

COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL

Coordenação

Carlos Alberto Carmona

PRECLUSÃO PROCESSUAL CIVIL

Heitor Vitor Mendonça Sica

2ª Edição



Coleção Atlas de Processo Civil
Coordenação: Carlos Alberto Carmona

Preclusão Processual Civil

Heitor Vitor Mendonça Sica

2ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2008

3

Perfis da Preclusão em Sistemas Processuais Estrangeiros

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

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

3.1 Direito francês

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 Direito italiano

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusão que se extrai desse panorama é a de que o processo civil italiano no traz em si, profundamente arraigado, um sistema de liberdade procedimental (vigente desde a edição do Código de Processo Civil de 1865, até a *Novella* de 1990, exceto pelo breve período em que o *Codice* de 1940 viveu com seu texto original), de tal maneira que os estudiosos têm dificuldades em aceitar a aplicação do instituto à generalidade dos atos processuais das partes, e acabam, ao estudá-lo, não raro se perdendo em análises casuísticas,²⁶ quando não em enormes vacilações conceituais.²⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 Direito alemão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ *Ibidem*, p. 169.

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

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

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

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

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

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

³⁴ A respeito, confira-se o Capítulo 8.

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

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

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

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

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

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

A primeira delas é a *sentença parcial*, prevista no § 301 da ZPO, com a qual o magistrado *pode*⁴⁸ julgar *parte* do pedido formulado pelo autor quando for ele decomponível em vários pontos (como parcelas de uma mesma dívida); ou uma das *pretensões materiais* contidas na mesma demanda,⁴⁹ ou ainda julgar apenas a reconvenção, independentemente da ação principal. Tratando-se de decisão que, embora não extinga a relação jurídica processual, enfrenta em parte o mérito do litígio, admite-se sua recorribilidade e sobre ela recai a coisa julgada material.⁵⁰

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

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

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

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

43 Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 63.

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

45 Tratado..., cit., v. 1, p. 450.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4 Direito espanhol

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ Cf. item 2.8, *supra*.

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

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

3.5 Direito português

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6 Direito da *common law*⁸⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 *Saggi...*, cit., v. 2, p. 399 ss.

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

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

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

7 *Saggi...*, cit., v. 2, p. 410-423.

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

4

Conceito Chiovendiano de Preclusão e Panorama da Doutrina Atual

4.1 Estudos de Chiovenda sobre a preclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Panorama da doutrina italiana

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ p. 428.

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

¹⁰ *Ibidem*, p. 860-870.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Ibidem, p. 430-437.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² *Contributo*..., cit., p. 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵² Item 3.2, *supra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶² Confira-se o item 3.2, *supra*.

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

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

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

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

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

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

4.3 Panorama da doutrina brasileira

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

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

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

⁶⁷ Da preclusão processual civil.

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

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

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

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

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

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

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

⁷¹ “Substituir o conceito de coisa julgada *formal* pelo de preclusão de questões será apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou impraticável e apto somente para gerar confusões. O conceito de preclusão, mais abrangente – pois além de se referir a *questões* pode se referir também a *faculdade* –, 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 foro” (*Da preclusão no processo civil*, cit., p. 63).

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

⁷³ P. 7-32.

preclusivo endoprocessual com respeito a decisões incidentais que resolvessem questão de fato, e que sobre questões de direito não haveria; ao passo que o efeito preclusivo originado da coisa julgada formal abrangeria ambas as categorias de decisões no mesmo processo, e da coisa julgada material em qualquer outro processo futuro de *eaden re* ou logicamente subordinado.

Cumpra lembrar que, ao tempo em que esses estudos foram redigidos, vigia o Código de Processo Civil de 1939, que, como já tivemos oportunidade de mencionar acima, foi muito menos preciso no trato da espécie que o diploma que o sucedeu. A preclusão sobre questões processuais era confundida com coisa julgada pelo art. 288 daquele *codex*, e, ademais, o regime de recorribilidade restrita às interlocutórias gerava interpretações discrepantes sobre o instituto (item 2.8, *supra*).

Assim, os estudos realizados sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 têm um valor relativo, haja vista a quebra de alguns paradigmas operada pelo diploma que o sucedeu (em especial com a introdução dos arts. 471 e 473 e do regime de ampla recorribilidade de interlocutórias, como veremos adiante). Assim, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, as posições alteraram-se substancialmente.

FREDERICO MARQUES, ao escrever seu *Manual de direito processual civil*, na vigência do novo Código de Processo Civil, adotou posição diversa daquela esboçada nas suas *Instituições*. O autor aprofunda-se mais sobre o tema – a ele dedicando um item próprio – e parte da idéia de que “a preclusão consumativa é fato que resulta de ato decisório irrevogável. Quando a decisão é sentença sobre o mérito, essa preclusão, dentro do processo, tem o nome de coisa julgada formal”. E daí abraça a concepção de “preclusão ‘pro iudicato’ para designar a preclusão que recai sobre as sentenças de “conteúdo apenas processual”, a qual “alcança toda e qualquer sentença que extingue o processo sem julgar o litígio”.⁷⁴

Mas o autor peca por não deixar clara a distinção entre preclusão *pro iudicato* e coisa julgada formal: limita-se a dizer que a primeira recai tanto sobre as sentenças quanto sobre as decisões interlocutórias, e que, tal como a coisa julgada formal, “só ocorrerá quando proferida decisão de que já não caiba recurso”.⁷⁵ A distinção entre preclusão *pro iudicato* e coisa julgada material, ao revés, é, sim, entabulada, com clara inspiração chiovendiana.⁷⁶

⁷⁴ v. 2, p. 170.

⁷⁵ v. 2, p. 170.

⁷⁶ “a preclusão *pro iudicato* não se confunde com a coisa julgada, porque os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da *res iudicata* material se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal” (*Manual...*, cit., v. 2, p. 171).

MONIZ DE ARACÃO também se debruçou sobre o tema em profundo e recorrente artigo doutrinário, colhido nos *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*.⁷⁷ Conceitua o instituto logo nas primeiras linhas, sob um duplo aspecto: “a) extinção de um poder, para o juiz ou o tribunal (sob tal aspecto, o Código não o menciona); e b) perda de uma faculdade, para a parte (nesta acepção é empregado pelo Código nos arts. 245, 473 e 601)”.⁷⁸ Com sua lucidez habitual, o processualista paraense se realça a idéia de que o instituto só tem razão de ser se concebermos o processo como *relação jurídica*,⁷⁹ e reafirma que o instituto é *processual*, sem aplicações no direito material, contrariamente ao que preconizam alguns autores (em especial ALDO ATTARDI e CELSO EDOARDO BALBI).⁸⁰ Aqui já se manifesta contrariamente à idéia de que *preclusão “pro iudicato”*, no sentido que REDENTI, ao criá-la, lhe emprestou, nada tem a ver com *preclusão* de questões no curso do processo de conhecimento: naquela, atingir-se-ia o plano do direito material (*res in iudicium deducta*), sobretudo no processo de execução, e nesta apenas questões processuais.

JOÃO BAPTISTA LOPES dedicou dois artigos ao tema.⁸¹

No primeiro deles, a idéia que apresenta maior destaque é a de preclusão como *sanção*, e como tal dirigida apenas às partes,⁸² de modo que para o juiz o fenômeno chamado (por influência de STEFANO RICCIO) de preclusão *pro iudicato* não seria tecnicamente preclusão.⁸³

No segundo – que, aliás, não se debruça apenas sobre o instituto, mas é nominalmente apontado como um estudo importante nesse terreno – refere-se apenas à preclusão sobre as questões incidentais, negando seja ela positivada no sistema, mas a acolhe como decorrência do princípio da proibição do *bis in idem*.⁸⁴

⁷⁷ P 141-183.

⁷⁸ O detalhe é que a palavra *preclusão* não mais figura, atualmente, no texto do art. 601 do CPC, eis que alterado pela Lei nº 8.953/1994.

⁷⁹ Preclusão (processo civil), cit., p. 143.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁸¹ Breves considerações sobre o instituto da preclusão, *Revista de Processo*, nº 23, p. 45-60, e Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, *Revista de Processo*, nº 35, p. 24-67.

⁸² “Técnicamente, a preclusão é fenômeno processual que diz respeito tão-somente às partes” (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 48).

⁸³ “A esse fenômeno que se constitui num obstáculo ou barreira que impedem a decisão de questões já decididas é que a doutrina denomina preclusão *pro iudicato*. Não se trata, evidentemente, de preclusão em sentido técnico. Como vimos, é inseparável do conceito de preclusão a idéia de penalidade” (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 49).

⁸⁴ Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33.

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, em trabalho que lhe valeu o grau de mestre em direito processual,⁸⁵ faz completa análise da doutrina italiana e brasileira e de todos os aspectos do instituto, de modo que o resultado de seu estudo é obra de fôlego, insuperável por aquelas que a precederam em termos de clareza e sistematização, mas que não deixa de estar adstrita aos limites a que a ciência processual já chegara anteriormente. No que toca aos longos debates travados pela doutrina que o antecedeu sobre a extensão dos efeitos da preclusão aos poderes do magistrado, o autor assume posição clara ao pregar o abandono ao “preconceito” contra a idéia de que a preclusão se dirige também ao juiz.⁸⁶

Recentemente, HUMBERTO THEODORO JR. deu importante contribuição ao estudo do instituto, em artigo doutrinário que – pode-se dizer – sintetiza todo o pensamento da doutrina pátria sobre o tema.⁸⁷ Também esse autor partiu de CHIOVENDA, RICCIO, D’ONOFRIO e ANDRIOLI para perfilar o entendimento, hoje, prevalentemente entre nós, ou seja, de que a preclusão seria classificada em três categorias (*temporal*, *lógica* e *consumativa*) e conviveria no sistema com a preclusão *pro iudicato*, dirigida ao juiz e destinada a impedi-lo de rever questões incidentais já solucionadas.

ALEXANDRE DE ALENCAR BARROSO também dedicou sua dissertação de mestrado ao assunto, procurando demonstrar que a preclusão deve ser interpretada à luz do princípio do *acesso à justiça* e da instrumentalidade do processo.⁸⁸

DANIEL ASSUMPÇÃO AMORIN NÍVES⁸⁹ também lançou-se ao estudo de uma das faces do tema, qual seja, a da imutabilidade de determinadas decisões tomadas nos processos de execução e monitorio, de um lado, e das decisões tomadas no curso do processo de conhecimento e cautelar, de outro. Realça justamente que, no primeiro grupo, estão decisões que geram eficácia *extraprocessual*, e que no segundo há decisões com eficácia *endoprocessual*. Assim, chama ao efeito que torna imutá-

veis as primeiras de *preclusão judicial*, e às demais de *preclusão “pro iudicato”*, por uma questão de fidelidade a quem cunhou a segunda expressão (REUDENTI).

Também merece registro a obra de MAURÍCIO GIANNIACO,⁹⁰ em que revisita toda a doutrina estrangeira e pátria sobre o tema, sob todas as suas óticas “clássicas”, ou seja, investigando sua natureza jurídica (que o autor reputa ser de fato jurídico impeditivo⁹¹) e suas distinções com outros institutos (como prescrição, decadência, perempção, coisa julgada e nulidade⁹²). O autor também distingue a preclusão *pro iudicato* (no seu sentido original) da preclusão de *questões resolvidas* no curso do processo,⁹³ fornecendo fundamental contribuição para a delimitação do conteúdo das questões que o juiz resolve no curso do processo e da imutabilidade que adquirem.⁹⁴

Essas são, em linhas gerais, as obras que foram dedicadas com maior profundidade ao tema em nossa doutrina processual.

Em suma, esse longo panorama doutrinário demonstra que, sobretudo na doutrina brasileira, há um certo consenso sobre o instituto em exame.

Todos partem das mesmas premissas lançadas por CHIOVENDA, chegando a resultados muito semelhantes, máxime quanto às três modalidades descritas pelo processualista italiano para a primeira concepção do instituto e batizadas por FREDERICO MARQUES⁹⁵ (*temporal*, *lógica* e *consumativa*).⁹⁶

Também há absoluto consenso de que as decisões interlocutórias, quando não atacadas por agravo, geram preclusão, impedindo as partes de rediscutirem a questão e obstando o juiz de proferir outra em seu lugar, a não ser que pela via do juízo de retratação ensejado pelo agravo (art. 529 do CPC), ou outros casos taxativamente previstos na lei processual.

⁸⁵ A preclusão processual civil.

⁸⁶ Ibidem, p. 24. Ao contrário, entende o autor que esse é o único modo de pôr a questão adequadamente, deixando de lado a concepção equivocada de *preclusão pro iudicato*.

⁸⁷ A preclusão no processo civil, *Revista Jurídica*, nº 273, p. 5-23.

⁸⁸ “Assim é que, sem embargo dos dispositivos legais aplicáveis à espécie (não se está a pretender, com a presente dissertação, incentivar a desobediência ao direito positivo), sempre que o aplicador se deparar com uma situação em que a incidência da preclusão possa causar prejuízo ao que se entende por efetividade do processo (entenda-se, fornecer resultado compatível com o cumprimento espontâneo da norma substancial), deve buscar o sistema todos os meios razoáveis para evitar que tal ocorra (e são muitos, como visto no presente trabalho, principalmente os ligados ao intitulado direito processual constitucional), de modo a que possa ser produzida a tão idealizada justiça” (*Acesso à justiça e preclusão civil*, cit., p. 164).

⁸⁹ *Preclusão judicial e preclusão “pro iudicato” no processo civil brasileiro*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, 2002, sob orientação do Prof. Antonio Carlos Marcato. Hoje, o trabalho se acha publicado sob o título *Preclusões para o juiz: preclusão judicial e preclusão “pro iudicato” no processo civil brasileiro*.

⁹⁰ A preclusão no direito processual civil brasileiro.

⁹¹ A preclusão..., cit., p. 71-79.

⁹² A preclusão..., cit., p. 89-111.

⁹³ A preclusão..., cit., p. 130-140.

⁹⁴ A preclusão..., cit., p. 140-157.

⁹⁵ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 380-381.

⁹⁶ Acresçam-se aos autores já mencionados MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 100); MOACYR AMARAL SANTOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 464-465); ROGERIO LAURIA TUCCI (*Preclusão, Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 60, p. 9); OVIDIO A. BATISTA DA SILVA (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 209); ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 507-508); EUGENIO FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 547); VICENTE GREGO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 22-23); MARINONI e ARENHART (*Manual do processo de conhecimento*, p. 654-655); SÉRGIO GILBERTO PORTO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 219); WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (*Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 191-193) etc.

Tem-se, afinal, que as divergências cingem-se praticamente a uma questão terminológica, isto é, aqueles autores que preferem distinguir a preclusão *pro iudicato* (que recairia sobre as questões incidentais resolvidas) da preclusão dirigida às faculdades e poderes das *partes* (ou preclusão *stricto sensu*, por assim dizer).⁹⁷

Pareceu-nos, dessarte, que somente após tratar esse panorama completo é que podíamos, realmente, ter certeza de que a concepção trazida pela voz corrente na doutrina não satisfaz, e por vários motivos.

Não satisfaz, primeiramente, pela falta de rigor terminológico, pois dois institutos substancialmente diversos recebem a mesma denominação.⁹⁸ Não é preciso dizer que, cientificamente, essa postura é bastante inadequada, e a doutrina brasileira não atentou para esse problema como fez a italiana.

De outro lado, pouca (ou quase nenhuma) atenção deu a doutrina à idéia de que a conformação da preclusão no processo civil é o traço mais relevante para definição de como se dará a dinâmica do procedimento.⁹⁹

Por fim, são escassos os estudos mais acurados acerca da interpretação do instituto dentro do processo.¹⁰⁰ Vale dizer: pouco dedicou-se à definição de critérios científicos para que o instituto da preclusão – aplicado com tanto rigor na prática – seja atenuado em referência à moderna doutrina inspirada na idéia de instrumentalidade do processo.¹⁰¹

⁹⁷ Uma das exceções pode-se dizer ser CALMON DE PASSOS, para quem “há preclusões que atingem o magistrado elas são fundamentais para os objetivos apontados. Apenas sua fundamentação é diversa daquela que inspira a construção das preclusões no tocante às partes” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 528-529).

⁹⁸ Exceção feita, como vimos acima, a DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*) que identifica essa confusão e sugere como contorná-la.

⁹⁹ Por isso mesmo que o Capítulo 10, é inteiramente dedicado a esse ponto.

¹⁰⁰ Novamente cumpre fazer ressalva ao supra-aludido trabalho de ALEXANDRE DE ALENCAR BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão processual civil*), cuja tônica é, justamente, a análise da preclusão em face da garantia constitucional do acesso à justiça.

¹⁰¹ Para esse ponto, de importância destacada, destinamos o Capítulo 11.

Acepções do Termo Preclusão

Resulta de tudo o que já foi exposto até agora que o termo *preclusão* é absolutamente amplo, designando dois institutos diversos, isto é, o fenômeno que impede que a parte pratique o ato depois do transcurso do tempo, depois de já tê-lo praticado, ou depois de ter praticado ato incompatível (respectivamente, *preclusão temporal*, *consumativa e lógica*); e o fenômeno que torna uma questão imutável depois de decidida.¹

Assim, o termo *preclusão* emerge inegavelmente equívoco. A origem da expressão *poena preclusis*, como vimos, remonta à Idade Média, e com essa inspiração CHIOVENDA batizou o instituto da *preclusão*.

E, consoante já analisado, esse instituto não encontrou eco apenas nos sistemas processuais de base romano-germânica; no processo civil da *common law* o termo é usado, ainda que com contornos um tanto diversos.

Isso sem falar na aplicação promiscua do vocábulo no direito material, seja no direito francês (ao referir-se a *forclusion*), seja no ordenamento processual italiano (ao aludir-se textualmente à *decadenza*), seja no nosso ordenamento.

Ademais, e principalmente, é de se ver que as semelhanças entre as duas acepções de preclusão referem-se, principalmente, à finalidade e ao fundamento, o que também ajuda a entender por que os institutos vêm tratados, via de regra, conjuntamente.

É evidente que ambos os institutos têm uma semelhança fulcral quanto à *finalidade*, consistente em permitir a marcha processual, ordená-la e impedir retrocessos.

¹ V. g.: CELSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão processual civil, cit., p. 69 ss), MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão (processo civil), cit., p. 158) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455 ss).