferidas no curso do processo pode ser afastada com a interposição do agravo, de instrumento ou retido. É o que diz, não de forma absolutamente clara, o artigo 516 do código.¹⁷

As outras duas modalidades - lógica e consumativa - verificam-se irremediavelmente, não havendo como evitá-las: praticado o ato, dá-se a preclusão consumativa; a prática anterior do ato incompatível com o que se pretende praticar, produz a preclusão da faculdade de praticá-lo.

Mesmo com relação à preclusão por observância da ordem legal dos atos processuais, que é espécie de preclusão temporal, não há como afastá-la. É o que se dá, por exemplo, no caso do artigo 245. Impossível, nesta hipótese, evitar-se a pre-

¹⁷ O artigo 267, § 3º, afasta a preclusão, mesmo na ausência do agravo, da decisão sobre as condições da ação e os pressupostos processuais, no caso de juízo positivo, já que na hipótese contrária (de juízo negativo) haveria extinção do processo. Ver Capítulo VI desta dissertação.

clusão através do agravo; ou a parte argúi a nulidade na primeira oportunidade em que falar nos autos; ou não o faz e, então, verifica-se a preclusão desta faculdade processual. Convém ressaltar que o artigo 245 não se aplica aos casos de nulidades que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.¹⁸

5 PODERES DO JUIZ E PRECLUSÃO

A preclusão, como ficou assentado, pode atingir tanto as faculdades das partes quanto os poderes processuais do juiz.¹⁹

Neste momento ocupamo-nos apenas da disciplina que o código de processo civil dá à matéria.

Conquanto não haja uniformidade de opiniões sobre o conteúdo da regra constante do artigo 471, pensamos que ele contém a preclusão, para o juiz, das decisões proferidas no curso do processo.

Esta norma - "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide" - refere-se à coisa julgada material e à preclusão.

Normalmente o intérprete vincula-a somente à coisa julgada material, o que é de certa forma compreensível, já que está inserida na seção dedicada àquele instituto.

¹⁸ No esquema de nulidades proposto por Galeno LACERDA, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a nulidade absoluta e a relativa, não o podendo apenas a anulabilidade (Despacho Saneador, p.124-132). Especialmente: "ao proceder a essa análise, que poderá ser oficiosa ou provocada nos casos de nulidade absoluta e relativa, e somente provocada nos de anulabilidade..." (p.127-128). Nesse mesmo sentido, Moniz de ARAGÃO, Comentários ao Código de processo civil, II, p.365 e 366. No esquema sugerido por Tereza Arruda Alvim PINTO, somente as nulidades absolutas podem ser "decretáveis de ofício e a requerimento das partes;" as nulidades relativas "só as partes podem arguí-las" (Nulidades da Sentença, p.113).

¹⁹ Ver Capítulo I.

Nesse sentido são os comentários de Amaral Santos que, já no título que dá ao nº 363 de sua obra, revela sua intuição: "a coisa julgada projeta-se para o futuro."

Entende, pois, esse autor, que o objetivo da norma é proteger a coisa julgada material, impondo-a "ao juiz do processo, em que as questões foram decididas, como a qualquer outro juiz, em outro processo, a que se apresente a mesma li-de... O que ficou decidido, com autoridade de coisa julgada material, é imutável e indiscutível perante o mesmo ou outro juiz, no mesmo ou em outro processo."²⁰

Sem dúvida alguma, o artigo 471 tem este objetivo, que, aliás, já seria alcançado mesmo na ausência dele, pelos artigos 467 e 468 do código. Mesmo assim, ainda que com um certo tom repetitivo, o artigo 471 tem a finalidade exposta na citação acima.

O escopo do artigo 471, contudo, não se esgota aí. Com efeito, visto sob outro ângulo, impõe ele a impossibilidade de, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, o juiz, no mesmo processo, evidentemente, decidir "novamente as questões já decididas."

É que, ao se referir a "nenhum juiz", o dispositivo em exame inclui também o próprio juiz da causa. Por outro lado, o verbo empregado "decidir" se refere tanto às sentenças, quanto às decisões, no sentido da conceituação dada pelo artigo 162, parágrafos 1º e 2º. Logo, a proibição contida no artigo 471 não surge apenas com a sentença, mas também, para

²⁰ Comentários, IV, p.452.

o próprio juiz, com as decisões interlocutórias.²¹

Neste aspecto é que o dispositivo enfocado relaciona-se com a preclusão.

O juiz, antes de proferir a sentença, decide questões que lhe são logicamente antecedentes. O mais freqüente é que tais questões sejam de natureza processual, mas pode ocorrer também que atinem ao mérito.

Quanto a estas decisões, não se pode falar em coisa julgada, material ou formal.²² A imutabilidade que elas adquirem dentro do processo é ensejada pela preclusão.

Portanto, as decisões proferidas pelo juiz no transcurso do processo, salvo se impugnadas pelo agravo, e também se a preclusão não for expressamente afastada por lei, ficam preclusas, isto é, as questões nelas decididas, não poderão mais ser objeto de nova decisão.

O nosso código admite, pois, que a preclusão possa atingir os poderes do juiz.²³ Ocorre que, como ficou assentado no primeiro capítulo desta dissertação, nem sempre a preclusão opera em relação ao juiz, sendo, assim, imperioso que se formule, ante suas disposições, um esquema geral.

Perante o código, podem-se classificar os atos que o juiz pratica no processo em quatro categorias: sentenças, de-

²¹ Esta é a interpretação de Antonio Vidal Ramos VASCONCELOS, O Pedido de Reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais. In: Revista dos Tribunais, vol. 616, p. 17.

²² Ver Capítulo III, nº 5.

²³ Curiosa opinião é referida por João Batista LOPES: influenciado pela equivocada visão de RICCIO, afirma que a preclusão é "instituto que diz respeito às partes não atingindo o juiz". No entanto, entende que a "atividade jurisdicional deve ser exercida uma única vez", pois a "proibição de o juiz decidir novamente as questões já decididas independe, a nosso ver, de regra legal expressa, porque o princípio do *ne bis in idem* está insito no sistema" (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. In: Revista de Processo nº 35, p. 32 e 33).

cisões interlocutórias, despachos e despachos de mero expediente (artigos 162 e 504). Os três primeiros são conceituados pelo próprio código, nos parágrafos do artigo 162, e o último tem os seus caracteres traçados pela doutrina e pela jurisprudência.

Como fica difícil distinguir decisão interlocutória de despacho, e já que tal distinção não tem qualquer consequência prática no sistema do código, melhor teria sido se o legislador não falasse em "despacho de mero expediente" ou "despacho de expediente", como faz nos artigos 504 e 189, I, respectivamente, mas tão somente em "despacho", para se referir àqueles pronunciamentos do juiz que não têm conteúdo decisório, mas se destinam simplesmente a impulsionar o processo, ditos, por isso, de simples impulso processual.²⁴

Podemos, contudo, formular o seguinte esquema quanto aos atos do juiz: sentenças, pronunciamentos que extinguem o processo; decisões interlocutórias, todas aquelas em que o juiz resolve questões, de mérito ou processuais, no curso do processo, sem extingui-lo; e despachos, atos de simples impulso processual, destituídos de qualquer conteúdo decisório.²⁵

Os pronunciamentos a que chamamos de despachos, e que para o código são "despachos de mero expediente", são aqueles que, por não terem conteúdo decisório, nenhum gravame ou prejuízo, ainda que meramente processual, podem acarretar às par-

24 Barbosa MOREIRA, Comentários ao Código de processo civil, V, p. 397.

25 Barbosa MOREIRA, ob.cit., p.273-280.

tes: "a locução despacho-de-mero-expediente é incompatível com a idéia de solução de qualquer assunto: supõe unicamente atos incapazes de lesar a quem quer que seja."²⁶

Vejamos agora a preclusão em relação a tais pronunciamentos.

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.

Os despachos de simples impulso processual, chamados pelo código com o acréscimo do adjetivo "de expediente" ou "de mero expediente", não tendo conteúdo decisório, estão imunes à preclusão, pois esta atinge apenas as decisões.

Restam pois, as decisões interlocutórias, que, ressalvada a hipótese de expressa disposição legal em contrário, estão sempre sujeitas à preclusão, não fazendo diferença que tenham decidido questão processual ou de mérito.²⁷

²⁶ Moniz de ARAGÃO, Considerações práticas sobre agravo, p.64. Barbosa MOREIRA refere os seguintes exemplos: "quando abre prazo a qualquer das partes para falar nos autos, ordena a remessa destes ao contador, manda proceder à anotação de reconvenção ou de intervenção de terceiro pelo distribuidor (art. 253, § único), designa dia, hora e lugar para ouvir a parte ou a testemunha impossibilitada de comparecer à audiência (art. 336, § único), ou para a prestação de compromisso pelo perito e pelos assistentes técnicos (art. 422) etc." (Comentários ao Código de processo civil, V, p.397). Vários outros casos, que caracterizam e que não caracterizam despacho de mero expediente, são mencionados por Arruda ALVIM (Código, p.301-303).

²⁷ Antonio Vidal Ramos VASCONCELOS, afirma que "em prol da segurança do direito, a lei cerceia novo julgamento da mesma questão pelo mesmo juiz", arrolando diversas decisões que adotaram este entendimento (O pedido de reconsideração... p.18). Nesse sentido, invocando expressamente os arts. 471 e 473 do Código de processo civil, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no R.E. nº 95.561-5-60, acórdão publicado no D.J.U. de 21/05/82.

O código ressalva expressamente, imunizando-as da preclusão, as questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, embora não seja esta uma matéria pacífica (art. 267, § 3º). Outra matéria não sujeita à preclusão, ao menos para o juiz, é a relacionada com a instrução probatória da causa.

À primeira delas - preclusão da decisão sobre os pressupostos processuais e condições da ação - dedicamos o último capítulo desta monografia; a segunda - preclusão em matéria de provas - é abordada no número seguinte.

6 PROVAS E PRECLUSÃO

A importância da prova no processo é universalmente reconhecida.²⁸

Para que o juiz decida a causa, aplicando a lei aos fatos, é imprescindível que estes fiquem demonstrados, finalidade a que se destina a atividade probatória.

Responsáveis pela produção da prova são as partes, a quem, em princípio e mais de perto, interessa a demonstração dos fatos subjacentes às suas alegações.

Assim é que se diz que o ônus da prova incumbe às partes. Observando que "não se trata de dever, nem de obrigação; tampouco confere qualquer direito à contraparte", Moniz de ARAGÃO conceitua ônus como "a tarefa que incumbe ao litigante de cujo desempenho poderá obter uma posição de vantagem."²⁹

²⁸ Moniz de ARAGÃO, Exegese do Código de processo civil, vol.IV, T. I, p.50.

²⁹ Ob.cit., p.85.

Ao lado do ônus, reconhece-se, simultaneamente, um direito à prova.³⁰

Este direito, muitas vezes, como acontece na Espanha, é expressamente atribuído pela Constituição (Artigo 24,2). Em outros casos, como é exemplo o Brasil, o direito à prova, embora não esteja expressamente previsto, encontra-se tacitamente protegido a nível constitucional, uma vez que "certamente está incluído no originário direito de defesa."³¹

A Constituição Federal, recentemente promulgada, reconhece o direito à defesa nos seguintes termos: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Artigo 5º, IV).

O código de processo civil, no que diz respeito à prova, estende esse direito a "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" (Artigo 332).

Têm, pois, as partes, o direito subjetivo processual à produção da prova.

As modernas legislações processuais têm atribuído ao juiz o que se convencionou chamar de "poder de iniciativa probatória", em razão do qual pode ele determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias à instrução da causa.³²

³⁰ Moniz de ARAGÃO, ob. cit., p.50, principalmente a nota de rodapé (nº 48) onde consta opinião nesse sentido, de vários autores.

³¹ Cunha GONÇALVES, Tratado de Direito Civil, XIII, 2, p.997.

³² Embora altamente elogiada por alguns, como é o caso de Barbosa MOREIRA (O juiz e a prova, Revista de Processo, 35/178), vozes abalisadas criticam a atribuição de tal poder ao juiz, como faz LIEBMAN, para quem, assim comprometida fica a sua imparcialidade.

O código de processo civil, no artigo 130, atribui semelhante poder ao juiz.

No que concerne ao objeto desta dissertação, o problema a ser enfrentado é o seguinte: a preclusão atinge as faculdades das partes em matéria probatória? O poder de iniciativa do juiz está ou não subordinado à preclusão?

Vejamos a primeira questão.

As partes devem requerer as provas que pretendam produzir na petição inicial e na contestação (artigos 282, VI e 300). Estes dispositivos tinham o claro objetivo, como decorre de sua própria literalidade, de constranger as partes a especificarem, já no início do processo, as provas de que pretendiam se valer "para demonstrar a verdade dos fatos alegados." Com isso, banido estaria o protesto genérico tão usual na vigência do código anterior.

O objetivo não foi alcançado. Primeiro, porque a jurisprudência não aplicou o dispositivo no seu rigor gramatical e continuou admitindo o protesto genérico, por todos os meios de prova. Este entendimento parece o mais consentâneo com a realidade do processo, uma vez que somente com o seu desenvolver é que as partes terão reais condições de precisar os meios de provas necessários à demonstração dos fatos que lhes interessam.³³

Com isso a prática acabou por criar verdadeira norma jurídica processual, que impõe ao juiz, antes da declaração

³³ Este é justamente o argumento utilizado pelo S.T.F. para admitir o protesto genérico, consoante se observa dos acórdãos publicados na R.T.J. 106/157 e R.T. 580/260.

de saneamento do processo, abrir às partes a faculdade de especificarem as provas que "efetivamente pretendem produzir."³⁴

Segundo, e o que vai ainda mais contra o objetivo do código, admite-se o direito à produção de provas mesmo quando não houve requerimento na inicial ou na contestação.³⁵

Percebe-se, pois, que a jurisprudência atenuou profundamente a aplicação do princípio da preclusão em relação às provas.

Criticando decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que admitiu ser "irrelevante a omissão na inicial de requerimento de provas, porque no direito de ação está insito o direito à produção de provas", Calmon de Passos faz a seguinte advertência: "Esqueceu-se o ilustre Tribunal do instituto da preclusão. O direito de ação inclui um grande número de relevantes faculdades, mas elas devem ser exercidas no tempo próprio e pelo modo adequado.

Isso é também relevante, porque representa garantia processual ao adversário. Deve-se, pois, sempre, colocar o problema em termos de preclusão, atendido o sistema posto pelo direito positivo."³⁶

Mais adiante, acrescenta que "o que se disse quanto à especificação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados... vale para o réu, em

³⁴ Assim já decidiu o T.F.R.: "antes de sanear o processo, deve o juiz determinar que as partes especifiquem as provas que desejam produzir" (Theotônio NEGRÃO, Código de processo civil, nota nº 2 ao art.331, p.168.

³⁵ R.T. 495/83 e Revista de Processo nº 5, p.295.

³⁶ Comentários ao Código de processo civil, III, p.193.

sua contestação."³⁷

Entendemos, por essas palavras que, para o referido autor, a faculdade de as partes produzirem prova está sujeita à preclusão. Opinião com a qual concordamos, inclusive nos fundamentos, aduzindo apenas que no instituto da preclusão encontra-se, além do interesse da parte contrária, a tutela também do interesse público em que o processo seja ordenado e eficiente.³⁸

A jurisprudência também reúne decisões com tal entendimento: "não tendo o réu, na contestação, indicado os meios de prova de que pretende se utilizar é de se dispensar a produção dessa prova."³⁹

A inclinação da jurisprudência em atenuar a incidência da preclusão em matéria probatória verificou-se também em relação aos prazos relativos aos meios de prova específicos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu não ser preclusivo o prazo de cinco dias para a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos (artigo 421, § 1º), o que seria permitido até "que não tenham sido iniciados os

³⁷ Ob.cit., p.284.

³⁸ STEA chega ao ponto de afirmar que "parece provável que sejam exatamente as condições de tempo que geraram o aparecer do elemento publicístico no processo civil", porque "a organização social tende ao 'acertamento' da norma e à sua atuação coata com o mínimo emprego possível de tempo e de atividades processuais" (La teoria dei termini nel diritto processuale civile, p.17 e 21). Assim também pensa ZANUCCHI: "Com o afirmar-se da concepção publicística do processo, a tendência da doutrina e da legislação manifesta-se no sentido de uma mais larga aplicação das causas de preclusão no campo do processo" (Diritto processuale civile, V. I, p.396).

³⁹ Decisão do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, citada por Arruda ALVIM, Código, p.193.

trabalhos periciais."⁴⁰ O curioso é que, assim, uma preclusão temporal acaba sendo transformada em preclusão por fase do processo: iniciada a perícia, preclusa fica a faculdade de indicar assistentes e formular quesitos.

Em resumo: a jurisprudência, no que concerne à matéria de prova, atenua a preclusão temporal, dando uma certa flexibilidade aos prazos fixados para as partes exercerem suas faculdades.

A falta de uma visão mais clara sobre o princípio da preclusão, ao nosso ver, é a causa dessa situação oscilante em que se encontra a jurisprudência.

O artigo 183, já considerado no nº 4, supra, contempla a preclusão temporal, pela qual perde a parte a faculdade processual que não exerceu no momento (entenda-se prazo) próprio.

O instituto da preclusão, como já mencionado, atende também, e principalmente, ao interesse público que está no processo. Por outro lado, inexistente no código qualquer regra que autorize a atenuação, muito menos a eliminação das preclusões em matéria probatória.

Conclusão inarredável é que, no sistema do código, a preclusão das faculdades processuais opera em matéria de provas, como se produz em relação a qualquer outra matéria, ressalvadas, apenas, aquelas contempladas no artigo 267, § 3º.

⁴⁰ R.T. 603, p.113 e 114. Em sentido contrário, afirmando que "a tendência é para considerar preclusivo o prazo de cinco dias", Theotônio NEGRÃO anota várias decisões (Código, p.186). Decisões em ambos os sentidos são arroladas por Arruda ALVIM (Código, p.240). Moniz de ARAGÃO assim resume os entendimentos sobre a questão: "o prazo de cinco dias nem sempre tem sido considerado fatal" (Exegese do Código de processo civil, vol.IV, T. 2, p.157).

Poder-se-ia levantar duas objeções contra esse entendimento: a relevância da prova no processo e que, também no processo civil, encarado hoje do ponto de vista publicístico, busca-se a *verdade material*, objetivo que seria obstaculizado pela incidência de preclusões.

Ambas podem ser convenientemente respondidas.

A concepção pela qual, no processo civil, está presente o interesse público, não é incompatível com o princípio dispositivo, pelo qual compete às partes alegar e provar os fatos que lhes interessam. Portanto, por maior relevância que tenha a prova, a faculdade de provar encontra-se na esfera do poder de disposição da parte. Assim sendo, nenhum inconveniente há em admitir-se a preclusão de tal faculdade, se não exercida no momento oportuno.

Fato bem mais grave que a preclusão da faculdade de produzir determinada prova é a preclusão da faculdade de contestar o pedido do autor, que dá origem à revelia e, no nosso direito positivo, à presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial (artigo 319, obviamente, com as ressalvas do artigo 320).

Ora, o prejuízo que decorre da revelia é incomparavelmente superior ao que se origina da preclusão da faculdade de produzir prova específica. A ela, revelia, com maior razão, pois, seria de opor-se os argumentos aqui considerados.

No entanto, ninguém contrapõe o instituto da revelia à concepção publicística do processo. Ambos convivem sem nenhuma oposição.

Ademais, a ninguém acudiria afirmar que o prazo para contestar (artigo 297) não seja preclusivo.

Pensamos, portanto, que a preclusão atinge também as faculdades das partes em matéria probatória.

Esta mesma conclusão não pode ser acatada no que tange aos poderes do juiz.

Admitimos que a preclusão abranja também tais poderes. Ressalvamos, contudo, que ele não está sujeito à preclusão temporal⁴¹, pois os prazos fixados para que ele pratique atos no processo são sempre impróprios, não acarretando, assim, qualquer consequência processual.

Não bastasse esse argumento, o artigo 130, ao conferir ao juiz poderes de iniciativa probatória, não estabelece qualquer prazo para ele "determinar as provas necessárias à instrução do processo."

Ausente o prazo, não há que se cogitar de preclusão temporal. 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."⁴²

O que impõe reflexão mais demorada é a questão atinente à preclusão consumativa⁴³ dos poderes do juiz em matéria de provas.

O problema pode ser exposto nos seguintes termos: depois de indeferir uma prova, não tendo o interessado agravado, pode o juiz determinar sua produção? E o contrário: pode

⁴¹ Ver Capítulo I, nº 1.

⁴² Arruda ALVIM, Código, p.96, Theotônio NEGRÃO, Código, p.94.

⁴³ Da preclusão lógica não há que se cogitar.

o juiz indeferir prova que já houvera antes deferido em despacho não agravado?

A primeira pergunta é de fácil resposta. O poder de iniciativa probatória inclui o de determinar a produção de prova já indeferida. Além disso, ao mandar que se produza determinada prova, o juiz não está negando qualquer direito da parte.⁴⁴

Na segunda hipótese, contudo, se a parte exerceu regularmente a faculdade (requerendo a prova no momento oportuno) e teve seu pedido acatado, o posterior indeferimento da prova implicaria, ao nosso ver, uma ofensa ao direito de provar que, como dito, goza de proteção constitucional.

A preclusão tem por finalidade exatamente assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais, impedindo retorno do processo à fase já superada. Ora, a situação jurídica processual de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento.⁴⁵

Portanto, a preclusão consumativa se produz em relação ao juiz, no sentido de proibir-lhe o indeferimento de prova

⁴⁴ Não nos pareceria correta a afirmação de que a parte contrária teria direito a que o adversário não produzisse a prova.

⁴⁵ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu que "o juiz, em tendo deferido a realização de prova testemunhal, não pode voltar atrás e indeferi-la." (Arruda ALVIM, Código, p.213).

que já havia antes admitido.⁴⁶

⁴⁶ Embora não a revele expressamente, esta parece ser também a opinião de Barbosa MOREIRA, já que entende que o "despacho saneador produz a preclusão" de todas as questões decididas pelo juiz, "com a 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)" (O novo processo civil brasileiro, p.73). Se esta é a única ressalva, significa que o contrário não é possível: não pode o juiz indeferir, posteriormente, prova admitida na decisão que declarou saneado o processo, pois neste caso há preclusão. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "só é possível julgar-se antecipadamente a lide, até a fase de saneamento do processo. Saneado e deferidas as provas, ocorre preclusão para o juiz." (Revista de Processo, nº 17, p.297 e 298).

CAPÍTULO VI

PRECLUSÃO, CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

1 INTRODUÇÃO

Neste último capítulo propomo-nos a analisar "matéria das mais controvertidas na doutrina e na jurisprudência".¹

No capítulo anterior afirmamos que as decisões interlocutórias não impugnadas por agravo de instrumento ficam preclusas, salvo se a preclusão for expressamente afastada por lei.

Trata-se agora de saber se a decisão sobre as condições da ação e os pressupostos processuais precluem ou não, face ao vigente código.

Quem quer que se proponha a refletir sobre o assunto não pode deixar de observar que seu disciplinamento no código atual e no anterior não é o mesmo.²

Não obstante, por ter a questão sido muito debatida durante a vigência do código revogado e para evitar equívocos, convém, ainda que brevemente, um relato sobre as opiniões de então.

O despacho saneador previsto no art. 294 do código de

¹ Embora escritas na vigência do Código de 1939, ao contrário do que possa parecer, essas palavras de Galeno LACERDA (Despacho Saneador, p. 153) expressam ainda a realidade face ao atual código.

² Semelhante observação é feita por Moniz de ARAGÃO (Exegese do Código de processo civil, vol. IV, tomo I, p.20) e Calmom de PASSOS (Comentários ao Código de processo civil, vol. III, p.484).

1939 impunha ao juiz a obrigação de se pronunciar expressamente sobre as matérias arroladas em seus incisos, dentre elas as condições da ação e os pressupostos processuais.

Por seu turno, o art. 851, IV, concedia agravo no auto do processo contra as decisões que considerassem saneado o processo.

Tratava-se, pois, de decisão interlocutória recorível.³

No despacho saneador o juiz poderia assumir uma das três seguintes posições: extinguir o processo por ausência de condição da ação ou de pressuposto processual; afirmar, de ofício ou mediante requerimento, a existência de todas as condições da ação e de todos os pressupostos processuais; ou, enfim, omitir-se sobre estas matérias.

No primeiro caso, de extinção do processo, o problema não se punha, uma vez que o juiz encerrava nele o seu ofício.

Nas outras duas hipóteses é que as opiniões divergiam: não sendo interposto o agravo no auto do processo a matéria em exame estaria ou não preclusa?

No caso de o despacho saneador ser omissivo quanto à concorrência de condições da ação ou de pressupostos processuais, falava-se em "decisão implícita", sob o argumento de que o silêncio do juiz implicava o reconhecimento da existência de

³ Ao que parece, é solitária a opinião de Batista MARTINS, para quem o despacho saneador que afirmasse a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, por ter natureza de "interlocutório simples", seria irrecurível, por força do previsto no art. 288 e, por isso, nas palavras do autor: "não produzirá nem a coisa julgada, nem a preclusão", podendo ser revogado "pelo próprio juiz que os haja proferido" (Comentários ao "Código de processo civil, III, p.423-426). No sentido do cabimento do agravo no auto do processo escreveram Moniz de ARAGÃO (Exegese do Código de processo civil, vol. IV-1, p.20) e Galeno LACERDA (Despacho saneador, p.180).

tais requisitos.

A questão foi assim colocada por Jônatas Milhomens, que, sobre o despacho saneador, indagava: "Produzirá ele os efeitos da coisa julgada? Poderá o juiz, que o prolatou, reexaminar na sentença final as questões nele decididas? Poderá a instância superior modificá-lo se não foi interposto o agravo no auto do processo?"⁴

Para alguns as matérias decididas, explícita ou implicitamente, no despacho saneador, senão interposto o agravo no auto do processo, ficavam preclusas para a superior instância e, mesmo com a interposição do recurso, a decisão não mais podia ser revista pelo próprio juiz que a proferiu.⁵

Outros afastavam totalmente a preclusão, no que concerne às condições da ação e aos pressupostos processuais, sob o argumento de que "se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de forma processual imperativa."⁶

⁴ Teoria e prática do despacho saneador, p.140.

⁵ Assim pensavam LIEBMAN (Notas às Instituições de CHIOVENDA, vol. 1, p.522-524, nota nº 6) e Decisão e coisa julgada, p.333); Lopes da COSTA (Direito processual civil brasileiro, vol.III, nº 56 e 57, p.56-57); de Plácido E SILVA (Comentários ao Código de processo civil), vol.1, nº 767, p.585) e Carvalho SANTOS (Código de processo civil interpretado, vol.VII, p.389). Outras opiniões idênticas são referidas por Jônatas Milhomens (ob. cit. p.133-168).

⁶ Galeno LACERDA (Despacho saneador, p.161). Este era também o entendimento de Batista MARTINS (Comentários ao Código de processo civil, vol.III, p.424). Assim também parecia entender Moniz de ARAGÃO; que se referindo ao Código de 1939, falava que "inadequadamente, a doutrina e a jurisprudência interpretaram o 'despacho saneador' como decisão capaz de gerar a preclusão dos assuntos nele abordados, às vezes até implicitamente... A razão de ser dos pressupostos processuais e das condições da ação não autoriza tal opinião." (Exegese do Código de processo civil, vol.IV-1, p.20).

A jurisprudência, depois de muita oscilação, consolidou o entendimento de que somente ocorreria preclusão no caso da decisão expressa, não aceitando, pois, a possibilidade de decisão implícita decorrente da omissão do juiz.

É o que se verifica da Súmula 424 do Supremo Tribunal Federal: "transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença."

Criticável é, por tudo que já afirmamos no Capítulo IV, nº 5, o emprego da expressão "transita em julgado", eis que tal ocorre apenas em relação às sentenças, sendo que as decisões interlocutórias irrecorridas precluem e não transitam em julgado.

Todo o pensamento, quer na doutrina quer na jurisprudência, construído à luz do código de 1939 não pode ser simplesmente transportado para o código atual.⁷

A seguir consideramos a questão face às disposições do código vigente.

2 A MATÉRIA NO CÓDIGO ATUAL

Ao contrário do que sucedia na disciplina do código revogado, o juiz não está mais obrigado a decidir sobre as condições da ação e os pressupostos processuais em um determinado momento procedimental, eis que o art. 267, § 3º autoriza o juiz a "conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria

⁷ A advertência é feita por Moniz de ARAGÃO (Exegese do código de processo civil, vol.IV-1, p.20) e Calmon de PASSOS (Comentários ao Código de processo civil, III, p.484).

constante dos ns. IV, V e VI". Trata-se dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", da perempção, da litispendência, da coisa julgada e das condições da ação.

O limite fixado pela norma não é, como poderia parecer à primeira vista, a decisão de mérito de primeiro grau, ficando o tribunal impedido do conhecimento oficioso. Ao contrário, "assim o juiz como o tribunal poderão apreciar a matéria dos três incisos, se a encontrarem demonstrada nos autos, mesmo que as partes não a hajam suscitado."⁸

Apesar da regra constante do art. 267, § 3º, o código prevê um momento ideal para que a matéria em consideração seja decidida.

Realmente, ao dispor sobre o julgamento conforme o estado do processo, o art. 329 estabelece que "ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, ns. II a V, o juiz declarará extinto o processo."

Logo, neste momento deve o juiz averiguar a existência, ou não, das condições da ação e dos pressupostos processuais, matérias arroladas no art. 267, IV, V e VI.

O raciocínio aqui exposto é confirmado pelo art. 331: "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo ...".

Portanto, ou o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual ou de condição da ação, ou, por entendê-los presentes, julga antecipada-

⁸ Moniz de ARAGÃO, Comentários ao Código de processo civil, II, p. 554.

mente a lide, se for o caso, ou declara saneado o processo.

Podemos resumir o sistema do código da seguinte forma: convém que o juiz aprecie a matéria atinente às condições da ação e aos pressupostos processuais na fase do julgamento conforme o estado do processo. Não o fazendo, contudo, a matéria não ficará preclusa, por força do disposto no art. 267, § 3º⁹.

Como normalmente o juiz decide acerca das condições da ação e dos pressupostos processuais na fase do julgamento conforme o estado do processo, toda vez que o conteúdo de tal decisão for no sentido positivo, isto é, afirmar a existência daqueles requisitos, pode ressurgir, embora com novos contornos, a velha questão muito debatida à época do código revogado.

O código prevê o agravo de instrumento como recurso cabível contra a decisão que declara saneado o processo, ensejando no seu âmbito a possibilidade de retratação, vale dizer, de modificação da decisão agravada, pelo próprio juiz que a prolatou.

Portanto, interposto o agravo de instrumento, poderá o juiz voltar atrás e extinguir o processo.

O problema surge para o caso de não interposição do agravo de instrumento, ou retido, na forma do art. 522, § 1º.

Após decidir que estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, de ofício ou mediante provoca-

⁹ Ainda na vigência do código revogado, mesmo não aceitando a preclusividade do despacho saneador, Batista MARTINS escreveu que "não só os pressupostos processuais, mas as próprias condições da ação podem ser submetidas ao exame do juiz em fase distinta e destacada da que se destina ao exame do mérito" (Comentários ao Código de processo civil, III, p.420).

ção, poderá o juiz, não tendo sido interposto o agravo de instrumento, em momento posterior, extinguir o processo sob alegação de ausência de qualquer um deles, ou a matéria estará preclusa? Caso ocorra, a preclusão também se verificará em relação ao tribunal?

A matéria não é pacífica, embora a jurisprudência seja quase unânime no sentido de que a preclusão não se verifica na hipótese, em razão do que dispõe o art. 267, § 3º. Há, porém, decisões isoladas que entenderam operar a preclusão no caso analisado.

Na doutrina também as opiniões são divergentes.

Vejamos primeiro os fundamentos apresentados pela corrente que entende verificar-se a preclusão da decisão que declara saneado o processo, caso não seja interposto o agravo de instrumento ou agravo retido.

Dentre estes, a posição mais extremada é a de Bãrbosa Moreira, para quem, no que diz respeito às "questões que integram o objeto do despacho saneador... conquanto não precise o juiz versã-las explicitamente no despacho saneador, o simples fato de proferí-lo revela (art. 331, princípio) que:

a) as outras questões a que se referem os arts. 267 (salvo no inciso I) e 269, nºs. II a V, foram resolvidas no sentido da inoccorrência de qualquer dessas hipóteses de extinção do processo."¹⁰

Assim, "o despacho saneador produz a preclusão:

a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante

¹⁰ O novo processo civil brasileiro, p.73.

provocação da parte, pelo juiz...

b) das questões não decididas - desde que antes suscitadas ou simplesmente suscitáveis, ou apreciáveis de officio - cuja solução cabia no despacho saneador, excetuadas apenas aquelas que, à luz de regra legal específica ou do sistema do código, possam ser resolvidas posteriormente."¹¹

Todavia, apressa-se a esclarecer que na segunda hipótese não se deve recorrer a "inútil ficção jurídica" de que as questões foram "implicitamente decididas, como às vezes se afirma: significa, sempre e apenas, que daí em diante já não é possível apreciá-las."¹²

Por fim, afirma que a "eficácia preclusiva do despacho saneador opera desde o momento em que este se torne irrecorribel, pelo decurso *in albis* do prazo ou por qualquer outra causa; ou então, se contra ele se interpuser o recurso admissível (agravo de instrumento, art. 522), desde o trânsito em julgado do acórdão do órgão *ad quem*. É claro, todavia, que, pendente o recurso no segundo grau de jurisdição, já não pode o juízo *a quo* reapreciar questão alguma: para ele, há preclusão desde o pronunciamento de que trata o art. 527."¹³

Em resumo, pode-se assim expor o pensamento de Barbosa Moreira:

a) as questões decididas expressamente na decisão que declara saneado o processo, inclusive aquelas referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, ficam preclusas se não for interposto o recurso cabível;

¹¹ Ob. cit., p.73.

¹² Ob. e loc. cits. (grifos do original)

¹³ Ob. cit. p.73 e 74.

b) as questões que podem ser resolvidas posteriormente, como é o caso das que concernem às condições da ação e aos pressupostos processuais (art. 267, §3º), desde que não tenham sido objeto de decisão explícita (o que configuraria a hipótese da letra "a"), podem ser apreciadas após a decisão de saneamento, uma vez que, nesta hipótese, não há preclusão;

c) a preclusão ocorre tanto para o juiz quanto para o tribunal, no caso de não interposição do agravo;

d) após o momento oportuno ao juízo de retratabilidade no agravo de instrumento (art. 527, § 5º), a matéria fica preclusa para o juiz de primeiro grau;

e) interposto o recurso de agravo de instrumento, após o seu julgamento, a matéria fica preclusa também para o tribunal.

Veremos adiante, que estas não são as mesmas conclusões a que chegam a jurisprudência dominante e a doutrina majoritária.

Segue esta mesma trilha Rogério Lauria Tucci, que entende que, nos casos de decisão interlocutória (a que chama simplesmente "interlocutório"), como no caso de "rejeição de preliminar de ilegitimidade *ad causam*" (o exemplo é do próprio autor), "a matéria decidida restará coberta pela preclusão."¹⁴

Uma vez verificada a preclusão, torna-se "inadmissível o reexame do objeto formal do processo, atinente, como vimos, à co-existência também dos pressupostos processuais e das condições da ação", isto porque "inominado absurdo configuraria, sem mais profunda indagação, o fato de, por exemplo, ter o

¹⁴ Do julgamento conforme o estado do processo, p.67.

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*, e à mínima de qualquer recurso, pronunciando-se outra vez sobre matéria já preclusa, imutável dada a formação de coisa julgada formal, e assim afrontando o disposto no art. 473 do código."15

Em raciocínio de lógica inquestionável, Calmon de Passos, partindo da premissa de que toda decisão interlocutória recorrível fica preclusa se não for interposto o recurso cabível, conclui: "o saneador, como interlocutória que é, é recorrível. Se não recorrido, tem força preclusiva sobre tudo que expressa ou implicitamente decidiu."16

Abordando expressamente o assunto que agora nos ocupa, afirma que os pressupostos processuais e as condições da ação "são objeto de decisão expressa ou implícita no despacho saneador, que declara e assegura sua regularidade, tendo sobre elas efeito preclusivo, salvo as exceções expressamente consignadas no próprio código, não podendo as partes voltar a argüi-las, nem o juiz tornar a considerá-las."17

Logo, também Calmon de Passos aceita a existência de decisão implícita, quando o juiz declarar saneado o processo, sem referir-se expressamente à concorrência das condições da ação e dos pressupostos processuais, matéria que, em tal hipótese, restaria preclusa.

15 Ob.cit., p.163 (grifos do original). Quanto à equivocada identificação da preclusão com a coisa julgada formal, ver o capítulo IV, nº 5.

16 Comentários, vol. III, p.486.

17 Ob. cit., p.486.

No entanto, entende o referido autor, no caso de não ser utilizado o recurso cabível contra a decisão que, expressa ou implicitamente, admitiu existentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a matéria estará preclusa apenas para o juiz, podendo, por ocasião da apelação, ser apreciada pelo tribunal.

Isto porque o art. 267, § 3º, diz que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, da matéria referente às condições da ação e aos pressupostos processuais e "dizer-se, portanto, em qualquer grau de jurisdição, equivale a dizer-se que os juízes de segunda instância também podem conhecer de ofício, das matérias constantes dos itens IV, V e VI, do art. 267." ¹⁸

Esta é a principal diferença entre o pensamento de Barbosa Moreira e o de Calmon de Passos. Para o primeiro, a omissão do agravo de instrumento acarreta a preclusão inclusive para o tribunal; o segundo limita os efeitos da preclusão ao primeiro grau de jurisdição. No mais, os dois autores estão de acordo.

Na posição oposta, entendendo que, face ao que dispõe o art. 267, § 3º, não há que se falar em preclusão da decisão que declara saneado o processo, encontram-se também consagrados processualistas.

Moniz de Aragão, fundado no argumento de que tais temas extravasam "do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pe-

¹⁸ Ob. cit., p. 486 e 487.

lo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso lhe dá o poder, correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu"¹⁹, entende que "não é possível, hoje, sujeitar a preclusão as matérias tratadas no art. 267."²⁰

Assim, afirma ser "irrelevante que o juiz rejeite a alegação da parte e por isso não extinga o proceso na ocasião prevista no art. 329, por lhe parecer que concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação. Poderá e deverá fazê-lo, ainda por ocasião da sentença, se se convencer de haver-se equivocado, e também o tribunal, ao apreciar o recurso, pode e deve fazê-lo apesar do silêncio da parte."²¹

Não deixando mais qualquer dúvida sobre seu pensamento, conclui: "tanto faz, por isso, que o juiz rejeite expressamente a alegação das partes nesse sentido e se negue a extinguir o processo e os litigantes não interponham agravo; sua omissão é inócua. Por ocasião da sentença, e mesmo à hora de julgar o recurso, o assunto pode e deve ser apreciado de ofício."²²

¹⁹ Comentários do Código de processo civil, vol.II, p.554.

²⁰ Exegese do Código de processo civil, vol.IV-1, p.20.

²¹ Ob. cit., p.20 e 21.

²² Exegese do Código de processo civil, vol.IV-1, p.21. Em abono da tese que esposa, cita decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada na R.T.J. 101/901. Anteriormente referira que o juiz não tem dever de "necessariamente pronunciar-se sobre o assunto por ocasião do saneamento... Mas se o fizer não resultará preclusão", eis que a Súmula n. 424 está superada no que tange às matérias apontadas no art. 267, § 3º (Ob. cit., p.13). O Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975, na conclusão XV, assentou: "Não preclui a decisão que deixa de declarar extinto o processo, nos casos dos nºs. IV, V e VI do art. 267 do C.P.C." (R.T. 482/270, Ajuris 6/148 e R.F. 252/24). O 6º Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte, em junho de 1983, concluiu: "Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão mesmo existindo decisão explícita a respeito." (Theotônio Negrão, ob.cit., p. 141).

Semelhante opinião tem Arruda Alvim, que vê no art. 473 do Código uma limitação à preclusão, verificável apenas em relação às partes, não podendo atingir o juiz. Este artigo, "à primeira vista poderia ter uma falha", já que "a preclusão atinge os três sujeitos do processo." Todavia, "a redação do Código restringiu-a unicamente à(s) partes(s), o que se compadece com a sua estrutura, pois há matérias que ficam em aberto para o juiz (v. art. 267, § 3º) redecidir e discutir o que tenha sido decidido e esteja precluso para as partes."²³

Exemplificando com a decisão que "rejeita uma arguição de carência e ação", afirma que, "mesmo que não haja recurso de tal decisão, poderá o tribunal reapreciá-la (art. 267 § 3º), embora só venha poder fazê-lo ao ensejo da apreciação do recurso de apelação (art. 267, § 3º e 516)."²⁴

Identificam-se, portanto, os pensamentos de Arruda Alvim e Moniz de Aragão: a ausência do agravo de instrumento não gera preclusão nem para o juiz nem para o tribunal.

Mesmo suscitando alguma dúvida quanto à ocorrência ou não de preclusão na hipótese de "questões expressamente decididas", parece ser esta também a posição de Theodoro Júnior, o que se pode concluir da assertiva de que "não há preclusão, nem lógica, nem temporal, nem consumativa, sobre a matéria pertinente às condições da ação e aos pressupostos processuais. Tanto o juiz de primeiro grau, como o Tribunal Superior (em grau de recurso), pode voltar a examinar essas questões, em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da

²³ Dogmática jurídica e o novo Código de processo civil, p.128. Consoante nosso pensamento exposto no Capítulo V, nº 5, no sistema do atual Código de processo civil, a preclusão pode atingir também os poderes do juiz. Por outro lado, se o juiz pode reapreciar a matéria de ofício, não há que se falar em preclusão para as partes.

²⁴ Ob. cit., p.129.

causa."²⁵

Posição intermediária assume Frederico Marques: tendo havido decisão expressa sobre a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, ainda que de ofício, "cabe à parte prejudicada interpor agravo de instrumento se quiser evitar a precusão *pro judicato*; quando o juiz nada decidir na decisão de saneamento, limitando-se a declarar *simpliciter* o processo em ordem, inexistente preclusão *pro judicato*." Todavia, se o réu arguir, em preliminar, ausência de um destes requisitos, "a decisão declarando saneado o processo será atingida pela preclusão se não for interposto agravo de instrumento. E isto ainda mesmo que o juiz, no despacho saneador, nada diga sobre a questão, visto que a falta de referência expressa não exclui, no caso, o julgamento implícito, que se conterà no despacho, repelindo a preliminar argüida."²⁶

Inobstante afirme que pensa como Frederico Marques, por quem "a questão é exatamente equacionada", a posição expressada por Edson Ribas Malachini enquadra-se melhor dentre aquelas que, como Moniz de Aragão e Arruda Alvim, afastam totalmente a incidência da preclusão sobre a matéria relacionada com pressupostos processuais e condição da ação.²⁷

Durante toda esta dissertação procuramos evitar longas citações. No entanto, a resenha da doutrina, que acabamos de fazer, mostrou-se indispensável a dois objetivos que almeja-

²⁵ Processo de conhecimento, p.444, com referência a várias decisões, inclusive do S.T.F.

²⁶ Manual de direito processual civil, vol II, p.171.

²⁷ Do julgamento conforme o estado do processo, p.106 e 107. Equivocada, pois, a referência que o processualista faz, no sentido de identificar as posições de Moniz de ARAGÃO e Frederico MARQUES (nota de rodapé à p.172).

mos: primeiro, evidenciar que, mesmo na vigência do código atual, o problema continua vivo, suscitando as mais divergentes opiniões; segundo, tentar uma análise crítica das várias posições e sugerir uma interpretação, que nos parece mais razoável, ao art. 267, § 3º.

3 O EFEITO PRECLUSIVO DA DECISÃO QUE AFIRMA EXISTENTES OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O ART. 267, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A investigação do conteúdo normativo do art. 267, § 3º, do código requer sejam reafirmadas certas premissas.

Embora o momento ideal para que o juiz verifique a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação seja a do julgamento conforme o estado do processo, nada obsta a que ele relegue, expressa ou implicitamente, a apreciação de tal matéria para oportunidade futura, exatamente porque a isso está autorizado pelo art. 267, § 3º.²⁸

O pronunciamento em que o juiz reconhecer a concorrência das condições da ação e dos pressupostos processuais, quer seja emitido no momento em que declarar saneado o processo, quer em estágio futuro desde que anterior à sentença, terá sempre natureza de decisão interlocutória e, como tal, impugnável através do agravo de instrumento.

Como já ensinava Liebman "quando uma decisão interlocutória pode ser recorrida, sua modificação só pode ocorrer em

²⁸ Não se nos apresenta correta a opinião de Calmon de PASSOS, para quem o Código "impõe ao juiz o exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da validade dos atos do procedimento na fase postulatória." (Comentários ao Código de processo civil, vol.III, p.485 e 486).

consequência, na forma e com os efeitos da interposição do recurso"; sendo que, ao contrário, "sem a interposição do recurso a decisão não pode ser modificada."²⁹

Esta foi a orientação seguida expressamente pelo código nos artigos 471 e 473, que prevêm a preclusão das decisões proferidas no curso do processo.³⁰

Acrescente-se, ainda, que, ao possibilitar a retratação do juiz no agravo de instrumento, o código deixa bem claro que, fora dessa hipótese, não poderá a decisão ser modificada pelo próprio juiz.

Portanto, em princípio, a decisão interlocutória não impugnada através do agravo de instrumento fica preclusa, impedindo o reexame, pelo próprio juiz que a proferiu e pelo tribunal (art. 516), da questão que lhe constituiu o objeto.

Não fosse o que dispõe o art. 267, § 3º, esta seria também a solução para os casos em que o juiz decidisse pela existência dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Mas este dispositivo legal, ao prever que o "juiz conhecerá de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição" da matéria atinente aos pressupostos processuais e às condições da ação, está a dizer que a decisão afirmando a concorrência de tais requisitos não está sujeita a preclusão?

Não nos parece que a resposta possa ser afirmativa, pois não vislumbramos qualquer fundamento para que se retire

²⁹ Decisão e coisa julgada, p.332. Sobre a ocorrência de preclusão para as decisões interlocutórias no atual código de processo civil, ver o Capítulo V, nº 5.

³⁰ Ver Capítulo V, nºs. 4 e 5.

do art. 267, § 3º, esta drástica conclusão que, ao contrário do que poderia parecer, vai contra o sistema do código.³¹

Então, afirmada a eficácia preclusiva da decisão que reconhece a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação, qual o sentido do § 3º do art. 267? Teria ele, ainda, qualquer utilidade?

Sem dúvida, mesmo assim o dispositivo mencionado seria de elevado alcance.

Ao que pensamos, do § 3º do art. 267, dada a clareza de sua literalidade, não se pode extrair mais do que nele está escrito. O interesse público que reveste a matéria em análise retira-a da esfera de disponibilidade das partes, liberando o juiz para que a aprecie independentemente de provocação.

Esta a primeira consequência do § 3º do art. 267: ao contrário do que sucede no comum dos casos, a matéria nele prevista pode e deve ser apreciada de ofício.

Após autorizar ao juiz o conhecimento oficioso, a norma diz que tal poderá ocorrer a qualquer tempo, ou seja, não há limite temporal para que se decida sobre a matéria.

Por fim, mesmo em segundo grau de jurisdição, e ainda até em recurso extraordinário ou especial, poderá a matéria ser objeto de decisão.

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

³¹ A propósito, ver Calmon de PASSOS (Comentários ao código de processo civil, vol. III, p. 487, nº 296.3).

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. 267 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o mesmo juiz decidir novamente a questão.

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.

Portanto, embora o juiz não possa mais, na ausência do agravo de instrumento, modificar sua decisão, nada impede que o tribunal, quando do julgamento da apelação, a pedido da parte ou de ofício, declare a ausência de pressuposto processual ou condição da ação e extinga o processo sem julgamento do mérito.

Assim é porque o tribunal está conhecendo da matéria pela primeira vez. Não existisse o art. 267, § 3º, a matéria estaria preclusa também para o tribunal, em razão do que dispõe o art. 471. Esta uma das razões do repetido dispositivo: evitar que a decisão do juiz, não impugnada, impeça o exame da matéria pelo tribunal.

Todavia, se o tribunal, apreciando a matéria, quer em agravo de instrumento quer em apelação, decide pela existência dos pressupostos processuais e das condições da ação, deixando de extinguir o processo, a decisão ficará também preclusa para ele, impedindo que posteriormente, quando do julgamen-

to do mérito, em outra apelação, decida de modo contrário.³²

Esta não é, nem mesmo, uma solução nova.

Escrevendo sobre os casos em que a questão pode ser conhecida de ofício pelo juiz, a todo tempo e grau de jurisdição (a que chama também de estado do processo), Chiovenda concluiu que a decisão, uma vez proferida, não pode mais ser modificada pelo mesmo juiz, mas pode pelo juiz superior, isto em razão de que "as questões ficam preclusas em relação ao juiz que as decidiu, mas não em relação ao juiz superior." Trata-se do que denominou "preclusão limitada a um grau do processo."³³

O fundamento de tal conclusão está, ainda, segundo Chiovenda, no princípio *do bis de eaden re ne sit actio*, que é "princípio geral na matéria de jurisdição, pelo qual não é permitido o *bis in idem*."³⁴

Fora dos casos em que a matéria pode ser apreciada em qualquer tempo e grau de jurisdição, no entanto, "a preclusão vincula inclusive quaisquer juizes que venham a se pronunciar no mesmo processo."³⁵

Em suma, o art. 267, § 3º autoriza o conhecimento de ofício, pelo juiz ou pelo tribunal, das matérias a que se refere, mas não prevê a possibilidade do reexame da questão pe-

³² Embora não a desenvolva o suficiente, esta parece ser a opinião de Calmon de PASSOS, para quem este entendimento é o "válido e coerente com a tradição de nosso direito e com a melhor lição da doutrina estrangeira" (Comentários ao Código de processo civil, vol. III, p.487).

³³ Cosa giudicata e preclusione, p.44.

³⁴ Ob. cit., com referência à decisão da Corte de Cassação. A mesma opinião é manifestada nas Instituições, vol. III, p.228, onde fala da "proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ao mesmo juiz que sobre elas já se houver pronunciado, e, com o pronunciamento, concluiu o que lhe incumbia."

³⁵ Ob. e loc. cits.

lo juiz ou pelo tribunal que já a houver decidido.

Entretanto, o fato de o juiz, ao declarar saneado o processo, nada decidir sobre os pressupostos processuais e as condições da ação - mesmo quando a ausência tenha sido expressamente argüida pelo réu, em preliminar - não permite a conclusão de que houve "decisão implícita", nem tampouco de que se verificou a preclusão, pois o juiz não exerceu o poder que lhe é conferido pelo art. 267, § 3º.

Ora, se o juiz pode apreciar a matéria "a qualquer tempo", significa dizer que, até quando não a tenha decidido, poderá apreciá-la mesmo no momento em que proferir a decisão de mérito.

Poder-se-ia argumentar que, ainda na falta de norma semelhante à do § 3º do art. 267, a ausência de pressuposto processual ou de condição da ação poderia ser declarada a qualquer tempo, inclusive depois de afirmada sua existência, mesmo que não interposto agravo de instrumento. Isto, por ser a "ação um direito exercitável contra o Estado", que, assim, pode "examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação."³⁶

À ausência de pressuposto processual ou condição da ação não está o Estado obrigado à prestação da tutela jurisdicional, vale dizer, a proferir uma decisão de mérito. Logo, a qualquer tempo em que constatar a falta de qualquer um deles, poderá recusar-se a responder ao pedido que lhe fora

³⁶ Moniz de ARAGÃO, Comentários ao Código de processo civil, vol. II, p.554. O mesmo autor, para defender a tese da não ocorrência de preclusão, invoca a "razão de ser dos pressupostos processuais e das condições da ação." (Exegese do Código de processo civil, vol. IV-1, p.20).

formulado pelo autor e extinguir o processo sem julgamento do mérito, pouco importando que já tenha anteriormente afirmado a concorrência de todos, por decisão não recorrida.

Por outro lado, dir-se-ia também que "se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz."³⁷

Ambos os argumentos, entretanto, não infirmam o sistema adotado no código, segundo a interpretação que damos ao art. 267, § 3º.

A relevância dos pressupostos processuais e das condições da ação, o interesse público que os envolve, são valorados pelo legislador justamente com sua subtração do âmbito de disponibilidade das partes. Por se tratar a ação de direito exercitável contra o Estado é que tais requisitos, prejudiciais ao exercício do direito de ação, podem e devem ser examinados de ofício pelo juiz. Esta a primeira consequência prevista no código. A segunda, pelas mesmas razões, é a ausência de limite temporal para aquele exame: enquanto o juiz "conservar a jurisdição", na expressão de Galeno Lacerda³⁸, isto é, até que seja proferida a decisão de mérito, pode ele, ainda que na ausência de provocação da parte, averiguar e decidir acerca da existência dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Uma vez, porém, proferida a decisão, não poderá mais o juiz revê-la, a não ser que tenha sido interposto agravo de

³⁷ Galeno LACERDA, Despacho saneador, p.161.

³⁸ Ob. cit., p.161.

instrumento. É que, como visto, os arts. 471 e 473 estabelecem a preclusividade das decisões interlocutórias, o que ao nosso ver, não é afastado pelo disposto no § 3º do art. 267.

Não é de se estranhar esta solução, que foi amplamente adotada na vigência do código revogado, sem embargo da relevância que todos viam na matéria.

Além disso, no direito italiano, como mostrou Chioven-
da, falava-se até mesmo em coisa julgada no caso de decisão sobre a incompetência absoluta. Embora demonstrasse que não se tratava de coisa julgada, mas sim de preclusão, defendeu ele a imutabilidade de tal decisão, no que foi acompanhado pela jurisprudência.³⁹

Para que não se argumente que na Itália a matéria de competência recebe tratamento diverso daquele do direito brasileiro, em razão do que lá se chama "regulamento de competência", dois esclarecimentos são necessários: primeiro, lá, como aqui, a incompetência absoluta pode ser declarada a qualquer tempo e grau de jurisdição; segundo, o próprio Chioven-
da, ao descrever a "preclusão limitada a um grau do processo", generalizou a sua incidência para todas as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição.⁴⁰

Por fim, contribui para a reflexão que ora fazemos a solução que o direito português dá ao problema.

O despacho saneador do código de processo civil português (art. 510º) "deve fazer menção das exceções que pode-

³⁹ "Cosa giudicata e competenza" e "cosa giudicata e preclusione."

⁴⁰ Cosa giudicata e preclusione, p.44.

riam levar à absolvição da instância, quando mais não seja para afirmar que nenhuma delas se verifica, bem como das nulidades."⁴¹

As exceções que podem conduzir à absolvição da instância são chamadas de dilatórias (art. 493º, 2), dentre elas "a ilegitimidade de qualquer das partes" (art. 494º, b), a "falta de personalidade ou de capacidade judiciária de alguma das partes" (art. 494º, c), "a incompetência, quer absoluta, quer relativa" (art. 494º, f) e a "litispêndência" (art. 494º, g).

Ressalvada a incompetência relativa, e mesmo essa nas hipóteses do art. 109º, 2, "o tribunal deve conhecer officiosamente de todas as exceções dilatórias" (art. 495º).

Especificamente para a incompetência absoluta, o art. 102º, 1 contém regra semelhante à do § 3º do art. 267, do código brasileiro: "deve ser suscitada officiosamente pelo tribunal em qualquer estado do processo, enquanto não houver sentença com trânsito em julgado proferida sobre o fundo da causa."

Pois bem: se no despacho saneador o juiz, ante provocação da parte ou mesmo de ofício, afirma sua competência absoluta para conhecimento da causa e se, por ausência do recurso, o despacho "transitar em julgado"⁴², poderá a questão ser, posteriormente reapreciada?

Duas são as soluções possíveis, consoante revela Antunes Varela. Ambas, porém, no sentido da imutabilidade da deci-

⁴¹ Antunes VARELA, BEZERRA e NORA, Manual de processo civil, p. 379.

⁴² O Código português fala em "caso julgado formal" para a hipótese aventada.

são.

Pela primeira, "nenhuma das exceções declaradas inexistentes poderá ser alegada pelas partes ou conhecida de ofício (art. 672º)."

Assim o é porque o art. 672º dispõe que os "despachos, bem como as sentenças, que recaiam unicamente sobre a relação processual têm força obrigatória dentro do processo, salvo se por sua natureza não admitirem o recurso de agravo."⁴³

A decisão que declara inexistente exceção dilatória é agravável.

A outra solução limita "a força do caso julgado às 'questões concretas' que o despacho haja com efeito decidido, relativamente a cada uma dessas exceções (capazes de conduzi-rem à absolvição da instância)."⁴⁴

Antunes Varela, para quem a "tese limitativa da extensão do caso julgado, com base no fundamento concreto em que a decisão se apoia, é a que, na verdade, corresponde à orientação mais razoável", dá o seguinte exemplo: o réu suscita a incompetência do tribunal em razão da nacionalidade. O juiz, no despacho saneador, julga improcedente a exceção, declarando a competência do tribunal. Isto "não impedirá, de acordo com esta segunda posição, que as partes venham a alegar ou o próprio juiz possa reconhecer, depois de transitado em julgado o despacho, que o tribunal é (absolutamente) incompetente, em função da matéria ou da hierarquia, por exemplo, ou até da nacionalidade, mas, neste caso, com um fundamento concreto dife-

⁴³ Antunes VARELA, ob. cit., p.379.

⁴⁴ Autor e ob. cits. p.379 e 380.

rente do apreciado no despacho saneador."⁴⁵

A solução do direito português é, pois, no sentido de que a decisão sobre a competência absoluta, malgrado haja norma que permita o seu exame de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição ("em qualquer estado do processo, enquanto não houver sentença com trânsito em julgado") opera a preclusão, impedindo o posterior reexame da questão.

Enfim, nada há de absurdo no fato de aceitar-se a preclusão do pronunciamento que concluiu pela concorrência das condições da ação e dos pressupostos processuais, mesmo considerando ser a ação direito exercitável contra o Estado, principalmente se esta é uma conclusão que está em harmonia com o sistema do código de processo civil.

4 CONCLUSÃO

Apresenta-se-nos necessária uma conclusão sobre o assunto tratado neste capítulo.

Resumindo o pensamento que acabamos de expor, pode-se afirmar que:

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

b) a ausência de agravo de instrumento contra a decisão que declara saneado o processo, afirmando a concorrência das

⁴⁵ Ob. cit., p.380.

condições da ação e dos pressupostos processuais, não gera preclusão da matéria em relação ao tribunal, que poderá apreciá-la, até de ofício, por ocasião do julgamento da apelação;

c) se o juiz não decidir sobre os pressupostos processuais e as condições da ação ao declarar saneado o processo, poderá fazê-lo posteriormente, inclusive de ofício, ainda que não se tenha agravado;

d) após ter afirmado, em agravo de instrumento ou em apelação contra sentença terminativa, a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação, o tribunal não poderá reapreciar a matéria posteriormente, quando do julgamento da apelação contra a sentença de mérito, eis que lhe estará preclusa a matéria;

e) até mesmo o Supremo Tribunal Federal, ou o Superior Tribunal de Justiça, recém-criado, conhecendo do recurso extraordinário, ou do recurso especial, poderão extinguir o processo sem julgamento do mérito, fundados na ausência de pressuposto processual ou condição da ação, desde que não tenham decidido a questão anteriormente.

Portanto, o pensamento acima exposto está em harmonia com a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: rejeitada exceção de incompetência, houve agravo de instrumento, não provido, e de que o excipiente não interpôs recurso extraordinário; julgada a apelação, o Supremo Tribunal Federal, já em grau de recurso extraordinário, reconheceu a incompetência absoluta (R.T.J.99/788).

O que não nos parece possível no caso é que o tribunal, no julgamento da apelação, pudesse contrariar sua decisão no agravo e declarar a incompetência absoluta, uma vez que seu

pronunciamento no agravo gerou-lhe preclusão.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não tinha ainda se pronunciado sobre a matéria, estando assim livre para decidi-la.

Com isso, discordamos da opinião, já assumida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo a qual "é lógico admitir que também não preclui o acórdão que, apreciando agravo de instrumento, deixou de declarar extinto o processo em tais casos, podendo, conseqüentemente, ser alterado em grau de apelação contra a sentença de mérito."⁴⁶

Esta não é uma "tese semelhante"⁴⁷ à sustentada pelo Supremo Tribunal Federal no caso antes analisado. Naquele, o órgão jurisdicional não havia ainda se pronunciado sobre a matéria; nessa segunda hipótese, o tribunal já tinha, no agravo, exercido o poder que lhe confere o § 3º do art. 267, que, por isso mesmo, estava consumado, precluso.

O mesmo tribunal paulista, no entanto, decidiu que "tendo o juiz afastado a alegação de carência de ação no despacho saneador, não pode, quando da decisão da causa, voltar atrás e acolher essa arguição."⁴⁸

Incorreta, sob o ângulo da conclusão a que chegamos, foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, fundado no art. 267, § 3º, afirmou ser "irrelevante" a interposição do agravo, no caso de ter o juiz repellido "preliminar de ilegitimidade passiva na oportunidade do despacho saneador", uma vez que a ausência de preclusão estava a permitir o

⁴⁶ Theotônio NEGRÃO, ob. cit., p.141, nota n. 53 do art. 267.

⁴⁷ Idem, idem.

⁴⁸ Arruda ALVIM, Código, p.214, nota 8 ao art. 331.

reexame pelo próprio juiz, que, ao final, malgrado a ausência do recurso, poderia decretar a carência de ação.⁴⁹

Uma última observação deve ser feita. A preclusão da decisão sobre os pressupostos processuais e as condições da ação somente se verifica em relação às questões expressamente decididas.

Significa que, se o juiz desacolheu preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, mesmo que a decisão não tenha sido agravada, poderá, mais tarde, decretar a carência de ação face à ilegitimidade da parte.

Ainda, se argüida em preliminar a incompetência absoluta do juízo, em razão da situação do imóvel, nos casos do art. 95, primeira parte, a decisão do juiz que repeli-la, mesmo que não impugnada por agravo, não impedirá que na seqüência do processo o juiz se declare absolutamente incompetente em razão da matéria.

Em ambos os casos, o juiz havia se pronunciado a respeito de questão diversa da que veio a decidir posteriormente. Não se tratando da mesma questão, não há lugar à preclusão.

Trata-se de aplicar aqui o raciocínio de Antunes Varela sobre o "Fundamento concreto"⁵⁰ da decisão, perfeitamente adequado ao direito brasileiro.

⁴⁹ Trota TELES, Gil. Jurisprudência sobre o Código de processo civil e leis processuais extravagantes, p.143. Outras várias decisões nesse sentido são citadas pelo autor. No mesmo sentido da decisão criticada pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "No que diz com a legitimação para a causa, ativa ou passiva, isso constitui matéria que não preclui, quando reconhecida positivamente, e a qualquer momento, e até na sentença, pode e deve o Magistrado reexaminá-la, haja ou não sido interposto o recurso de agravo do saneador" (Athos Gusmão CARNEIRO, o Novo código de processo civil nos tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, tomo II, p.431 e 432).

⁵⁰ Ver nº 2, supra.

Este mesmo fundamento permite que o juiz, após ter declarado a concorrência dos pressupostos processuais e condições da ação, mesmo estando preclusa a decisão, possa examinar, de ofício, ou à instância da parte, a falta de uns ou de outras decorrente de motivos supervenientes ao pronunciamento precluso.⁵¹

⁵¹ Nesse sentido, Lauria TUCCI, Do julgamento conforme o estado do processo, p.164, onde refere vários exemplos.

CONCLUSÕES

1. A preclusão é instituto próprio do direito processual, com características específicas, que o distinguem de outras figuras jurídicas assemelhadas, como a decadência e a coisa julgada (capítulo IV).

2. Atingindo também os poderes processuais do juiz, a preclusão verifica-se apenas em relação às decisões interlocutórias (pronunciamentos com conteúdo decisório, que não extinguem o processo), quer atinem ao mérito da causa, quer solucionem questões processuais (capítulos II, nº 1 e V, nº 5).

3. A preclusão tem por finalidade:

- a) tornar certa e ordenada a marcha do processo, imprimindo-lhe um desenvolvimento expedito, livre de contradições e retornos;
- b) abreviar a duração do processo, possibilitando uma mais rápida solução dos litígios;
- c) garantir a certeza e a estabilidade das situações jurídicas processuais;
- d) assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra eventual arbítrio dos juízes (capítulo I, nº 2).

4. O ato processual praticado depois de operada a preclusão é ineficaz, não produzindo qualquer efeito na relação processual (capítulo I, nº 3).

5. O sistema de preclusões no processo civil brasileiro é rígido, sendo o procedimento dividido em fases preclusivas e informado pelo princípio da eventualidade (capítulo V, nºs 1 a 4).

6. Em matéria probatória o juiz não é alcançado pela preclusão, ressalvada a impossibilidade de indeferimento de prova já anteriormente admitida (capítulo V, nº 6).

7. No regime do atual código de processo civil, sempre que possível, é aconselhável que o juiz decida sobre as condições da ação e os pressupostos processuais no momento em que proceder ao julgamento conforme o estado do processo. Todavia, não o fazendo, poderá apreciá-los, inclusive de ofício, a qualquer tempo, enquanto não proferida a sentença do mérito.

8. Quanto ao efeito preclusivo da decisão que reconhece a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação (capítulo V):

8.1 Tendo o juiz afirmado, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente;

8.2 A ausência do agravo de instrumento contra decisão que declara saneado o processo, afirmando a concorrência das condições da ação e dos pressupostos processuais, não gera preclusão da matéria para o tribunal, que poderá apreciá-la, até mesmo de ofício, por ocasião do julgamento da apelação;

8.3 Se o juiz não decidir expressamente sobre os pressupostos processuais e as condições da ação ao declarar saneado o processo, poderá fazê-lo posteriormente, inclusive de

ofício, ainda que não se tenha agravado;

8.4 Após ter afirmado, em agravo de instrumento ou em apelação contra sentença terminativa, a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação, o tribunal não poderá reapreciar a matéria quando do julgamento da apelação contra a sentença de mérito, eis que lhe estará preclusa a matéria;

8.5 Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, ou o Superior Tribunal de Justiça, conhecendo do recurso extraordinário, ou do recurso especial, poderá extinguir o processo sem julgamento do mérito, fundado na ausência de pressuposto processual ou condição da ação, desde que não tenha decidido a questão anteriormente.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. "Notas sobre prescripción, caducidad y preclusión en el derecho mexicano". In: Estudios diversos de derecho procesal, Barcelona, Bosch, 1985.
- ALLORIO, Enrico. "Verso il nuovo processo civile". In: Problemi di diritto, v.II, Milano, Giuffrè, 1957.
- _____. "Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile". In: Commentario del codice di procedura civile. Torino, UTET, 1973, Libro I, tomo primo, p.XXXIX e ss.
- _____. "Allarme per la giustizia civile". In: Problemi di diritto, v.II, Milano, Giuffrè, 1957.
- _____. "La riforma del processo in materia di lavoro e di previdenza e assistenza". Milano, Giuffrè, 1973.
- ALSINA, Hugo. "Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial". 2.ed., Buenos Aires, EDIAR, 1963.
- ANDRIOLI, Virgilio. "Commento al codice di processo civile". Napoli, Jovene, 1942.
- _____. "Diritto processuale civile". Napoli, Jovene, 1979.
- _____. "La riforma del codice di procedura civile". Napoli, Jovene, 1951.
- _____. "Preclusione - Diritto processuale civile". In: Novissimo Digesto Italiano, 3.ed., v.XIII, Torino, UTET, 1957, p.567-570.
- ANTUNES VARELA, J.M.; BEZERRA, J.Miguel; NORA, Sampaio C. "Manual de processo civil". Coimbra, Coimbra Editora, 1984.
- ARAGONESES, Pedro. "Processo y derecho procesal". Madrid, Aguilar, 1960.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. "Código de processo civil e legislação extravagante (anotações de jurisprudência e doutrina)". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

_____. "Dogmática jurídica e o novo código do processo civil". In: Revista de Processo, v.1, pp. 85-133.

_____. "Manual de direito processual civil". São Paulo, Revista dos Tribunais, 198 .

ATTARDI, Aldo. "Per una critica del concetto di preclusione". In: Jus - Rivista di Scienze Giuridiche, nuova serie, anno X, Università Cattolica del Sacro Cuore, Marzo, 1959, Fasc. I, p.1-17.

_____. "Preclusione (principio di)". In: Enciclopedia del Diritto, v.XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 893-911.

BALBI, Celso Edoardo. "La decadenza nel processo di cognizione". Milano, Giuffrè, 1983.

BARBI, Celso Agricola. "Da preclusão no processo civil". In: Revista Forense, v.158, p. 59-66.

BARBOSA, Antonio Alves. "Da preclusão processual civil".

BARBOSA, Rui. "Oração aos moços". Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1949.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Comentários ao Código de processo civil". 4.ed., v. V, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

_____. "O novo processo civil brasileiro". 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

_____. "Direito processual civil (ensaios e pareceres)". Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

BATISTA MARTINS, Pedro. "Comentários ao Código de processo civil". v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1940.

BETTI, Emilio. "Diritto processuale civile italiano". 11.ed. Roma, Foro italiano, 1936.

_____. "Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale". In: Rivista di Diritto processuale civile,

- Padova, CEDAM, 1927, parte II, p. 13-28.
- BUZAID, Alfredo. "Do despacho saneador". In: Estudos de Direito, v. I, São Paulo, Saraiva, 1972.
- CALAMANDREI, Piero. "Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti". In: Opere giuridiche, Napoli, Morano, 1965, v. I, p.195 e ss.
- _____. "Sul progetto preliminare Solmi". In: Opere giuridiche, Napoli, Morano Editore, 1965, v. I, p.295-385.
- _____. "Oralità nel processo". In: Nuovo digesto italiano, Torino, UTET, 1939, v. IX, p.178-180.
- _____. "Istituzioni di diritto processuale civile (secondo il nuovo codice)". 2.ed. agg., 1ª v., Padova, CEDAM, 1943.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Comentários ao Código de processo civil". v.III, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano". In: Giurisprudenza Italiana, 1969, IV, p.81 e ss.
- CARNELUTTI, Francesco. "Nuovo processo civile italiano". In: II Foro italiano, Roma, parte quarta, p.25-30.
- _____. "Cosa giudicata e processo parziale". In: Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, 1963, p.134.
- _____. "Diritto e processo". Napoli, Morano Editore, 1958.
- _____. "Istituzioni del processo civile italiano". 5. ed., emendata e aggiornata, 1ª v., Roma, Foro italiano, 1956.
- _____. "Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione". In: Rivista di diritto processuale civile, Padova, CEDAM, 1929, parte I, p.3-81.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "O novo Código de processo civil nos tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina". Coleção Ajuris III, Porto Alegre, 1976.
- CARPI, "Brevi note sui provvedimenti urgenti per il processo civile". In: Rivista trimestrali di diritto e procedura civile, Milano, Giuffrè, 1976, p.656 e ss.

- CASTRO MENDES, João. "Direito processual civil", Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "L'idea romana nel processo civile moderno". In: Rivista di diritto processuale civile, Padova, CEDAM, 1933, p. I, p.317-332.
- _____. "Istituições de direito processual civil". Tradução da 2. ed. italiana por J.Guimarães Menegale, com notas de E. T. LIEBMAN, São Paulo, Saraiva, 1945.
- _____. "Cosa giudicata e competenza". In: Saggi di diritto processuale civile, Roma, Società Editrice Foro italiano, 1931, v. II, p.411-423.
- _____. "Cosa giudicata e preclusione". In: Rivista italiana per le scienze giuridiche, Roma, Foro italiano, gennaio-marzo, 1933, Anno VII, Fasc. I, p.3-53.
- _____. "Principii di diritto processuale civile". 4.ed., Napoli, Nicola Jovene, 1928.
- _____. "Sulla cosa giudicata". In: Saggi di diritto processuale civile, Roma, Società Editrice Foro italiano, 1931, II v. , p.399-409.
- COUTURE, Eduardo J. "Os mandamentos do advogado". Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabri Editor, 1979.
- _____. "Fundamentos del derecho procesal civil". 3. ed., 12ª reimpressão, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- _____. "Introdução ao estudo do processo civil". 3. ed., Rio de Janeiro, José Konfino.
- CUENCA, Humberto. "Derecho procesal civil". 3. ed., Caracas, Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, 1976.
- CUNHA GONÇALVES, Luis da. "Tratado de direito civil". São Paulo, Max Limonad, 1956.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. "Comentários ao Código de processo civil". 3. ed., São Paulo, Editora Guaira, 1948.
- DENTI, Vittorio. "Appunti sulla riforma delle impugnazioni

- civile". In: II Foro italiano, Roma, 1982, parte quinta, p. 111-116.
- DENTI, Vittorio e SIMONESCHI, Guglielmo. "Il nuovo processo del lavoro (Commento alla legge, 11 agosto 1973, n.533)". Milano, Giuffrè, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo". São Paulo, R.T., 1987.
- D'ONOFRIO, Paolo. "Sul concetto di 'preclusione'". In: Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda, Padova, CEDAM, 1927, p.425-437.
- _____. "Legge interpretativa e preclusione". In: Rivista di diritto processuale civile, Padova, CEDAM, 1933, p. I, p.233-239.
- ECHANDIA, Hernando Devis. "Tratado de derecho procesal civil". Bogotá, Temis, 1961.
- FALZEA, Angelo. "Accertamento (teoria generale)". In: Enciclopédia del Diritto, v. I, Milano, Giuffrè, 1958, p.205-219
- FAZZALARI, Elio. "Il giudizio civile di cassazione". Milano, Giuffrè, 1960.
- _____. "Apunti sul rito del lavoro". In: Giurisprudenza Italiana, 1974, parte quarta, p. 1-15.
- _____. "Istituzioni di diritto processuale". 3. ed., Padova, CEDAM, 1963.
- FERRI, Conrado. "Struttura del processo e modificazione della domanda". Padova, CEDAM, 1975.
- FRANCHI, Giuseppe. "Commentario del codice di procedura civile". Diretto da Enrico Allorio, Libro primo, Tomo primo, UTET, Torino, 1980.
- GARBAGNATI, Edoardo. "I procedimenti d'ingiunzione e sfratto". 3. ed., Riv. Aum., Milano, Giuffrè, 1951.
- _____. "Questioni preliminari di merito e parti della sentenza". In: Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1977, p. 401-435.

- GLASSON, E. ; TISSIER, Albert. "Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile". Troisième édition , tome deuxième, Paris, Recueil Sirey, 1926.
- GRUNSKI, Wolfgang. "Il cosiddetto 'modello di stoccarda' e l'accelerazione del processo civile tedesco". In: Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1971, p.354-369.
- GUARNERI, Giuseppe. "Preclusione (Diritto processuale civile)". In: Novissimo digesto italiano, 3. ed., Torino, UTET, 1957, p. 350-376.
- GUASP, Jaime. "Derecho procesal civil". Instituto de Estudios Politicos, 1956.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. "Estudos de direito processual civil". Rio de Janeiro - São Paulo, Jurídica e Universitária, 1969.
- HABSCHEID, Walter K. "Introduzione al diritto processuale civile comparato". Rimini, Maggioli Editore, 1985.
- JIMENEZ, Jesus Saes; GAMBOA, Epifanio Lopez Fernandes de. "Compendio de derecho procesal civil y penal". Tomo I, Santillana, Madrid, 1969.
- LACERDA, Galeno. "Despacho saneador". 2. ed., Porto Alegre, Fabris, 1985.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Manuale di diritto processuale civile". 4. ed., Milano, Giuffrè, 1980 (1ª v.) e 1981 (2ª v.).
- _____. "Relazione e proposte per una riforma del processo civile de cognizione". In: Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1977, p. 452-499.
- _____. "Efficacia ed autorità della sentenza". Milano, Giuffrè, 1962.
- LOPES, João Batista. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional". In: Revista de processo, São Paulo, R.T. , 1984, n.35, pp.24-67.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. "Direito processual civil brasileiro". 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959.

- _____. "Manual elementar de direito processual civil", por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". In: Revista de processo, São Paulo, R.T., 1977, n.6, p. 77-109.
- MALCHIODI, "Nuova riforma del processo civile". In: Giurisprudenza Italiana, 1960, IV, p. 95 e ss.
- MANDRIOLI, Crisanto. "Corso di diritto processuale civile". 5. ed., Torino, Giappichelli, 1985.
- MARCATO, Antonio Carlos. "Preclusões: limitação ao contraditório?". In: Revista de processo, v. 17, pp. 105-114.
- MARQUES, José Frederico. "Instituições de direito processual civil". 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- _____. "Manual de direito processual civil". v. II, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1979.
- MILHOMENS, Jônatas. "Teoria e prática do despacho saneador". 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- MIRANDA, Vicente Chermont de. "Preclusão e coisa julgada". In: Revista Forense, v. 85, pp. 165-166, 1941.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Comentários ao Código de processo civil". 5. ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- _____. "Exegese do Código de processo civil". v. IV, Tomo I, Rio de Janeiro, AIDE.
- _____. "Considerações práticas sobre o agravo". Revista Forense nº 246 p.63-67.
- MONTESANO, Luigi. "Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito". In: Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1971, p.17-44.
- MONTESANO, Luigi e VACCARELLA, Romano. "Diritto processuale Del lavoro (Commento degli artt. 413-441 c.p.c.)". Napoli, Jovene, 1978.
- MORALES, Álvaro Leal. "Teoria del processo civil (las instituciones procesales)". 2. ed., Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1966.

- MOREL, René. "Traité élémentaire de procédure civile (organisation judiciaire - compétence - procédure)". Deuxième édition, Paris, Recueil Sirey, 1949.
- MORTARA, Lodovico. "Per il nuovo codice della procedura civile". "Riflessioni e proposte". In: Giurisprudenza italiana, Roma, 1923, IV, p.152 e ss.
- _____. "Atti del terzo congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891". U.T.E. Torino, 1891, p.74 e ss.
- _____. "Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile". 4. ed., Riv., Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923 (v. II).
- _____. "Manuale della procedura civile". Torino, UTET, 1921, (vols. I e II).
- _____. "Principii di procedura civile". 5. ed., Firenze, G. Barbèra Editore, 1904.
- ORBANEJA, Emilio Gomes e QUEMADA, Vicente Herce. "Derecho procesal civil". 5. ed., Madrid, 1962.
- PAJARDI, Piero. "Commentario del Codice di procedura civile". Diritto da Enrico Allorio, Libro secondo, Tomo primo, Torino, UTET, 1980.
- PLAZA, Manuel dela. "Derecho procesal civil español". 3. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Comentários ao Código de processo civil". Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- PRIETO-CASTRO Y FERNANDIZ, Leonardo. "Derecho procesal civil". 3. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1978.
- PROTO PISANI. "Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (un bilancio e una proposta)". In: Rivista di diritto processuale civile, Padova, CEDAM, 1972, p.35 e ss.
- RAMOS, Francisco. "Derecho procesal civil". Barcelona, Bosch, 1985.
- REDENTI, Enrico. "Sulle riforma della procedura civile". Milano, Giuffrè, 1939.

- _____. "Diritto processuale civile". 3. ed., aggiornata e rielaborata da Tito Carnacini e Mario Vellani, Milano, Giuffrè, 1980 (1ª vol.) e 1985 (2ª vol.).
- RICCIO, Stefano. "La preclusione processuale penale". Milano, Giuffrè, 1951.
- ROCHA, José de Moura. "Da preclusão e da atividade processual das partes, Recife, 1959.
- SARACINI, Eugenio. "Il termine e le sue funzione". Milano, Giuffrè, 1979.
- SATTA, Salvatore. "Diritto processuale civile". 9. ed., Riveduta ed ampliata a cura di Carmine Punzi, Padova, CEDAM, 1981.
- _____. "Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile". In: Jus - Rivista di scienze giuridiche, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1940, p.91-101.
- _____. "Il nuovo progetto di revisione del codice di procedura civile". In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, Giuffrè, 1958, p. 1302 e ss.
- _____. "Commentario al codice di procedura civile". Milano, Vallardi, 1959-1960.
- SEGNI, Antonio. "Intorno al nuovo procedimento civile". In: Jus - Rivista di scienze giuridiche, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1940, p.215-229.
- _____. "La riforma del processo civile e le sue direttive". In: Scritti giuridici, Torino, UTET, 1965, I, p.308 e ss.
- _____. "Procedimento civile". In: Scritti giuridici, Torino, UTET, 1965, v. I, p.3-195.
- _____. Scritti giuridici. Torino, UTET, 1965.
- SOLMI. "Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile". Osservazione e proposte sul progetto, Roma, Foro italiano, 1938.
- _____. "La riforma del Codice di procedura civile". Roma, Foro italiano, 1937.
- SOUZA, Everaldo de. In: Revista Forense, n.251, p.101. "Do princípio da eventualidade no sistema do código de processo civil".

- STEA, Carlo. "La teoria dei termini nel diritto processuale civile". Torino, UTET, 1912.
- TARZIA, Giuseppe. "Profili della sentenza civile impugnabile". Milano, Giuffrè, 1967.
- _____. "Manuale del processo del lavoro". 2. ed., Milano, Giuffrè, 1980.
- _____. "Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione - Sul procedimento di primo grado". In: Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1979, p. 241-251.
- TELLES, Gil Trota. "Jurisprudência sobre o Código de processo civil". Curitiba, Juruá, 1987.
- TESORIERE, Giovani. "Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile". Padova, CEDAM, 1983.
- _____. "Lineamenti di diritto processuale del lavoro". 2. ed., Padova, CEDAM, 1978.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. "Processo de conhecimento". 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- TUCCI, Rogério Lauria. "Do julgamento conforme o estado do processo". São Paulo, José Buschatski, 1975.
- VERDE, Vocino. "Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal Ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativo al processo civile". In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, Giuffrè, 1976, p. 636 e ss.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. "Diritto processuale civile". 4. ed., agg., Milano, Giuffrè, 1974 (v. I).

ÍNDICE

Introdução	1
1 - Caráter teleológico do processo	1
2 - O ideal buscado pelo processo: uma decisão justa e rápida	2
3 - A preclusão como meio de obtenção de um processo célere	5
4 - Objeto da dissertação	6
5 - Alguns esclarecimentos metodológicos	8
Capítulo I - Conceito, finalidade, efeitos e classificação.	10
1 - Conceito	10
2 - Finalidade da preclusão	21
3 - Efeitos	24
4 - Classificação	26
4.1 - Introdução	26
4.2 - Classificação na doutrina brasileira	28
4.3 - Preclusão "pro judicato"	31
Capítulo II - Críticas ao instituto da preclusão	36
1 - Introdução	36
2 - As modificações sugeridas por D'Inofrio e Andreoli	38
3 - As legações de Satta, Falzea e Attardi	42
Capítulo III - Breve aceno histórico	54
1 - Origem do instituto	54
2 - Direito brasileiro	57
Capítulo IV - Distinção de figuras afins	59
1 - Introdução	59
2 - Preclusão e nulidade	59

3 - Preclusão e prescrição	60
4 - Preclusão e decadência	62
5 - Preclusão e coisa julgada	68
Capítulo V - A preclusão no atual código de processo civil brasileiro	79
1 - A rigidez do procedimento	79
2 - Estabilização da demanda	80
3 - Princípio da eventualidade	82
4 - Preclusão de faculdades processuais	85
5 - Poderes do juiz e preclusão	88
6 - Provas e preclusão	93
Capítulo VI - Preclusão, condições da ação e pressupostos processuais	103
1 - Introdução	103
2 - A matéria no código atual	106
3 - O efeito preclusivo da decisão que afirma existentes os pressupostos processuais e as condições da ação e o artigo 267, § 3º do código de processo civil.....	117
4 - Conclusão	127
Conclusões	132
Bibliografia	135
Índice	145