



ELISA MARTINEZ GIANNELLA

ASPECTOS GERAIS DA PRECLUSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

SÃO PAULO
2014

ELISA MARTINEZ GIANNELLA

**ASPECTOS GERAIS DA PRECLUSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial a obtenção do grau de especialização “latu sensu” em Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Ms. Kátia Aparecida Mangone, da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica – São Paulo.

SÃO PAULO

2014

ELISA MARTINEZ GIANNELLA

**ASPECTOS GERAIS DA PRECLUSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como
requisito parcial a obtenção do
grau de especialização “latu sensu”
em Direito Processual Civil.

Orientadora Prof^a. Kátia Aparecida
Mangone.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o.

Prof^o.

Prof^o.

SÃO PAULO

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar forças e sabedoria para lutar dia a dia. Os meus mais sinceros agradecimentos também à Prof^a Katia, que com paciência e dedicação me apoiou nos debates em classe e muito contribuiu para a conclusão do presente trabalho. Agradeço aos professores e coordenadores desta Instituição de Ensino, que contribuíram pelo aperfeiçoamento do meu estudo e crescimento profissional. Agradeço aos meus pais, Alexandre e Marli, pelo apoio incondicional na carreira que escolhi, bem como na minha formação pessoal. Agradeço ao meu noivo, que sempre está comigo e torna os meus dias melhores. Agradeço a todos os amigos da Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, que diariamente contribuem para minha formação e especialização. Não deixaria de fora as amizades que construí durante esses anos, pelo apoio, contribuição e incentivo. Um abraço a todos que fizeram parte de mais esta etapa em minha vida, meu sincero agradecimento.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo a análise do instituto da preclusão no sistema processual civil brasileiro, especialmente suas modalidades e aplicação na prática forense. Deste modo, aborda-se a origem da preclusão, sua previsão legal e, de conseguinte, sua existência frente aos princípios processuais, bem como a atual mitigação do formalismo processual. Aborda-se, ainda, as modalidades da preclusão no sistema Chiovendiano, adotado pela corrente majoritária, bem como as principais críticas relativas ao tema. Partindo do estudo realizado, passa-se a análise da preclusão para o juiz, denominada “preclusão pro judicato”, e sua coexistência com cada uma das modalidades previstas no sistema Chiovendiano. Ao final, analisa-se o instituto de acordo com a atual redação do projeto de lei que visa à criação do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Preclusão. Modalidades. Pro Judicato. Preclusão no Projeto de Lei 8.046/10.

ABSTRACT

This monograph is an analysis of the scope of preclusion in the Brazilian's Code of Civil Procedure, especially the methods and application in practice. It approaches the origin of preclusion, a legal forecasting, and therefore their existence compared to the procedural principles as well as the current mitigation of the procedural formalism. The present work also review the modalities of preclusion in Chiovendia system, adopted by the current majority, as well as the major criticisms regarding this system. Due to its specific characteristics, the analysis also comprehend the preclusion of judge called "preclusion pro judicato" and the coexistence of each one with the modalities provided in Chiovendia system. On the other hand, the work also covers the aspects that must be considered of the institute and the changes promised in the project of law that aims the creation of a new Brazilian Civil Procedure Code.

Keywords: Civil Procedure Law. Preclusion. Modalities. Chiovenda. Estoppel.

SUMÁRIO

RESUMO	IV
ABSTRACT	V
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1	
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O ESTUDO DA PRECLUSÃO	
NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	
1.1 Origem do termo Preclusão	9
1.2 Conceituação	10
1.3 Natureza Jurídica.....	12
1.4 Efeitos da Preclusão	13
1.5 Classificação segundo a teoria chiovendiana	14
CAPÍTULO 2.	
ASPECTOS GERAIS DA PRECLUSÃO	
2.1 Preclusão como princípio processual.....	16
2.2 Preclusão e o Princípio da Eventualidade	17
2.3 Preclusão e o sistema das nulidades processuais.....	18
2.4 Preclusão e a coisa julgada	21
2.5 Preclusão e as questões de ordem pública.....	24
CAPÍTULO 3.	
MODALIDADES DE PRECLUSÃO. TEORIA CHIOVENDIANA	
3.1 Introdução	26
3.2 Preclusão Temporal	26
3.2.1 Conceituação	26
3.2.2 Preclusão temporal e a disciplina dos prazos processuais	27
3.2.3 Mitigação/ Relativização da preclusão temporal.....	28
3.2.4 Efeitos da preclusão temporal	30
3.2.5 Preclusão temporal e a decadência	30
3.3 Preclusão Lógica	32
3.3.1 Conceituação.....	32
3.3.2 A preclusão lógica e o Princípio da Eventualidade	33
3.3.3 A preclusão lógica e <i>venire contra factum proprium</i>	35
3.4 Preclusão Consumativa	35

3.4.1 Conceituação.....	36
3.4.2 Preclusão consumativa e a classificação de Barbi	36
3.4.3 Preclusão consumativa e a deficiência do ato processual.....	37
3.4.4 Preclusão consumativa e a crítica de Heitor Vitor Mendonça Sica	38

CAPÍTULO 4.

PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. *PRO IUDICATO*. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

4.1 Noções introdutórias	41
4.2 O termo preclusão pro judicato/pro iudicato	41
4.3 Conceituação	43
4.4 Efeitos da Preclusão Pro Judicato	44
4.5 Preclusão Temporal Pro Judicato	45
4.6 Preclusão Lógica Pro Judicato	47
4.7 Preclusão Consumativa Pro Judicato	48
4.8 Questões de Ordem Pública e a Preclusão Pro Judicato	49

CAPÍTULO 5.

OUTRAS CLASSIFICAÇÕES DA PRECLUSÃO

5.1 Breves considerações	53
5.2 Preclusão Sanção ou Preclusão Punitiva	53
5.3 Preclusão no Projeto do Novo CPC – Preclusão “Elástica”	55
CONCLUSÃO	59
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

Na monografia a ser desenvolvida, far-se-á um trabalho que tem como objetivo analisar juridicamente o instituto da Preclusão no ordenamento Processual Civil brasileiro. A preclusão é concebida, em um panorama generalista, como a perda do direito da parte praticar um ato processual.

No decorrer do presente trabalho será feita uma exposição sobre o instituto, discorrendo sobre suas origens e evolução histórica, assim como será realizado o correto enfoque acerca do tema, partindo de sua natureza jurídica e as suas modalidades, de acordo com a divisão estabelecida pela doutrina.

Através do presente estudo será abordada, ainda, a preclusão como princípio processual, bem como a possibilidade de sua aplicação não só às partes processuais, como também ao juiz, no que é atualmente conhecido como *preclusão pro judicato*.

Ao final abordaremos, ainda, outras modalidades do instituto da preclusão que, apesar de indicadas por alguns doutrinadores, não são atualmente adotadas pela doutrina majoritária, bem como faremos uma breve indicação da preclusão no Projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite.

Assim, objetiva-se encontrar no presente trabalho elementos de auxílio para melhor compreensão dos aspectos gerais do instituto da preclusão.

CAPÍTULO 1

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O ESTUDO DA PRECLUSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1 Origem do termo Preclusão

Preclusão, do latim *praeclusionone*, de *prae*, diante de, ou adiante de, e *cludere*, forma arcaica de *claudere*, fechar, cerrar, tapar¹.

O instituto da preclusão remonta ao direito romano-canônico, quando a preclusão assumia uma característica de punição aos litigantes, concebida como ameaça jurídica. Figura semelhante remonta também aos processualistas franceses do século XIX, denominada como *forclusion*, entendida como a caducidade relacionada aos direitos processuais e materiais das partes.²

Oskar Büllow (*in Civilprozeessualische Fiktionen und Wahrheiten Archiv für die Civilistische Praxis*, 62(1879):1-96, esp. 54-6), nas palavras de Bento Herculano Duarte, “detido na análise da preclusão, pontuava com clareza que a circunstância do não agir da parte constitui fundamento decisivo para seu prejuízo jurídico.”³

Fernando Rubin, citando José Frederico Marques e Manoel Caetano Ferreira Filho, aduz que, no Brasil, tudo indica que foi Manuel Aurelino de Gusmão, em meados de 1922, o primeiro doutrinador a fazer menção expressa ao instituto da preclusão, ainda que de maneira indireta, em estudo relativo à coisa julgada material e formal.

Na legislação pátria, Rubin destaca que somente o Código de 1973 passou a adotar o termo preclusão, em que pese reconhecer que o Código de 1939, e alguns outros diplomas legais, previam a perda do

¹DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 314.

²Ibidem, p. 315.

³DUARTE, Bento Herculano. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil**: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Método, 2012, p. 103.

direito da parte de praticar atos processuais após ultrapassado o momento adequado, sem, contudo, utilizarem o nome *iuris* do instituto.⁴

1.2 Conceituação

A preclusão pode ser conceituada como a perda do direito da parte de praticar um ato processual pelo transcurso do tempo, pela prática do ato ou pela prática de outro ato, impeditivo daquele, constituindo hipóteses em que há uma situação de estabilidade processual, insuscetível de modificação. Neste sentido, leciona Antônio Carlos Marcato, citando Chiovenda:

Chiovenda, o primeiro jurista a traçar com segurança os contornos da preclusão [...], definiu-a como a “perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”.

Tal definição, incompleta por não caracterizar concretamente quais seriam os “limites assinados por lei”, levou o grande processualista a complementá-la, *in verbis*: “entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) de não haver observado a ordem assinalada por lei para o seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal de atividades e das exceções; b) ou de haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a apresentação de uma exceção incompatível com outra ou a prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de haver já exercitado validamente a faculdade (consumação propriamente dita).⁵

Celso Agrícola Barbi, ao comentar o conceito de Chiovenda sobre preclusão, destaca que este não corresponde à compreensão do instituto, tal como o próprio Chiovenda ensina em seus diversos ensaios:

⁴RUBIN, Fernando. **A prevalência da justiça estatal e a importância do fenômeno preclusivo**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2267&autor=Fernando%20Rubin>. Acesso em: 19/09/2014, às 18h40.

⁵MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo nº 17, 1980, p. 106-107.

A compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer: a preclusão abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz.⁶

Como defende Fredie Didier Jr., não há processo sem preclusão. A preclusão limita o exercício abusivo dos poderes processuais das partes (extemporâneas, contraditórias ou repetitivas), bem como impede que questões já decididas no curso da demanda sejam reexaminadas (retrocesso). Afirma, assim, que a preclusão atua em prol da segurança jurídica.⁷

A preclusão tem cunho processual, não se manifestando no plano do direito material. Cuida de fenômeno endoprocessual, ou seja, seus efeitos atingem somente o processo em que ela se verifica.⁸

Como bem observa Humberto Theodoro Jr., o mais eficiente mecanismo de efetividade processual é o instituto da preclusão:

Por vários meios o juiz cumpre, portanto, a tarefa de eliminar os obstáculos à regular marcha do processo e de tornar efetivo o ideal de rápida composição do litígio, como, por exemplo, a repressão à litigância de má-fé, o julgamento antecipado da lide, o indeferimento de provas desnecessárias, etc. O mais eficiente, porém, de todos os mecanismos com que o processo conta para implementar esse objetivo é, sem dúvida, o instituto da preclusão.⁹

Para concluir, Heitor Vitor Mendonça Sica sintetiza a preclusão “genericamente considerada” como um meio de “impedir um retorno à fase que já se exauriu para que a parte exercite um direito processual como para que o juiz reveja decisão incidental que já tenha sido proferida e que não tenha sido recorrida”.¹⁰

Partindo dos conceitos fixados pela doutrina renomada sobre o assunto, percebe-se que a preclusão, como instituto do direito

⁶BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense nº 258, 1955, p. 61.

⁷DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**, vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 317.

⁸MARINONI, Tereza Cristina. **Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?)**. Revista de Processo nº 62, 1991, p. 302.

⁹THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 7.

¹⁰SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 92.

processual, tem como objetivo principal impulsionar o procedimento, impedindo a prática de atos por ela atingidos.

1.3 Natureza Jurídica

Partindo da adoção da classificação da preclusão realizada por Chiovenda, que será oportunamente exposta, temos a preclusão com natureza de efeito jurídico, na medida em que a preclusão esta diretamente relacionada com o ônus da prática do ato processual em benefício da própria parte, pois, se esta não o fizer, ou fizer de maneira incompatível, esse comportamento acarretará nas consequências preclusivas.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira aduz que tratar a preclusão apenas como um efeito jurídico parece mais adequado, pois embora ela possa ser causa de efeitos jurídicos, “nada impediria de considerar como causa do efeito subsequente não a preclusão em si mesma, mas sim o fato jurídico do qual ela decorreu”.¹¹

Mauricio Giannico, após lona dissertação sobre a natureza jurídica da preclusão, aduzindo inclusive ensaio sobre a preclusão como sanção, reputa ser a natureza jurídica da preclusão como fato jurídico impeditivo.¹²

Contudo, e conforme será oportunamente exposto, Fredie Didier Jr.¹³ e João Batista Lopes¹⁴ discordam da classificação da preclusão proposta por Chiovenda – e adotada pela remansosa doutrina pátria –, incluindo a preclusão-sanção que, conseqüentemente, tem natureza jurídica sancionatória, decorrente da prática de ato ilícito.

Logo, para João Batista Lopes, a preclusão definida apenas como fato processual impeditivo acaba por deixar de lado um dos traços mais

¹¹NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium***. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 334.

¹²GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57-74

¹³DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014,, p. 324.

¹⁴LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 46-47.

significativos da preclusão, o de penalidade. Penalidade esta que, segundo Lopes, é *sui generes*, na medida em que não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito, impedindo que a parte pratique o ato processual fora do momento próprio.¹⁵

Como se viu, podemos concluir que a preclusão tem natureza de fato jurídico impeditivo pela posição doutrinária majoritária, porém, tendo em vista os apontamentos mencionados da preclusão como sanção, pelo brilhantismo de sua exposição e fundamentação, será tema abordado em tópico próprio ao final do presente trabalho.

1.4 Efeitos da Preclusão

Os efeitos da preclusão operam internamente no processo, estabilizando e consolidando as fases procedimentais a ele inerentes, tendo sua razão de ser, exclusivamente, no processo.

Por efeito da preclusão, considera-se que a parte perdeu a faculdade de exercer determinado ato processual ou de obter determinada utilidade no processo.

A observância/inobservância da preclusão no sistema processual pode gerar consequências dentro e fora do processo em que tenha ocorrido.

A preclusão simples, havida dentro do processo, impulsiona o procedimento rumo ao provimento jurisdicional; chegado ao fim o processo, tem-se a preclusão máxima, que recaindo sobre provimento jurisdicional de mérito e fundamentada em cognição exauriente, surte efeitos para fora do processo. Contudo, a inobservância da preclusão pode ocasionar a invalidade dos atos processuais.

Celso Agrícola Barbi destaca que uma das características mais interessantes da preclusão é essa limitação de que seus efeitos restringem-se ao processo em que ela se verificou.¹⁶

¹⁵ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 47.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense nº 258, 1955, p. 66.

O ato processual praticado pela parte ao arrepio da preclusão, quando não poderia fazê-lo, acarretando prejuízos para as partes ou para o interesse público, será defeituoso, podendo ser invalidado.

Conclui Didier¹⁷, que a preclusão tem um cunho preventivo/inibitório, visando inibir a prática de ilícito processual invalidante, mas, praticado o ilícito invalidante e prejudicial, inevitável a declaração de sua invalidade.

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, a perempção também é um efeito associado à preclusão, que não se confunde com esta, mas vêm a ela associado, “e que ocorre no momento em que o autor, pela terceira vez consecutiva, deixa de adimplir o ônus de dar impulso ao processo”.¹⁸

1.5 Classificação segundo a teoria chiovendiana

Para efeitos do presente estudo, adotaremos a classificação da preclusão sugerida por Chiovenda, atualmente adotada pela imensa maioria dos doutrinadores pesquisados.¹⁹

Chiovenda classifica a preclusão de acordo com o seu fato gerador (fato jurídico) em três espécies: temporal, consumativa e lógica. A primeira, ligada ao decurso do prazo para a realização do ato; a segunda, ligada ao ato já realizado que não poderá ser repetido; e, a última, decorrente da prática de um ato que impede a realização de outro incompatível com o primeiro.²⁰

Humberto Theodoro Jr., citando José Frederico Marques, observa que: “a preclusão temporal e a preclusão lógica são preclusões

¹⁷DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**, vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 328.

¹⁸SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 155.

¹⁹NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium***. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 332.

²⁰MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo, nº 17, 1980, p. 106.

impeditivas. Já a terceira forma de preclusão, que é a consumativa, tem o caráter e a natureza de ato extintivo”.²¹

As modalidades de preclusão acima transcritas serão objeto de capítulo próprio.

²¹THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 9.

CAPÍTULO 2

ASPECTOS GERAIS DA PRECLUSÃO

2.1 Preclusão como princípio processual

Para Fernando Rubin “o instituto da preclusão pode ser concebido como verdadeiro princípio processual, ao passo que considerado não em si mesmo, mas no seu complexo”.²²

Fredie Didier Jr., ao tratar da preclusão também se utiliza do conceito de “princípio da preclusão”²³.

Fernando Rubin, após análise da obra de Eduardo J. Couture, ***Fundamentos del derecho procesal civil***, adverte que a preclusão, no sistema processual moderno, está “erigida à classe de um princípio básico ou fundamental do procedimento, manifestando-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva”, para, ao final, concluir que a preclusão impede o regresso do processo a etapas e momentos processuais já extintos ou consumados.²⁴

Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior, em obra que sintetiza os princípios do processo civil brasileiro, ao abordarem o tema da preclusão, são enfáticos ao afirmarem que “*Arremata-se a abordagem dos princípios gerais do processo com o postulado da preclusão.*” O princípio da preclusão, segundo mencionados doutrinadores, contribui diretamente para a finalização do processo, evitando a prática de má-fé processual.²⁵

Prosseguindo em sua obra, destacam que a preclusão, como princípio processual, inviabiliza a rediscussão de matérias superadas

²²RUBIN, Fernando. **A prevalência da justiça estatal e a importância do fenômeno preclusivo**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2267&autor=Fernando%20Rubin>. Acesso em: 19/09/2014, às 18h40.

²³DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 317.

²⁴RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 17.

²⁵DUARTE, Bento Herculano. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil**: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Método, 2012, p. 102.

pela própria tramitação processual, possibilitando o prosseguimento do feito para sua finalização, caracterizando-se como um assegurado do princípio da segurança jurídica.

A preclusão pode e deve ser admitida como um princípio processual, na medida que, através da existência e aplicabilidade do instituto, não só é possível a regular tramitação do processo, caminhando sempre em busca do provimento final, como acaba por garantir o cumprimento dos demais direitos processuais constitucionalmente previstos.

2.2 Preclusão e o Princípio da Eventualidade

Para Humberto Theodoro Junior²⁶, a preclusão tem natureza jurídica de princípio, mais especificamente o princípio da eventualidade. Para o doutrinador, pelo Princípio da eventualidade ou da preclusão, todos os atos processuais devem ser realizados dentro de sua fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticá-los.

Assim como Humberto Theodoro Jr., Tereza Cristina Marinoni correlaciona o instituto da preclusão com o princípio da eventualidade.²⁷

Celso Agrícola Barbi, contudo, destaca que ainda que seja possível a aproximação do princípio da preclusão com o da eventualidade, não se pode esquecer a natureza de cada um. Nas palavras do autor “é, assim, a preclusão conceito indispensável ao princípio da eventualidade. A recíproca, porém, não é verdadeira: a preclusão pode se dar em muitos outros casos e é aplicável nos sistemas onde não se adota a eventualidade”.²⁸

²⁶THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 46.

²⁷MARINONI, Tereza Cristina. **Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?)**. Revista de Processo nº 62, 1991, p. 302.

²⁸BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense nº 258, 1955, p. 61-62.

Heitor Vitor Mendonça Sica aduz o equívoco havido na identificação da preclusão com o princípio da eventualidade, em que pese ser inegável que ambos estão associados. Para o autor, contudo, a preclusão é muito mais abrangente, conquanto a eventualidade recaia sobre os dois principais direitos que assistem às partes (articular a demanda e a defesa), a preclusão “permeia todo o processo, atingindo um sem-número de atos processuais”.²⁹

Conforme será exposto ainda neste estudo, Heitor Vitor Mendonça Sica, em sua dissertação sobre a preclusão temporal, destaca ainda a inaplicabilidade desta ao princípio da eventualidade para fins de inicial e contestação.

Maurício Giannico, correlaciona a existência do princípio da eventualidade com a preclusão, tendo em vista que ambos são responsáveis por impulsionar o processo em sua marcha rumo ao provimento final, porém, destaca que as figuras não se confundem, tendo em vista que a preclusão é instituto muito mais amplo e independe da aplicação do princípio da eventualidade.³⁰

Não há como se afastar a identidade existente entre os princípios da eventualidade e da preclusão, mas, ressalvado o entendimento de Humberto Theodoro Jr. e Tereza Cristina Marinoni, outra conclusão não há senão a de que o princípio da preclusão independe da existência do princípio da eventualidade e se aplica durante todo o *iter* processual, e, portanto, tem aplicabilidade muito mais ampla.

2.3 Preclusão e o sistema das nulidades processuais

Ponto que merece destaque no presente estudo diz respeito à aplicabilidade da preclusão na arguição das nulidades processuais.

²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165-168.

³⁰ GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29-30.

Para fins do presente estudo, adotaremos o conceito de nulidades processuais de Teresa Arruda Alvim Wambier, que adota a existência das nulidades absolutas e relativas:

São nulidades absolutas vícios ligados aos pressupostos processuais (positivos de existência, positivos de validade, e negativos) e as condições da ação. Todos os outros defeitos, de que padecer o processo, serão vícios de forma e serão nulidades relativas ou anulabilidades, caso o sistema positivo não disponha expressamente em sentido inverso.³¹

Humberto Theodoro Jr. diferencia os efeitos da preclusão nas nulidades relativas e absolutas, consignando que, nas primeiras, caso a parte não alegue na primeira oportunidade de falar nos autos, gera sua convalidação, aplicando-se a preclusão, exceto nas hipóteses de “legítimo impedimento” comprovado pela parte litigante. Já as nulidades absolutas não se convalidam e, portanto, podem ser alegadas a qualquer tempo, não havendo que se falar em preclusão.³²

José Miguel Garcia Medina reforça que não há preclusão em se tratando de nulidades absolutas. Em sua obra, destaca que somente as nulidades relativas reputam-se sanadas caso não arguidas, enquanto as nulidades absolutas, ao contrário, geram a nulidade do processo, atingindo até mesmo os atos processuais realizados posteriormente.³³

José Frederico Marques leciona, com relação às nulidades relativas, que na hipótese de haver decisão formal sobre a ordem do processo, não há que se falar em preclusão *pro judicato*, cuidando a hipótese de preclusão temporal, imposta à parte que não alegou a matéria no momento oportuno:

Quando o juiz não teve de resolver questão alguma daquelas resultantes dos arts. 267 e 301, limitando-se a declarar simpliciter o processo em ordem, inexistente preclusão *pro judicato*. Poderá registrar-se apenas

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 300-301.

³² THEODORO JR., Humberto. **As nulidades no Código de processo Civil**. Revista de Processo nº 30, 1983, p. 48.

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução. Nulidade. Inexistência de Preclusão**. Revista de Processo nº 112, 2003, p. 194-195.

preclusão temporal, com base no art. 245, para as nulidades relativas que o réu não invocou, com o seu respectivo e consequente saneamento.³⁴

Vitor Heitor Mendonça Sica relaciona a inviabilidade da preclusão das nulidades absolutas, com a inexistência de preclusão dos pressupostos processuais e condições da ação, tendo em vista que, segundo o autor, em todas estas normas processuais prepondera o interesse público que não é atingido pela preclusão.³⁵

Destaque-se, ainda, posicionamento de Antônio Carlos Marcato no sentido de que não há qualquer semelhança entre preclusão e nulidades processuais:

Semelhança não há entre preclusão e nulidades processuais. Estas são, por sua própria índole, em regra sanáveis, sempre que não redundarem em prejuízo e o ato atingir sua finalidade, ao passo que os efeitos da preclusão, uma vez consumados, não mais podem ser eliminados porque isso implicaria quebra da harmonia procedimental e desestabilizaria as situações processuais já consolidadas.³⁶

No mesmo sentido, Maurício Giannico, destaca que os institutos da preclusão e nulidade não se identificam, pois conquanto as nulidades relacionam-se com os atos viciados, a preclusão somente marca o momento em que a nulidade poderá ser arguida. Ademais, ao contrário das nulidade, que em sua maioria são sanáveis, a preclusão é fato processual que não pode ser ignorado.³⁷

Acredito que não há discussão sobre a aplicabilidade da preclusão nas nulidade processuais relativas, na medida em que não se discute a possibilidade de sua convalidação pela não arguição pela parte no momento oportuno, assim, estamos diante de hipótese de preclusão temporal, como bem destacou José Frederico Marques.

³⁴MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. 2. Campinas: Millenium, 2000, pag. 352.

³⁵SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

³⁶MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo, nº 17, 1980, p. 108.

³⁷GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 92-93.

Quanto as nulidade absolutas, admite-se a tese de Heitor Vitor Mendonça Sica, pois estas devem ser consideradas, para efeitos da preclusão, assim como as matérias de ordem pública e pressupostos processuais, e, portanto, serão objeto de ponto específico no presente trabalho.

2.4 Preclusão e a coisa julgada

Adotaremos a breve definição de coisa julgada material e coisa julgada formal para a apreciação do ponto, nas palavras do Prof. Daniel Amorim Assumpção Neves:

“A coisa julgada material seria exclusividade das sentenças definitivas, que julgam o mérito da demanda. [...] Já a coisa julgada formal é fenômeno tanto da sentença de mérito como da sentença terminativa. [...] Enquanto a coisa julgada material tem efeitos exteriores ao processo, a coisa julgada formal opera-se exclusivamente no interior do processo em que foi proferida a sentença.”³⁸

A correlação existente entre os institutos da preclusão e o da coisa julgada deriva especialmente do fato de que tanto a preclusão, como especialmente a coisa julgada formal, são fenômenos endoprocessuais.

Segundo Marcato, a coisa julgada formal e a preclusão são fenômenos processuais que, ao término da tramitação processual, apresentam os mesmos efeitos, possuem a mesma finalidade e alcance, qual seja, impedir o reexame da sentença não mais sujeita a recursos.³⁹

João Batista Lopes, contudo, em sua análise sobre a preclusão, aduz a necessidade de se distinguir preclusão de coisa julgada, na

³⁸NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, às 18h.

³⁹MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo nº 17, 1980, p. 110.

medida em que a utilização da expressão “preclusão máxima” para denominar a coisa julgada formal não contribui para o estudo técnico-jurídico dos institutos. Nas palavras do doutrinador, “a existência do instituto da preclusão não autoriza, como querem alguns, a supressão do conceito de coisa julgada formal.”⁴⁰

Em sentido oposto, Humberto Theodoro Jr. afirma que “não há utilidade prática, nem teórica, em distinguir a coisa julgada formal da preclusão”.⁴¹

Tereza Cristina Marinoni é enfática sobre a necessidade de distinção entre as figuras da preclusão e a coisa julgada, embasando seu posicionamento nos ensinamentos de Moniz de Aragão:

“Conforme ensina Moniz de Aragão, aquela (coisa julgada), como atributo da sentença e só da sentença propriamente dita relaciona-se com a imutabilidade que garante contra qualquer modificação ou em outro processo, que futuramente surja. A outra (preclusão), diversamente, tem âmbito mais modesto: como atributo de pronunciamentos que não são sentenças (na acepção chiovendiana), vive no interior do processo em que tal estabilidade deva ser assegurada... A preclusão diz com a estabilidade das decisões (art. 162, § 2º) proferidas no transcorrer do processo, que solucionam questões”.⁴²

Daniel Amorim Assumpção Neves destaca, baseado na lição de Manoel Caetano Ferreira Filho, que a principal diferença existente entre a coisa julgada formal e a preclusão é que a primeira impede a discussão de qualquer matéria dentro daquela relação jurídica processual, inclusive das matérias que não estão sujeitas aos efeitos da segunda, como as questões de ordem pública sendo, portanto, mais abrangente.⁴³

Humberto Theodoro Jr., ao apreciar a questão da preclusão *pro judicato* das questões incidentais decididas no curso da lide, destaca

⁴⁰LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 48.

⁴¹THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 23.

⁴²MARINONI, Tereza Cristina. **Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?)**. Revista de Processo nº 62, 1991, p. 302-303.

⁴³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, às 18h40.

que, embora não se possa falar em coisa julgada para decisões interlocutórias, na medida em que esta se reserva para os efeitos da sentença, a preclusão decorrente destas decisões equivale a uma espécie de coisa julgada formal dentro do processo em que foi proferida.⁴⁴

Prosseguindo no exame da matéria, referido doutrinador destaca, embasado nas doutrinas de Elmano Cavalcanti de Freitas e José Frederico Marques, que enquanto a coisa julgada tende a projetar-se fora do processo em que proferida a sentença, a preclusão se exaure no processo em que declarada e não impede o novo exame da questão em outro processo. De qualquer sorte, para Humberto Theodoro Jr. “a coisa julgada formal não é outra coisa que a última preclusão ocorrida dentro do processo”.⁴⁵

Celso Agrícola Barbi conclui que o conceito de preclusão substitui o conceito de coisa julgada formal por sua maior abrangência:

“O conceito de preclusão, mais abrangente, - pois além de se referir a questões pode se referir também a faculdade – substitui, portanto, no estado atual do Direito, o de coisa julgada formal, o qual só permanece pela tenaz resistência das coisas velhas e difundidas no Fôro.”⁴⁶

Para Fernando Rubin, enquanto a coisa julgada, seja formal, seja material, vincula-se especificamente às sentenças não mais passíveis de exame, a preclusão atinge não só sentenças, mas também decisões interlocutórias, para, ao final, concluir que somente é identificável com a coisa julgada formal a preclusão recursal, ou seja, a preclusão de questão final.⁴⁷

Do estudo realizado, percebe-se que a coisa julgada material não se confunde com a preclusão, porém muitos doutrinadores acreditam que a coisa julgada formal nada mais é do que a própria preclusão. Contudo, e conforme bem destaca Humberto Theodoro Jr., não há como

⁴⁴THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 9.

⁴⁵Ibidem, p. 19-23.

⁴⁶BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense nº 258, 1955, p. 63.

⁴⁷RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 62-69.

se afastar a incidência e as consequência diversas dos institutos, especialmente após o trânsito em julgado do processo existente, pois a coisa julgada gera efeitos fora do processo, enquanto a preclusão, conforme já se viu, atinge apenas os atos processuais existentes no processo em que verificada.

2.5 Preclusão e as questões de ordem pública

Conforme se viu, outra conclusão não há senão a de que a preclusão é um instituto processual essencial para o desenvolvimento válido e regular do processo, permitindo que o processo se desenrole de forma ordenada, segura e coerente, rumo ao seu destino final: o provimento jurisdicional.

Para o reconhecimento e prosseguimento de uma ação, necessário o preenchimento dos pressupostos processuais, que são agrupados pela doutrina em pressupostos subjetivos e objetivos. Os pressupostos subjetivos relacionam-se com os sujeitos dos processos, enquanto os objetivos têm relação direta com os atos processuais e, por isso, é que este último importa para o presente trabalho.

O cumprimento dos pressupostos processuais objetivos, atinentes aos atos processuais, pode ser apreciado pelo magistrado desde o momento da distribuição da demanda. Em que pese tal fato, caso a matéria não seja apreciada desde logo, discute-se se a matéria, em regra, não estaria sujeita à preclusão.

Katia Aparecida Mangone, citando lição de Humberto Theodoro Jr., destaca posicionamento no sentido de que os pressupostos processuais e as condições da ação são indispensáveis ao processo e, portanto, insuscetíveis de preclusão, *“mesmo quando a questão já tenha sido objeto de decisão sem oportuno recurso da parte.”*⁴⁸

Como bem adverte Humberto Theodoro Jr. os pressupostos processuais e as condições da ação são matérias de ordem pública,

⁴⁸MANGONE, Katia Aparecida. **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

condicionando a legitimidade do próprio exercício da jurisdição e, portanto, não precluem. O autor delimita a matéria destacando que referida “regra” se aplica somente se não decidido o mérito da causa.⁴⁹

Em sentido oposto, João Batista Lopes defende a possibilidade de o juiz apreciar matérias relativas aos pressupostos processuais e as condições da ação, pois cuidam de questões que se encontram fora do poder dispositivo das partes e, portanto, seria inaplicável a preclusão na espécie. Entretanto, caso a questão já tenha sido decidida, opera-se a preclusão, em cumprimento aos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais⁵⁰.

O processo civil é o instrumento de atuação e uma das funções soberanas do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, quando presente questões de ordem pública, mais do que o interesse dos litigantes, sobressai o interesse público do desempenho jurisdicional. Não se opera a preclusão nestas hipóteses, pois não se está diante de direito disponível dos litigantes.

Ressalvado o entendimento de Humberto Theodoro Jr., e em consonância com o entendimento esposado por Katia Aparecida Mangone e João Batista Lopes, em virtude do princípio da segurança jurídica, aplica-se a preclusão para as questões de ordem pública somente se já decididas no processo, e desde que não tenham sido objeto de recurso, o mesmo se entende com relação as nulidade absolutas mencionadas em tópico anterior.⁵¹

⁴⁹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 589-590.

⁵⁰ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 54-57.

⁵¹ MANGONE, Katia Aparecida. **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

CAPÍTULO 3

MODALIDADES DE PRECLUSÃO – TEORIA CHIOVENDIANA

3.1 Introdução

Conforme exposto, Chiovenda classifica a preclusão de acordo com o seu fato gerador (fato jurídico) em três espécies: temporal, consumativa e lógica.

Abordaremos no presente estudo cada uma das modalidades de preclusão, visando definir seu conceito de maneira ampla e destacar seus aspectos principais.

3.2 Preclusão Temporal

3.2.1. Conceituação

A preclusão temporal consiste na perda do exercício do ato processual em razão do seu não cumprimento, ou cumprimento inoportuno. Nas palavras de Fredie Didier “*a perda do prazo é inércia que implica preclusão*”⁵².

Não realizado o ato processual dentro do prazo previsto por lei, ou por determinação do juiz, ele não poderá mais ser realizado, já que extemporâneo. Evidente, portanto, a preclusão temporal para a prática do ato.

Nas palavras do Mestre Humberto Theodoro Jr.:

Cabe à preclusão a tarefa de fazer cessar a faculdade processual, quando atingido e ultrapassado o limite temporal que lhe fora assinalado. [...] Findo, pois, o prazo em que o ato poderia ser praticado no processo, encerrada ou extinta estará a própria faculdade processual de promovê-lo.⁵³

⁵²DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 319.

⁵³THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 6.

Conclui José Frederico Marques:

não exercida a faculdade ou direito processual subjetivo *in oportuno tempore*, ocorre a preclusão [...] a fase anterior do procedimento fica superada e o movimento processual se encaminha, através de outros atos, em direção ao instante final do processo.⁵⁴

Fernando Rubin, dissecando a conceituação da preclusão lógica, destaca que a perda do “direito de praticar um ato processual” nada mais é do que a faculdade da parte de se manifestar ao longo do processo, sempre na defesa de seus interesses, sob pena dos ônus decorrentes de sua omissão.⁵⁵

A preclusão temporal é a mais fácil de se comprovar no processo judicial e, provavelmente seja a mais declarada, não só pela conferência muitas vezes realizada pela parte contrária, como também pela conferência realizada pelos servidores judiciais.

3.2.2. Preclusão temporal e a disciplina dos prazos processuais

O Código Processual determina prazos para a realização de determinados atos processuais pelos litigantes, sob pena de não poderem ser realizados os atos em etapa ulterior. O principal objetivo da utilização de prazos é a organização, disciplina e a celeridade processual.⁵⁶

Além de propiciar a ciência oficial do ato ao interessado, as intimações determinam o *dies a quo* dos prazos processuais; pois, como dispõe o art. 240, do Código de Processo Civil vigente, “salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação”.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 380/381.

⁵⁵ RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 102.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

Funciona a intimação como mecanismo indispensável à marcha do processo e como instrumento para dar efetividade ao sistema da preclusão temporal, que é fundamental para o processo moderno.

A preclusão temporal esta diretamente ligada a não observância dos prazos processuais.⁵⁷

3.2.3. Mitigação/ Relativização da preclusão temporal

Conforme é cediço, no sistema processual civil brasileiro temos os prazos dilatórios, aqueles que admitem dilação, e os prazos peremptórios, aqueles que, a princípio, são também preclusivos. A distinção entre ambos são de suma importância para o ponto.

Para Humberto Theodoro Jr., todos os prazos são preclusivos, mesmo os dilatórios, independentemente de declaração judicial, reconhecendo, excepcionalmente, que o ato poderá ser praticado fora do prazo, desde que diante de comprovação da “justa causa” pela parte interessada e o reconhecimento desta pelo magistrado, nos termos do art. 183 e seus parágrafos do Código de Processo Civil⁵⁸⁵⁹.

Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que a preclusão temporal é a mais flexível entre todas, especialmente na fase probatória, diante da reiterada dilação dos prazos processuais, em evidente violação a preclusão temporal. Segundo o mencionado professor, referido fenômeno deriva do duvidoso argumento de “que o direito a prova deve ser preservado em detrimento da preclusão”.⁶⁰

⁵⁷NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 336.

⁵⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 294-295.

⁵⁹Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

⁶⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, às 18h.

Fernando Rubin vai além, afirmando a possibilidade da prática de ato processual extemporâneo, desde que diante dos prazos impróprios (dilatatórios ou não preclusivos):

os litigantes, os quais mesmo diante de prazos impróprios precisam se manifestar se não exatamente dentro do termo processual fixado, em momento razoavelmente próximo, sob pena, ocasionalmente, de o julgador decretar a preclusão e dar seguimento à marcha procedimental.⁶¹

Conforme bem observa Antônio Carlos Marcato, a preclusão temporal, por exemplo, da contestação, não obsta a posterior dedução pela parte litigante da matéria por ela não atingida, como é o caso das matérias de ordem pública, que podem ser deduzidas a qualquer tempo e, inclusive, podem ser objeto de apreciação *ex officio* pelo juiz.⁶²

No mesmo sentido, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o doutrinador, não são preclusivos os prazos fixados em relação aos atos de interesse da própria parte, desde que o atraso na manifestação não culmine no retardamento da marcha processual e nem cause prejuízo ao adversário.⁶³

Ressalvado posicionamento em contrário, não há como se admitir a mitigação da preclusão nos prazos peremptórios, sob pena de se estender fases processuais, conferindo prazo superior ao fixado na lei, porém, no que tange aos prazos dilatatórios, desde que não atrasem o prosseguimento do feito e não prejudiquem o adversário, entendo que os prazos podem ser cumpridos extemporaneamente.

Conforme será oportunamente exposto, têm-se entendido que não se aplica a modalidade de preclusão temporal aos atos do juiz, pois os prazos estabelecidos ao órgão jurisdicional são impróprios. Contudo, conforme ressalva Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, previsões como a do art. 198 do CPC, em que se verifica a perda de competência do juiz

⁶¹RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 104.

⁶²MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo nº 17, 1980, p. 107.

⁶³DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. II. 6ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 566.

quando há demora irrazoável, evidenciam uma hipótese de preclusão temporal *pro judicato*.⁶⁴

3.2.4. Efeitos da preclusão temporal

Fernando Rubin destaca que, nos casos dos prazos peremptórios, a preclusão se dá *ipso iure*, o que, contudo, não acontece nas hipóteses de prazos dilatatórios, em que a preclusão pode/deve decorrer de decretação judicial expressa.⁶⁵

Conforme assinala Humberto Theodoro Jr., o ato processual praticado a destempo será inócuo ao processo. “Trata-se de ato inadmissível, que se deve, por isso mesmo, considerar como ‘totalmente ineficaz’”.⁶⁶

Giuseppe Guarnieri é enfático ao afirmar o poder-dever do juiz em declarar a ineficácia do ato praticado atingido pela preclusão temporal. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr., a parte “tem interesse de obter a declaração de ineficácia de tal ato e, em regra, o juiz tem o poder-dever de declarar de ofício essa ineficácia”.⁶⁷

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, o ato atingido pela preclusão temporal é considerado ineficaz, “porquanto inábil para gerar os efeitos queridos pela parte”.⁶⁸

Conclui-se, assim, que o efeito da preclusão temporal é a ineficácia do ato praticado a destempo.

3.2.5. Preclusão temporal e a decadência

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira destaca a existência de uma correlação entre a preclusão temporal e a decadência, na medida em

⁶⁴NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 336.

⁶⁵RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 105-106.

⁶⁶THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 19/20.

⁶⁷Ibidem, p. 20.

⁶⁸SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 128.

que ambas configuram hipóteses de extinção do efeito jurídico pelo transcurso do tempo.

Para o mencionado doutrinador, preclusão temporal e decadência são exemplos de caducidade que se distinguem pelo ramo do direito a que pertencem: “*preclusão temporal para designar a caducidade no plano processual e a decadência para significar a caducidade no plano substancial*”.⁶⁹

Manoel Caetano Ferreira Filho destaca a existência de “identidade ontológica” entre a preclusão e a decadência, na medida em que “trata-se de um único fenômeno: perda de um direito por não ter sido ele exercitado dentro do prazo estabelecido”.⁷⁰

Já para Fernando Rubin, não se pode confundir os institutos da preclusão e da decadência:

Não se confunde a preclusão com a decadência, à medida que esta, instituto de direito material, fulmina o direito que poderia ser invocado via ação judicial, enquanto a preclusão, instituto processual, fulmina somente as atividades (atos) nas quais se manifesta a ação durante o processo – daí decorrendo que, por regra, renovada a ação, ressurgue o direito de prática do ato sobre o qual se operou a preclusão.⁷¹

No mesmo sentido é a lição de Antônio Carlos Marcato, que adverte, ainda, que a decadência é fenômeno extraprocessual, ao passo que a preclusão, conforme reiteradamente exposto, é fenômeno endoprocessual, não extravasando seus efeitos além das barreiras formais do processo, ao contrário da decadência.⁷²

Em que pese a correlação entre os institutos não há como afastar sua hipóteses de incidência extraprocessual (decadência) e endoprocessual (preclusão), o que por si só afasta a confusão dos institutos, delimitando sua principal distinção.

⁶⁹NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 338-339.

⁷⁰FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 65.

⁷¹RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 50.

⁷²MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo, nº 17, 1980, p. 108.

3.3 Preclusão Lógica

Prosseguindo com as modalidades preclusivas existentes na classificação proposta por Chiovenda, e adotada para fins do presente estudo, abordaremos a preclusão lógica.

3.3.1. Conceituação

A preclusão lógica é a perda da faculdade da parte de praticar ato processual posterior, por ter praticado ato processual incompatível com o seu exercício. Ou seja, a prática de um ato processual implica na impossibilidade de se praticar outro ato logicamente incompatível com o primeiro.

Nas palavras de Heitor Vitor Mendonça Sica, a preclusão lógica se caracteriza como um “fato extintivo de direitos processuais”.⁷³

A preclusão lógica, segundo Fredie Didier, é consequência prática do primeiro ato realizado pela parte e não do ato contraditório, pois o ato contraditório não pode surtir qualquer efeito.⁷⁴

A renúncia à prática do ato processual, a aceitação ou a aquiescência à decisão, resultam na preclusão lógica do direito de recorrer. Ressalva-se, contudo, o cumprimento forçado de uma decisão liminar, antecipatória de tutela, o que não impede que a parte maneje o recurso cabível.

Como ressalta Antônio Carlos Marcato, o ato de aceitação do provimento jurisdicional é incompatível com a manifestação de inconformismo consubstanciada em recurso posterior⁷⁵.

⁷³SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

⁷⁴DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 321.

⁷⁵MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo nº 17, 1980, p. 107.

O exemplo clássico utilizado pela doutrina traz a hipótese de a parte aceitar uma sentença, por exemplo, realizando o pagamento espontâneo da condenação ainda não exequível, e, posteriormente, interpor recurso de apelação. Segundo remansosa doutrina, o ato do pagamento da condenação faz precluir o direito da parte de recorrer da sentença proferida, pois o pagamento importa no acatamento da decisão.

Heitor Vitor Mendonça Sica destaca a existência de hipóteses legais de preclusão lógica no Código de Processo Civil vigente, mas, nem por isso, no seu entender, a preclusão lógica deixa de existir independentemente da previsão legal. Para o doutrinador é impossível numerar todas as hipóteses em que se verifica a preclusão lógica, diante da inexistência de rol taxativo:

A verificação da ocorrência de preclusão lógica dificilmente pode ser feita em abstrato. A preclusão lógica não está adstrita a casos taxativos, impede em termos gerais que a parte adote, *a posteriori*, posicionamento logicamente diverso de outro anteriormente adotado. Por isso mesmo, inviável qualquer tentativa de enumerar hipóteses do fenômeno.⁷⁶

Observa ainda que não se pode confundir a preclusão lógica com a preclusão temporal, pois a preclusão lógica, ao contrário da temporal, não é derivada da inércia da parte, mas sim da prática de um ato antecedente e logicamente incompatível com o subsequente.⁷⁷

3.3.2. A preclusão lógica e o Princípio da Eventualidade

Conforme preliminarmente exposto, alguns doutrinadores defendem que a preclusão deve ser interpretada como um princípio processual, relacionando o “princípio preclusão” com o princípio da eventualidade.

⁷⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 150.

⁷⁷Ibidem, p. 151.

Heitor Vitor Mendonça Sica, contudo, ao relacionar o princípio da eventualidade com a preclusão, destaca que este último não se aplica na inicial e na contestação de uma demanda, justamente em razão de que, naquele momento processual, as partes devem se atentar ao princípio da eventualidade, ou seja, deduzir toda a matéria cabível, ainda que incompatíveis entre si:

Ressalve-se apenas que, tanto na inicial como na contestação, a preclusão lógica não se aplica, em face do ônus que, respectivamente, autor e réu têm em concentrar ataque e defesa, informados pelo princípio da eventualidade. A natural consequência da aplicação desta regra é que a demanda e a defesa possam apresentar argumentos (e requerimentos) contraditórios entre si. Mas todos eles são coordenados sob uma linha de subsidiariedade, de modo que não se nega o princípio da preclusão lógica. O mesmo se aplicará aos recursos.⁷⁸

Não há que se falar em ofensa ao princípio da eventualidade, segundo o qual a parte deve esgotar suas alegações na primeira oportunidade em que falar nos autos, ainda que incompatíveis entre si, na medida em que, para fins de preclusão lógica, estamos diante de duas atitudes processuais incompatíveis entre si.⁷⁹

Em sentido oposto, Fernando Rubin destaca a desnecessidade de se relacionar a preclusão lógica com o princípio da eventualidade, especialmente no que tange aos momentos da inicial e contestação.

Para o mencionado autor, posicionamento que mais nos parece correto, a preclusão lógica diz respeito aos atos processuais das partes, incompatíveis entre si, realizados um na sequência do outro, e não simultaneamente. Ademais, a hipótese tratada, ou seja, eventual descumprimento ao princípio da eventualidade, demandaria a aplicação da preclusão consumativa, pois as matérias não poderão ser apresentadas em momento processual posterior.⁸⁰

⁷⁸SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 150.

⁷⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, às 18h.

⁸⁰RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 113.

Novamente, e conforme já expostos, não há como se separar os efeitos da preclusão sobre as questões não ventiladas em respeito ao princípio da eventualidade.

3.3.3. A preclusão lógica e *venire contra factum proprium*

A preclusão lógica esta diretamente relacionada ao princípio da boa-fé objetiva, também conhecido como *venire contra factum proprium* (comportar-se contrariamente aos seus próprios atos).

Pelo princípio da boa-fé objetiva das cláusulas em geral, é vedado que a parte comporte-se contrariamente aos seus próprios atos, consolidando, também por este ponto, a preclusão lógica processual. Neste sentido, é a lição de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

O princípio da vedação ao comportamento contraditório no processo se insere no âmbito do princípio processual da boa-fé objetiva (art. 14, II, CPC), que impõe aos sujeitos do processo atuar com lealdade, probidade, sem trair a confiança gerada nos outros sujeitos processuais em razão de seu comportamento anterior.⁸¹

A preclusão lógica, portanto, no seu entender, exemplifica a adoção pelo sistema processual brasileiro da vedação ao comportamento contraditório no curso do processo. Conclui-se, assim, que a preclusão lógica funciona como causa de vedação ao *venire contra factum proprium*.

3.4 Preclusão Consumativa

A terceira modalidade de preclusão delimitada pelos estudos de Chiovenda refere-se a preclusão consumativa.

⁸¹NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium***. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 343-344

3.4.1. Conceituação

A denominada preclusão consumativa decorre da prática de ato processual pela parte que, mesmo que produzido antes do prazo fixado por lei ou pelo magistrado, não pode ser corrigido, melhorado ou repetido.

Nas palavras de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “O que a caracteriza, portanto, é a consumação do poder processual”.⁸²

A preclusão consumativa se dá, segundo remansosa doutrina, especialmente quando a parte pratica o ato processual antes do prazo fatal para sua produção, renunciando, assim, ao prazo restante.

Heitor Vitor Mendonça Sica classifica a preclusão consumativa, assim como a lógica, como fato extintivo de direitos processuais.⁸³

Nas palavras de Sergio Bermunes⁸⁴, “a preclusão consumativa também se chama, simplesmente, preclusão, ou coisa julgada formal.”

No mesmo sentido, José Frederico Marques assinala que “a preclusão consumativa é fato que resulta de ato decisório irrevogável. Quando a decisão é sentença sobre o mérito, essa preclusão, dentro do processo, tem o nome de coisa julgada formal”.⁸⁵

3.4.2. Preclusão consumativa e a classificação de Barbi

Celso Agrícola Barbi, ao criticar o modelo de classificação das preclusões proposto por Chiovenda, utilizado para o desenvolvimento do presente estudo, acaba por propor classificação que restringe a preclusão consumativa ao fato de a parte ter se utilizado de uma faculdade processual, válida ou invalidamente.⁸⁶

⁸²NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 336.

⁸³SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 151.

⁸⁴BERMUNDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192

⁸⁵MARQUES, José Frederico. **Instituição de direito processual civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 170.

⁸⁶BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense nº 258, 1955, p. 63-64.

Contudo, Fernando Rubin destaca, em sua obra, que a preclusão consumativa não deve ser restrita somente aos casos de sua incidência no exercício válido de uma faculdade processual, na medida em que o instituto é muito mais amplo, tendo aplicabilidade também para os atos inválidos.⁸⁷

3.4.3. Preclusão consumativa e a deficiência do ato processual

Observa Humberto Theodoro Jr., ao analisar a preclusão consumativa, que esta não se confunde com a correção do ato processual, quando tenha ocorrido deficiência na sua forma ou conteúdo.

“A preclusão impede a reiteração da prática do mesmo ato, mas não a retificação de erros ou suprimento de falhas”.⁸⁸

Dentre os exemplos citados pelo autor, encontramos hipóteses processuais em que é conferida à parte a possibilidade de corrigir o ato processual realizado, sem, contudo, falar-se em sua preclusão: a emenda da petição inicial; a correção do processo executivo, suprimindo-lhe lacunas; a determinação pelo juiz do suprimento de irregularidades e nulidades sanáveis, entre outros.

Reforçando os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr., Fernando Rubin sintetiza a preclusão consumativa afirmando que esta ocorre especialmente quando presente atos processuais complexos, ou seja, quando a parte deva/possa praticar mais de um ato simultaneamente, cabendo exceção.

No entender do doutrinador, a exceção ocorre sempre que existe uma evidente dificuldade em se concatenar os dispositivos legais aplicáveis, permitindo com que a jurisprudência flexibilize o instituto, realizando interpretação fundamentada especialmente nas atuais exigências constitucionais “de diminuição do rigor formal e efetiva

⁸⁷RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 99.

⁸⁸THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 9.

busca da solução meritória” para determinar a correção do ato válido praticado, ainda que viciado.⁸⁹

Concluindo a possibilidade de correção de atos processuais, Heitor Vitor Mendonça Sica constrói a ideia de que a emenda do ato processual defeituoso, como nas hipóteses indicadas acima nos estudos de Humberto Theodoro Jr., desde que realizada dentro do termo fixado, é perfeitamente possível pela ausência de preclusão consumativa na espécie.⁹⁰

3.4.4. Preclusão consumativa e a crítica de Heitor Vitor Mendonça Sica

Conforme exposto no presente estudo, a preclusão consumativa é uma das modalidades preclusivas previstas na classificação realizada por Chiovenda e atinge, segunda remansosa doutrina, os atos praticados pela parte, ainda que no incurso do prazo, que pretendam emendar, corrigir ou retificar um ato processual realizado antes do escoamento do prazo conferido pela lei ou pelo juiz.

Partindo da premissa exposta, Heitor Vitor Mendonça Sica, em sua dissertação sobre o instituto da preclusão no sistema processual civil brasileiro, possui entendimento consolidado no sentido de que, para fins de emenda de atos já praticados, válida ou invalidamente, desde que dentro do prazo legalmente previsto, “a preclusão consumativa não encontra amparo ou previsão legal”.

Segundo mencionado doutrinador, a interpretação atualmente existente sobre a preclusão consumativa, no que tange a emenda de atos praticados dentro do prazo, baseia-se exclusivamente na presunção de que a parte renunciou ao prazo remanescente para a prática do ato processual. Para o autor, não há base legal na referida afirmação, visto que para ele a atual posição doutrinária e

⁸⁹RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 141.

⁹⁰SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 120-127.

jurisprudencial revelam uma interpretação excessiva e inadequadamente formalista do instituto da preclusão.

Prosseguindo no estudo do tema, o doutrinador destaca que, e conforme já se viu no presente trabalho, o principal objetivo do instituto da preclusão é regular a celeridade e desenvolvimento processual, coibindo seu retrocesso e impulsionando seus atos. Assim, conclui que somente encontram guarida neste objetivo as preclusões temporal e lógica, e não a consumativa.

Nas palavras do autor, “a preclusão consumativa não se encaixa perfeitamente nesse conceito [...] sobretudo porque desconsidera que a parte, ao adiantar-se e praticar o ato, contribuiu para a celeridade processual e, por isso não pode ser punida”, concluindo:

Vedar à parte a emenda do ato quando ainda não transcorreu o prazo a ele assinalado representa uma sanção injusta àquele que militou em favor da celeridade processual, o qual, em última instância, é de interesse público e inclusive inspira o instituto da preclusão. Se uma das principais finalidades da preclusão é fazer o processo caminhar com maior rapidez, não é aceitável que esse instituto sirva justamente para punir o agente que se antecipou.⁹¹

O autor complementa sua dissertação sobre a preclusão consumativa – e, segundo seu entendimento, sua incompatibilidade com o sistema processual –, exemplificando sua teoria na hipótese da prática de dois atos pela parte, desde que tempestivos. O segundo ato, se mais completo, poderia ser reputado como emenda ou complemento ao primeiro, sem que se declarasse este último ato atingido pela preclusão consumativa, já que, do seu ponto de vista, o ato foi praticado tempestivamente.

E mais: na hipótese de prática de dois atos tempestivos, sendo o segundo ato igual ao primeiro, desnecessária seria sua declaração de inadmissibilidade, diante do fato de que este ato não acarretaria qualquer repercussão ao processo.

⁹¹SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133-136, 152-154.

Para o doutrinador, em conclusão, as únicas hipóteses em que é possível reconhecer a existência da preclusão decorrem do decurso do prazo ou da prática de ato logicamente incompatível, em momento anterior, que extingue o direito da parte de praticar novo ato ou emendá-lo, ou seja, nos casos de preclusões temporal e lógica:

Por fim, e diante de toda a análise empreendida, sentimo-nos seguros em afirmar que preclusão consumativa não existe, pois a prática do ato não impede, em si, que ele seja praticado novamente ou emendado. O que há, sim, é a falta de interesse processual da parte em praticar determinado ato novamente, ou a impossibilidade temporal ou lógica de emendar ato já praticado, jamais a consumação do direito da parte pelo exercício do direito processual, seja válida, seja invalidamente (ou por devoção ao rigor terminológico, eficaz ou ineficazmente).⁹²

Nota-se, assim, a grande relevância do estudo realizado pelo Prof^o Heitor Vitor Mendonça Sica, que, entretanto, não é adotada pela corrente majoritária.

⁹²SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133-136, 152-154.

CAPÍTULO 4

PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – *PRO IUDICATO* – PRECLUSÃO PARA O JUIZ

4.1 Noções introdutórias

Conforme já exposto neste estudo, a maioria da doutrina utiliza a classificação proposta por Chiovenda para a apreciação da matéria da preclusão, que não contemplava em sua conceituação a questão da preclusão *pro judicato*.

Heitor Vitor Mendonça Sica destaca que o estudo sobre o tema da lavra de Humberto Theodoro Jr. sintetiza todo o atual pensamento da doutrina pátria, ou seja, ainda que não presente na obra de Chiovenda, é evidente sua importância no sistema processual:

Também esse autor partiu de Chiovenda, Riccio, D'Onofrio e Andrioli para perfilhar o entendimento, hoje, prevalente entre nós, ou seja, de que preclusão seria classificada em três categorias (temporal, lógica, consumativa) e conviveria no sistema com a preclusão *pro iudicato*, dirigida ao juiz e destinada a impedi-lo de rever questões incidentais já solucionadas.⁹³

Em que pese à inexistência da *preclusão pro judicato* como modalidade de preclusão na classificação chiovendiana, adotada para fins do presente trabalho, o tema será abordado em capítulo próprio em razão de suas peculiaridades e importância.

4.2 O termo *preclusão pro judicato/pro iudicato*

Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que, partindo do conceito chiovendiano equivocado de que a preclusão não surtiria efeitos na atuação do juiz, fez-se com que a preclusão relativa às

⁹³SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88.

questões decididas dentro do processo fosse equivocadamente denominada como *preclusão pro iudicato*.⁹⁴

Fredie Didier ressalva, ainda, o equívoco na utilização do termo em latim (*preclusão pro judicato/pro iudicato*), tendo em vista que a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial. “Preclusão *pro judicato* significa julgamento implícito [supõe ausência de decisão] (...) não significa preclusão para o juiz.”⁹⁵

Heitor Vitor Mendonça Sica, analisando a construção histórica do termo “preclusão *pro judicato*”, destaca que ele decorre da conjugação das doutrinas de Redenti e Riccio. Contudo, para o autor, essa conjugação acabou por afastar as teorias que lhe deram origem, ocasionando a utilização de termo incompatível com o instituto:

A concepção é decorrente de uma conjugação entre as doutrinas de Redenti (que criou a expressão *preclusione “pro iudicato”* para designar um efeito extraprocessual, equiparável ao da coisa julgada material, para provimentos que não são sentenças de mérito, tais como decisões do processo de execução e monitório) e Riccio (que rechaçou a aplicação chiovendiana da preclusão sobre os poderes do juiz); dessa fusão resultou a ideia de que as decisões interlocutórias seriam cobertas pela preclusão “*pro iudicato*” sempre que delas não fosse tirado o recurso de agravo. Como se vê, essa concepção [...] acaba, ao final, afastando-se totalmente de ambas as teorias que lhe deram origem.⁹⁶

No mesmo sentido, Maurício Giannico ressalva que a utilização de conceito equivocado da preclusão *pro judicato* tem origem no aproveitamento por Stefano Riccio da nomenclatura utilizada por Redenti para descrever fenômeno completamente diferente.⁹⁷

Katia Aparecida Mangone, citando João Batista Lopes, vai além e leciona que é equivocada, ainda, a aplicação do termo “preclusão” para a denominada preclusão *pro judicada*:

⁹⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/9/2014, 18.

⁹⁵DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 319.

⁹⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 93.

⁹⁷GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.124-128.

João Batista Lopes pondera que a preclusão *pro judicato*, em verdade, não constitui verdadeira preclusão, porém uma proibição de o magistrado decidir novamente as questões já decididas, salvo se a lei expressamente o permitir.⁹⁸

No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica destaca que a concepção de preclusão e preclusão *pro judicato* “não satisfaz [...] pela falta de rigor terminológico, pois dois institutos substancialmente diversos recebem a mesma denominação”.⁹⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier é enfática sobre a necessidade de se prescindir do rigor terminológico dos institutos jurídicos, sob pena de se evidenciar sua má aplicação em decorrência da equivocada análise que poderá ser realizada:

dar a cada coisa o seu nome não é preocupação formalística, mas é exigência para que se crie segurança no manejo dos conceitos jurídicos. Aos conceitos é que acabam por se reduzir os fenômenos jurídicos. De erros, que podem ser de natureza meramente terminológica, porém decorre sérios prejuízos à já tão imperfeita realização da justiça entre os homens.¹⁰⁰

Em que pese o quanto exposto, adotaremos para fins do presente estudo o termo *preclusão pro judicato*, por ser, na prática, a expressão utilizada para definir a preclusão para o juiz, como ressalva João Batista Lopes: “*o nomen juris é inadequado, mas consagrado pelo uso*”.

4.3 Conceituação

Para João Batista Lopes a preclusão é um fenômeno processual que diz respeito somente às partes do processo. Contudo, reconhece a existência de exceção, na medida em que não se pode afirmar que

⁹⁸ MANGONE, Katia Aparecida. **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

⁹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 90.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.318.

todos os atos do juiz estejam imunes à preclusão, ainda que, evidentemente, para ele, não se trate de preclusão em sentido técnico, conforme já exposto.¹⁰¹

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira estabelece a diferença entre a preclusão para as partes e a preclusão para o juiz: “*Em relação às partes, a preclusão aparece associada à ideia de ônus. Já para o juiz, que não recebe nenhum ônus no processo, a preclusão recai sobre questões*”.¹⁰²

Daniel Amorim Assumpção Neves adota a existência de preclusão para os atos do juiz, sabiamente destacando que se às partes se submetem as regras impeditivas de condutas contraditórias, que causem tumulto ou atrasos processuais, com mais razão devem existir regras para os juízes que, no exercício da função jurisdicional, não devem atuar livremente, com a possibilidade de proferirem decisões que ferem a segurança jurídica.¹⁰³

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, trata-se de “fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas, fora dos casos expressa e taxativamente previstos em lei”. Entre os casos excepcionais apontados pelo autor, estão: a retratação por ocasião da interposição de agravo de instrumento; interposição de apelação contra sentença de indeferimento de inicial; e de recurso contra sentença ‘liminar’ de improcedência da ação.¹⁰⁴

4.4 Efeitos da Preclusão *Pro Judicato*

Tereza Cristina Marinoni reconhece a existência da preclusão em relação ao juiz e destaca três aspectos sobre seus efeitos que merecem transcrição:

¹⁰¹ LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 48-50.

¹⁰² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 339.

¹⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, às 18h.

¹⁰⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 183.

Em verdade, os efeitos da preclusão em relação ao juiz (valendo-se da expressão consagrada pela doutrina) podem ser enfocados sob três aspectos: a) o do juiz e sua própria decisão; b) o do juiz e a decisão de autoridade inferior – quando a instância superior não pode conhecer de questões já decididas no juízo inferior das quais não houve recurso interposto pelas partes e desde que não comportem conhecimento de ofício pelo Tribunal e, finalmente; c) o do juiz e a decisão de autoridade superior, como acontece quando o juiz acolhe alegação de prescrição e decreta a extinção do processo e o Tribunal conhecendo de recurso da parte cassa a sentença, rejeita a alegada prescrição e determina o prosseguimento do feito para ulterior julgamento.¹⁰⁵

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, o ponto central da preclusão que atinge o juiz é o impedimento de reapreciar questões já decididas e não recorridas. Logo, se o juiz não observar essa limitação, revogando ou modificando sua decisão fora das permissões legais, referida decisão é inadequada (afasta-se do modelo legal) e, por isso, nula.¹⁰⁶

4.5 Preclusão Temporal *Pro Judicato*

Em regra, não se aplica a figura da preclusão temporal ao juiz.

A remansosa doutrina brasileira, como bem destaca Fredie Didier, tem dificuldade em atribuir a preclusão temporal para o juiz, na medida em que os prazos processuais a ele atribuídos são impróprios e não-preclusivos.¹⁰⁷

Candido Rangel Dinamarco destaca que os prazos processuais estabelecidos aos juízes são impróprios, não havendo consequência processual para sua omissão:

É natural que sejam impróprios os prazos fixados para o juiz porque ele não defende interesses pessoais no processo, mas cumpre deveres. Seria contrário à ética e

¹⁰⁵MARINONI, Tereza Cristina. **Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?)**. Revista de Processo nº 62, 1991, p. 303-304.

¹⁰⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 184.

¹⁰⁷DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 319.

ao senso-comum a definitiva dispensa de cumprimento de um dever, em razão do seu não-cumprimento no prazo.¹⁰⁸

Humberto Theodoro Jr. partilha do mesmo entendimento, destacando que somente os prazos processuais das partes são peremptórios, conquanto que os prazos que se referem aos atos do juiz jamais farão com que este perca o poder ou a função de praticar o ato de ofício. “Daí a classificação que divide os prazos processuais em próprios e impróprios. [...] A preclusão temporal atinge a parte e não o juiz”.¹⁰⁹

Fernando Rubin conclui que, mesmo não estando o Estado-Juiz subordinado à preclusão temporal, a lei oferece “remédios para a parte prejudicada, pela demora demasiada e injustificável do processo judicial, buscar uma indenização perante o responsável [...] via responsabilização objetiva do ente público”.¹¹⁰

Contudo, ressalva Pedro Henrique Pedrosa Nogueira a existência de previsões legais, como a do art. 198 do Código de Processo Civil, em que se verifica a perda de competência do juiz quando há demora irrazoável, o que, no seu entender, evidencia uma hipótese de preclusão temporal *pro judicato*.¹¹¹

Não há como se afastar a existência de prazos estabelecidos ao juiz no sistema processual brasileiro, porém, diante do atual panorama dos tribunais, resta claro que referidos prazos são impróprios, o que dificulta a configuração de preclusão temporal aos atos judiciais. Contudo, o mesmo não se aplica no que tange as demais modalidades de preclusão, adiante expostas.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 6ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 567..

¹⁰⁹ THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 16.

¹¹⁰ RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 100-110.

¹¹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 336.

4.6 Preclusão Lógica *Pro Judicato*

Daniel Amorim Assumpção Neves reconhece a existência de previsões no Código de Processo Civil vigente que se coadunam com a existência da preclusão lógica para o juiz.

Conforme expõe, muitas vezes as preclusões consumativa e lógica podem ser confundidas quando relacionadas aos atos do juiz, mas nem por isso é possível afirmar que não há preclusão lógica *pro judicato*.

Dentre os diversos exemplos citados pelo ilustre Professor, destacamos a questão relativa à possibilidade de julgamento monocrático em Segunda Instância, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil. Isto porque, conforme bem destaca, caso o Relator opte pelo julgamento monocrático do recurso ele não determinará a remessa dos autos para vistas do revisor, pois, caso o faça, o órgão colegiado foi formado, caracterizando, assim, uma incompatibilidade lógica com o julgamento monocrático.¹¹²

No mesmo sentido, aliás, destaque-se, é a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

A ocasião apropriada para que o relator profira a decisão de que se cogita é a que se segue à conclusão dos autos, para exame do recurso. Não deve o relator, ao menos em princípio, deixar para momento posterior a negativa de seguimento. Se já lançou o relatório para encaminhamento dos autos ao revisor, ou já pediu dia para julgamento, sua competência exauriu-se; não se lhe permite voltar atrás e aplicar o art. 557.¹¹³

Logo, a prática de um ato – pelo relator –, que tem o intuito de formar o colegiado para o julgamento do feito, é incompatível com a opção pelo julgamento monocrático, o que evidenciaria, assim, a

¹¹²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/20114, às 18h.

¹¹³MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. 5. 9.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 656.

existência de preclusão lógica também com relação ao órgão jurisdicional.

Fernando Rubin também manifesta posição favorável à existência da preclusão lógica *pro judicato*:

é sim viável se pensar na hipótese, sob a perspectiva de que é vedado ao magistrado desrespeitar as disposições processuais vigentes, tumultuando o procedimento com decisões incompatíveis de impulsionamento.¹¹⁴

Conceitualmente, portanto, não haveria que se falar em preclusão lógica *pro judicato*. Porém, conforme destacam os doutrinadores mencionados, o Código de Processo Civil vigente pode ser interpretado de forma a se concluir pela existência do instituto.

4.7 Preclusão Consumativa *Pro Judicato*

Com relação à preclusão consumativa *pro judicato*, conforme será exposto, esta encontra maior guarida na doutrina pátria.

Fernando Rubin afirma que “esta espécie de preclusão vincula, sem dúvida, e de maneira frequente no processo, tanto as partes como o julgador, sendo unânime a posição de que é aqui que o termo ‘preclusão *pro judicato*’[...] alcança seu mais amplo espaço”.¹¹⁵

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini lecionam que a preclusão consumativa é facilmente visualizada nas hipóteses de preclusão *pro judicato*, pois quando proferida uma decisão judicial, em regra, exaure-se o ofício jurisdicional, sendo defeso ao magistrado – assim como o é as partes – que emende, incremente ou refaça sua decisão, salvo nos casos excepcionais previstos da legislação:

Quando ocorre a preclusão para o juiz, que pode assumir a feição de preclusão consumativa e, excepcionalmente, lógica, a doutrina costuma a ela se referir como preclusão *pro judicato*. Não há para o juiz preclusão

¹¹⁴RUBIN, Fernando. *A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil*. São Paulo, Atlas, 2014, p. 120-123.

¹¹⁵Ibidem, p. 124-125.

temporal, já que ele não sofre nenhuma consequência processual pelo descumprimento dos prazos que lhe são impostos.¹¹⁶

Quanto à preclusão consumativa e seus efeitos relativos aos atos do juiz, parte da doutrina entende, conforme exposto, que ela se aplica na medida em que ao magistrado é vedado julgar questão dispositiva por ele já decidida. Neste sentido, aliás, é a lição de Nelson Nery Jr. e de Rosa Maria de Andrade Nery¹¹⁷.

Adepto desta corrente, ressalva-se entendimento de Humberto Theodoro Jr. pela existência e aplicabilidade da preclusão consumativa *pro judicato*, consignando, apenas, a ressalva relativa às questões de ordem pública, que afetam a própria legitimidade da função jurisdicional, e aos casos em que a lei preserva a iniciativa do juiz, que não haverão de se submeter à preclusão.

4.8 Questões de Ordem Pública e a Preclusão *Pro Judicato*

Conforme se observou no início deste trabalho, quando das citações a Humberto Theodoro Jr., as questões de ordem pública, em especial os pressupostos processuais e as condições da ação, em regra não precluem, podendo ser conhecidas a qualquer tempo.

Nas palavras do doutrinador, “As questões ligadas aos pressupostos processuais e às condições da ação, bem como todas as demais que, sendo de ordem pública, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, não podem sofrer os efeitos da preclusão temporal”.¹¹⁸

Em outro estudo sobre o tema, o doutrinador ressalva a ocorrência da preclusão *pro judicato* em questões de ordem pública em duas hipóteses apenas, fundamentado em decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

¹¹⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. 1, 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 261.

¹¹⁷ NERY JR., Nelsonº NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 708.

¹¹⁸THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 16-17.

Há, porém, dois casos em que se verifica a preclusão *pro iudicato*, para o juiz de primeiro grau de jurisdição, acerca das condições da ação: “a) quando o juiz publica a sua sentença de mérito, definindo a lide (CPC, art. 463); b) quando decidida em grau recursal a questão controvertida (CPC, art. 471/3), pena de instaurar-se a insegurança jurídica.”¹¹⁹

Para Renato de Lemos Maneschy, nas palavras de Fernando Rubin, as questões de ordem pública podem ser objeto de conhecimento pelo juiz a qualquer tempo ou grau de jurisdição, se não houverem sido expressamente decididas; porém, uma vez analisada a matéria pelo juiz, e restando a decisão irrecorrida, não pode mais ser objeto de julgamento pelo próprio juiz, ou pela superior instância, em razão da preclusão.¹²⁰

Em sentido oposto, Fernando Rubin cita posicionamento de Galeno Lacerda, *in* Do despacho saneador, a quem manifesta concordância, pela possibilidade de reapreciação da matéria de ordem pública pelo próprio juiz, ainda que já apreciada em momento anterior:

Para o precitado jurista [Galeno Lacerda], a premissa para dissolver o imbróglio figura-se na concepção de que o problema da preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diverso do problema das decisões terminativas; enquanto diante destas o magistrado extingue a jurisdição, dando fim à relação processual, diante daquelas ele conserva a função jurisdicional, continuando preso à relação do processo. Assim, se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa (ordem pública).¹²¹

Muito já se discutiu, também, sobre a preclusão *pro iudicato* das matérias de ordem pública com relação ao despacho saneador que não apreciava a matéria, ainda que arguida pela parte litigante. Há quem entenda que o juiz estava impedido de, posteriormente, ao julgar a lide,

¹¹⁹THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 357.

¹²⁰RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 164.

¹²¹Ibidem, p. 165.

extingui-la, devendo reconhecer a existência de matéria de ordem pública, como a ausência dos pressupostos processuais ou a carência da ação.

Observa Fernando Rubin que a matéria hoje já encontra maior unanimidade entre doutrinadores e a própria jurisprudência, no sentido de que não há que se falar em preclusão das matérias cuja apreciação, em saneador, foram deixadas explícita ou implicitamente para a sentença, sejam elas questões de ordem pública ou não, e tenham sido suscitadas pelas partes.¹²²

Vitor Heitor Mendonça Sica, contudo, tem posicionamento pela nulidade das decisões “implícitas” e, portanto, não se estaria diante da aplicação do instituto da preclusão. Para o autor, “um ato nulo não poderia induzir a preclusão”, fugindo “ao bom-senso que a parte se sujeite ao ônus de impugnar uma decisão que sequer foi enunciada”, para concluir pela “impossibilidade de existirem decisões implícitas e, por conseguinte, da ausência de qualquer efeito preclusivo daí derivado”.¹²³

No mesmo sentido é a lição de Maurício Giannico, ratificando a nulidade das decisões implícitas e, portanto, a ausência de preclusão quanto as questões não decididas no curso da lide.¹²⁴

Admite-se, assim, ressalvado entendimento contrário, pela aplicação da preclusão *pro judicato* sobre matérias de ordem pública, desde que o juiz ou o tribunal tenham se manifestado expressamente sobre o assunto e a decisão restou irrecorrida pela parte, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica. Ademais, admitindo a preclusão como princípio processual, cujo objetivo é manter a regular tramitação do feito e impulsionar para a decisão final, a vedação da preclusão *pro judicato* das matérias de ordem pública acabaria por violar diretamente o próprio instituto e a sua razão de ser no sistema processual vigente.

¹²²RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 159-160.

¹²³SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 208-212.

¹²⁴GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151-154.

Contudo, não se deve admitir decisões implícitas como passíveis de preclusão, na medida em que muitas preliminares alegadas, que são matérias de ordem pública, se confundem com o mérito da lide e cabe ao juiz determinar o momento oportuno para que estas questões sejam apreciadas. Ademais, conforme leciona Heitor Sica, a decisão implícita seria uma decisão não fundamentada o que também é vedado no sistema processual.

CAPÍTULO 5

OUTRAS CLASSIFICAÇÕES DA PRECLUSÃO

5.1 Breves considerações

Conforme exposto no início do presente estudo, para fins de classificação das modalidades de preclusão, foi utilizada a classificação chiovendiana. Contudo, e conforme será agora exposto, alguns doutrinadores propõem outras modalidades de preclusão que serão sucintamente abordadas no presente tópico.

Ao final, abordaremos, ainda, a questão da preclusão elástica, classificação utilizada por alguns doutrinadores para lecionar sobre a preclusão no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Dentre as classificações propostas, que não são objeto do presente trabalho, porém de conveniente apontamento, destacamos a classificação proposta por Maurício Giannico.

Maurício Giannico, citado por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, propõe duas classificações das preclusões, embora sem grande utilidade. Em relação aos motivos ensejadores, teríamos quatro modalidades de preclusões: temporal, lógica, consumativa e hierárquica (quando diante da perda do poder processual por ato de órgão jurisdicional de grau superior em cognição exauriente). Em relação ao objeto, teríamos as seguintes preclusões: de ônus processuais (ou de direito das partes) e de questões do magistrado.¹²⁵

5.2 Preclusão Sanção ou Preclusão Punitiva

Fredie Didier Jr. critica a classificação utilizada por Chiovenda, destacando que o instituto da preclusão, classificado com base no fato gerador, nos moldes propostos por Chiovenda, atribui ao instituto um

¹²⁵NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium*. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 337.

efeito jurídico que decorreria sempre de atos lícitos ou em razão de um ato-fato lícito, relacionando-se ao ônus processual e repelindo a identificação do instituto como sanção.¹²⁶

Assim, para o doutrinador, estaríamos diante na verdade de uma classificação dividida em 4 (quatro) espécies de preclusão: temporal, consumativa, lógica (que já foram objeto de estudo no presente trabalho) e preclusão-sanção, decorrente da prática de ato ilícito por quaisquer dos litigantes.

Mencionado doutrinador destaca que a preclusão-sanção decorre da prática dos denominados *ilícitos caducificantes*, que, nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, são “*os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente*”.¹²⁷

Essencialmente, leciona que a preclusão-sanção é a perda do direito processual da parte em decorrência da prática de um ato ilícito. Como exemplos, são citadas as hipóteses de perda do cargo de inventariante por prática de ato ilícito, a confissão ficta pelo não comparecimento ao depoimento pessoal, entre outras hipóteses previstas na legislação processual.

Segundo Didier, a distinção desta quarta classificação da preclusão é necessária essencialmente para distinguir as outras três modalidades que, em regra, decorrem da prática (ou sua omissão) de atos lícitos.¹²⁸

No mesmo sentido leciona Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Para o autor, a classificação que prevê a existência da preclusão-sanção acaba por afastar o equívoco cometido pela doutrina de se afastar os fatos ilícitos como fonte de preclusões.¹²⁹

Em que pese a adoção por João Batista Lopes da classificação chiovendiana, admitindo as três modalidades de preclusão já expostas,

¹²⁶DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 318.

¹²⁷PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo II, p. 216.

¹²⁸DIDIER. Op. cit., p. 322.

¹²⁹NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009, p. 338.

referido doutrinador admite a existência da preclusão como penalidade, porém atribuindo-a à natureza jurídica do instituto e não como modalidade própria de preclusão.¹³⁰

Tereza Cristina Marinoni não reconhece a preclusão como sanção, destacando que sanção é consequência de uma infração ao dever jurídico, enquanto preclusão correlaciona-se à noção de ônus, na medida em que a parte deixa de praticar atos cujo resultado poderiam lhe favorecer.¹³¹

Humberto Theodoro Jr. admite que, historicamente, a preclusão era vista como uma forma de sanção, porém, no direito processual moderno, não se pode ver nenhum caráter punitivo no instituto, na medida em que não pressupõe qualquer tipo de violação.¹³²

No mesmo sentido, Fernando Rubin destaca que não se pode equiparar os efeitos da preclusão como providência sacionadora, mas somente como visando impedir o retorno de atos processuais pretéritos para a parte que não os praticou na forma estabelecida pela legislação.¹³³

Em que pese o preciosismo da lição de Didier, não há como caracterizar a preclusão como uma sanção propriamente dita, ainda que decorrente de atos ilícitos.

5.3 Preclusão no Projeto do Novo CPC – Preclusão “Elástica”

Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior adotam a classificação chiovendiana, porém, ao analisar as disposições existentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil, acabam por

¹³⁰ LOPES, João Batista. Breve Considerações sobre o Instituto da Preclusão. Revista de Processo nº 23, 1981, p. 46-47.

¹³¹ MARINONI, Tereza Cristina. Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?). Revista de Processo nº 62, 1991, p. 303.

¹³² THEODORO JR., Humberto. **A Preclusão no Processo Civil**. Revista Jurídica nº 273, 2000, p. 12.

¹³³ RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 57-59.

defender uma quarta modalidade de preclusão, por eles denominada como “preclusão elástica”.¹³⁴

Fernando Rubin, em dissertação direcionada ao instituto da preclusão no Projeto do Novo CPC, especialmente com relação aos atos instrutórios, acaba por concluir pela admissibilidade da utilização do fenômeno que também classifica como “preclusão elástica”, diante da diminuição na previsão de prazos rígidos e estritamente delimitados, com a assunção dos prazos dilatatórios.¹³⁵

Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior justificam o termo “preclusão elástica” em razão do texto previsto nos artigos 494¹³⁶ e 963¹³⁷ do Projeto. Para os autores, estaríamos diante de uma mitigação da preclusão, tendo em vista que as matérias decididas no curso do processo não poderão ser objeto do recurso de “agravo”, mas poderão/deverão ser rediscutidas no recurso de apelação ou nas suas contrarrazões, desde que arguidas pelas partes neste momento.¹³⁸

Concluem, assim, que “a preclusão da questão decidida fica, por hipótese, em estado letárgico até o não agir futuro da parte, ou seja, pela não reedição do ponto no segundo grau de jurisdição.”

Logo, o Novo CPC “elastece” a fase preclusiva das decisões prolatadas no curso do processo, para que esta opere também na fase recursal. Daí a adoção do termo “preclusão elástica” para a questão posta.

Rita Dias Nolasco critica a reforma do novo CPC quanto ao recurso de agravo, especialmente por considerar que a atual previsão

¹³⁴DUARTE, Bento Herculano. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Método, 2012, p. 105-106.

¹³⁵RUBIN, Fernando. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2260&autor=Fernando%20Rubin>. Acesso em: 19/09/2014, às 18h20.

¹³⁶ “Art. 494. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão, observado o disposto no parágrafo único do art. 963.”

¹³⁷ “Art. 963. Da sentença cabe apelação. Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

¹³⁸DUARTE. Op. cit, p. 105-106.

acaba por prever a extinção da preclusão no primeiro grau de jurisdição.

Segundo Nolasco, o instituto da preclusão é de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio e, caso mantido o projeto de lei nos moldes expostos, estaríamos diante de uma possível tentativa frustrada de celeridade e efetividade processual. Conclui, ainda, que a “extinção” da preclusão em primeiro grau de jurisdição acabaria por ampliar o efeito devolutivo da apelação.¹³⁹

Fernando Rubin, ao analisar o tema, entende que o objeto do Projeto do Novo CPC não elimina a preclusão do sistema processual, mas somente reduz sua aplicabilidade, “isso porque a preclusão é um dos principais institutos do direito processual, tendendo a organizar e impulsionar o procedimento, figurando-se como o grande limitador do agir das partes no processo”. Logo, entende que seria equivocada qualquer assertiva que apontasse no sentido da extinção do regime da preclusão no processo.¹⁴⁰

Em outro texto de sua autoria, Fernando Rubin descreve, ainda que de maneira sucinta, e nos moldes do Projeto do Novo CPC, as transformações relativas ao instituto da preclusão somente no que tange às decisões interlocutórias de menor monta, permanecendo, no resto, da mesma forma que é atualmente utilizada:

Portanto, devemos tomar cuidado na análise da alteração técnica preclusiva imposta pelo Projeto, já que, de plano, só há uma pequena alteração na sistemática, especificamente em relação à preclusão para as partes envolvendo decisão interlocutória de menor monta; não havendo substancial alteração em relação à preclusão para as partes envolvendo as principais decisões interlocutórias e a decisão final, em relação à preclusão para as partes envolvendo os atos de impulsionamento da demanda, bem como em relação à preclusão para o Estado-juiz.¹⁴¹

¹³⁹ NOLASCO, Rita Dias. **Panorama Atual das tutelas individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 683-684.

¹⁴⁰ RUBIN, Fernando. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatórios**: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2260&autor=Fernando%20Rubin>. Acesso em: 19/09/2014, às 18h20.

¹⁴¹ Idem. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 306-307.

Apesar do exposto, o projeto do Novo Código de Processo Civil ainda se encontra em trâmite perante o Poder Legislativo, o que dificulta o estudo conclusivo sobre o tema.

CONCLUSÃO

Conforme se viu no decorrer do presente estudo, o instituto da preclusão, seja ele considerado como um princípio processual por si só, seja como um fato jurídico, é de suma importância para a observância de outros princípios processuais, especialmente a segurança jurídica, a celeridade processual, a instrumentalidade e lealdade processual.

Não se nega a relevância do estudo de Chiovenda no direito italiano para a introdução e aperfeiçoamento do instituto pela doutrina pátria, que, ressalvado todo o lapso temporal existente, não só apresenta críticas consistentes, como auxilia de maneira contumaz o estudo do instituto.

A preclusão, após longo estudo sobre o tema, é com certeza, assim como destacou Humberto Theodoro Jr. em passagem transcrita neste estudo, um dos institutos processuais mais essenciais para a regular tramitação do feito, não só cooperando para a finalização de cada fase processual por si só, mas vedando a rediscussão de matérias e atos já “ultrapassados” pela marcha processual.

Em tempos como os de hoje, em que infelizmente demoramos muitas vezes mais de 10 (dez) anos para alcançarmos uma decisão final transitada em julgado, qualquer instituto jurídico que vise justamente impedir a repetição de atos, coibir atos realizados a destempo e, principalmente, a reapreciação de matérias superadas, não pode ser simplesmente banalizado ou desconsiderado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Percebe-se, no decorrer do presente trabalho, que são poucos os pontos em que a doutrina encontra posicionamento uníssono, e esta talvez seja uma das maiores belezas do direito, ainda que posicionamentos conflitantes muitas vezes dificultem a prática processual, ainda mais quando presentes posicionamentos jurisprudenciais que em nada correspondem às melhores doutrinas sobre o tema.

Acredito que o processo tem de ser enxergado como um fim, não se pautando por instrumentalismos exagerados e interpretações duras de disposições legais, porém nunca deixando de aplicar institutos que impulsionam o procedimento. Durante o estudo, doutrinas como a de Heitor Vitor Mendonça Sica, me fizeram pensar sobre dilemas do instituto da preclusão sob uma ótica totalmente diversa, corroborando com a mitigação do instituto à luz de outras disposições processuais, e, especialmente, com a desnecessidade de rigorismo exagerado, sem, contudo, deixar de atribuir a importância que o instituto tem para o sistema processual brasileiro.

Aqui, creio seja prudente a citação de Humberto Theodoro Junior, para quem “O processo justo recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais, mas para otimizá-las em sua concretização judicial.”¹⁴²

Concluo, por fim, que a preclusão é essencial para o sistema processual, caracterizando-se como instituto que auxilia na tramitação processual, mas, também, reforça a necessidade de respeito aos demais princípios processuais, podendo, sim, ser mitigada para que o processo alcance seu fim, sem deslealdade processual, mas, também, sem rigorismos exagerados.

Acredito que o tema ainda deverá ser objeto de muitos outros estudos, especialmente no que concerne às questões ainda tão contraditórias entre os doutrinadores, mas, essencialmente, pela importância da sua aplicação com sabedoria pelos operadores do direito, sejam eles patronos das partes litigantes, sejam juízes, desembargadores, ou promotores.

¹⁴²THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32.

BIBLIOGRAFIA

- BARBI, Celso Agrícola. **Da Preclusão no Processo Civil**. Revista Forense nº 158, 1955.
- BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança**. Revista de Processo nº 185, 2010.
- DUARTE, Bento Herculano. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Método, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. 3. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.
- GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOPES, João Batista. **Breves Considerações sobre o Instituto da Preclusão**. Revista de Processo nº 23, 1981.
- MALACHINI, Edson Ribas. **Inexatidão material e erro de cálculo**. Revista de Processo nº 113, 2004.

MANGONE, Katia Aparecida. **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCATO, Antônio Carlos. **Preclusões: limitação ao Contraditório**. Revista de Processo nº 17, 1980.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARINONI, Tereza Cristina. **Sobre o pedido de Reconsideração (sucedâneo de recurso?)**. Revista de Processo nº 62, 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução. Nulidade. Inexistência de Preclusão**. Revista de Processo nº 112, 2003.

MOREIRA, Alberto Camiña (coord.). ALVAREZ, Anselmo Prieto. BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. 9.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 10.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Breves Apontamentos sobre o Instituto da Preclusão**. Disponível em: <
<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151811180.preclusao.pdf>>. Acesso em: 18/09/2014, 18h.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium**. Revista de Processo nº 168, 2009.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, tomo II. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RUBIN, Fernando. **A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Flexibilização do procedimento e prazos dilatórios**: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos

instrutórios pelo novo CPC. Disponível em: <
[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2260&autor=Fernando
 %20Rubin](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2260&autor=Fernando%20Rubin)>. Acesso em: 19/09/2014, 18h20.

_____. **A prevalência da justiça estatal e a importância do fenômeno preclusivo.** Disponível em: <
[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2267&autor=Fernando
 %20Rubin](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2267&autor=Fernando%20Rubin)>. Acesso em: 19/09/2014, 18h40.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processo Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **A Preclusão no Processo Civil.** Revista Jurídica nº 273, 2000.

_____. **As nulidades no Código de processo Civil.** Revista de Processo nº 30, 1983.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento, Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.