

© 2006 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 2006; 2. ed. 2008

Capa: Leandro Guerra

Composição: Formato Serviços de Editoração S/C Ltda.



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

Sica, Heitor Vitor Mendonça

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

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-4935-4

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

06-3640

CDU-347.933(81)

Índices para catálogo sistemático:

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

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

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

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (011) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

Sumário

Apresentação, xi

Prefácio, xiii

Nota à 2ª edição, xv

Nota à 1ª edição, xvii

1 Introdução, 1

2 Perfil Histórico, 6

2.1 Considerações preliminares, 6

2.2 Direito romano, 7

2.2.1 Processo per legis actiones, 8

2.2.2 Processo formular, 10

2.2.3 Período da extraordinaria cognitio, 12

2.3 Direito germânico, 15

2.4 Direito canônico, 18

2.5 As Ordenações do Reino Português, 19

2.5.1 Precedentes das Ordenações: o direito comum medieval, 19

2.5.2 Panorama geral sobre as Ordenações, 22

2.5.3 Ato introdutório da demanda e a citação, 23

2.5.4 Defesa, 25

2.5.5 Provas, 31

2.5.6 Prazos processuais, 33

8

Preclusão sobre Questões Resolvidas no Curso do Processo

8.1 Limitações quanto ao exercício da atividade decisória do juiz

8.1.1 Considerações iniciais

Parece-nos perfeitamente válido, para tratar da preclusão sobre questões incidentais, também partir do estudo das *limitações* impostas aos sujeitos do processo.

Pois bem. Assim como as partes estão sujeitas à *tipicidade dos atos processuais*, o juiz também o está. Todavia, em razão da diferença de posições jurídicas que umas e outro assumem no processo, a finalidade da imposição de tais modelos é absolutamente diversa.

Conforme o esposado acima, enquanto a tipicidade dos atos praticados pelo juiz é decorrência da cláusula constitucional do *devido processo legal*, e se revela elemento de *segurança jurídica* para os jurisdicionados, a tipicidade imposta aos atos praticados pelas partes atende apenas *mediatamente* a essas mesmas exigências, e *imediatamente* ao interesse particular destas.¹

Assim já tivemos oportunidade de concluir em estudo anterior:² “A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no plano da eficácia. Diferentemente sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade”. A inadequação do ato judicial quanto a qualquer dos aspectos da forma já delineados, ou com respeito aos vícios de fundo referidos acima,³ importa em nulidade.

Também nessa sua segunda acepção, a preclusão assume o caráter de fenômeno processual que impõe limitações ao exercício de poderes dentro do processo, nesse caso, os poderes decisórios do juiz. Quando REMO PANNAIN afirmou que “as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte de seus sujeitos”⁴ não se referiu, a nosso ver coberto de razão, apenas às partes, mas também ao juiz. Definir qual seria essa limitação, seus efeitos e fundamentos é justamente o foco de nossa atenção neste capítulo.

Para tanto, partimos da idéia corrente de que, quando determinada decisão incidental resta irrecorrida, sobre ela recai uma *preclusão*, que nada mais é do que um fenômeno de *caráter limitativo*, tanto para as partes quanto para o juiz: as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de redescidi-la. Esse enunciado é irremediavelmente impregnado do senso comum.

Quanto ao primeiro aspecto, podemos enquadrar essa limitação dentro daquelas traçadas, para as partes, nos itens 6.2.1 e 7.2, *supra*, isto é, o impedimento da parte em rediscutir questão já resolvida fora dos permissivos legais expressos é fenômeno que decorre das regras sobre as quais se assenta a preclusão de direitos processuais. Senão, vejamos.

Diante da sucumbência emergente de uma decisão interlocutória, a parte interessada deve valer-se do recurso de agravo e, se assim não proceder e procurar discuti-la de outra forma (por exemplo, apresentando um pedido de reconsideração sem forma ou figura de juízo como sói ocorrer no dia-a-dia forense), praticará ato formalmente inadequado como entende a doutrina tradicional.⁵ Trata-se de uma inadequação quanto à *forma* (*em sentido estrito*), porque, apesar de essa figura ser comum na prática do foro, nosso ordenamento processual não a prevê;

² Contribuição ao estudo da teoria das nulidades, cit., p. 18.

³ Itens 7.3 e 7.4, *supra*.

⁴ *Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 469-470, por nós traduzido.

⁵ Reportando-se ao processo civil alemão, SCHÖNKE (*Direito processual civil*, cit., p. 343) chega à mesma conclusão: “estando vinculado o Tribunal à resolução editada anteriormente, toda alegação das partes feita posteriormente com respeito à questão resolvida, é inadmissível e deve rejeitar-se”.

¹ Item 6.2.1, *supra*.

ao contrário, lhe é infensa.⁶ Em suma, o pedido de reapreciação de questão já preclusa é *inadmissível* e, portanto, via de regra, *ineficaz*.⁷

Assim, podemos afirmar que a preclusão de questões é fenômeno que atinge as partes como extensão da preclusão de um *onus processual*: o único modo de a parte discutir uma questão incidental é pela via do agravo: se não o interpuser regular e oportunamente, e pretender fazê-lo de outro modo, tal ato não produzirá os efeitos por ela pretendidos. Assim, depois que se escoou o prazo para agravo, não pode mais a parte pretender discutir a decisão.

Entretanto, o fato de a parte perder o direito de rediscutir o que já tiver sido decidido não significa que o próprio julgador fique impedido de revê-la de ofício. Trata-se de duas esferas diferentes (a das partes e a do juiz), as quais, justamente porque informadas por princípios diversos (vide Capítulo 6, *supra*), não estão necessariamente coordenadas por laços de causa e efeito. Sobre esse particular aspecto, voltaremos nossos olhos com mais vagar adiante (vide Capítulo 9, *infra*).

Por ora, cabe-nos analisar a limitação que a preclusão sobre questões exerce sobre o próprio juiz prolator da decisão a respeito, impedindo-o de rever suas próprias decisões, fora dos casos de retratação previstos na lei e sujeitos à provocação do interessado. O ângulo aqui é aquele do julgador, desconsiderando-se as partes.

6 ASSIM, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (O novo regime do agravo, p. 296) refere-se ao expediente aludido nos seguintes termos: "Trata-se de figura criada pela praxe forense, de que poucos autores se ocupam. Está-se, na verdade, diante de um expediente informal de impugnação às decisões do juiz, que, todavia, segundo pensamos, não pode ser pura e simplesmente ignorado pelo estuioso do processo, nem que seja para que, afinal, se chegue à conclusão de que se trata de prática absolutamente incompatível com o sistema processual vigente". Na mesma esteira, ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS (O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais, *Revista dos Tribunais*, nº 616, p. 17-25), para quem a admissão, na prática forense, desse expediente proibido em nosso ordenamento fere, inclusive, a garantia ao contraditório e o princípio de que, com a prolação da decisão, o ofício do magistrado se exaure no que toca à questão resolvida. Em sentido análogo, JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 34-35) que, contudo, admite a retratação quando houver manifesto lapso material, em atenção à economia processual. Trataremos dessa questão no item 8.6, *infra*.

7 Antes da reforma operada pela Lei nº 9.139/1995, era comum que pedidos de reconsideração fossem recebidos como agravo, quando o juiz não os acolhesse (cf., e.g., TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *O novo regime do agravo*, p. 296). E hoje ainda se poderia admitir tal hipótese, ainda que a despeito de pedido da parte, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, e a circunstância de que é insita ao regime do agravo a possibilidade de retratação do prolator da decisão recorrida. Para tanto, porém, seria logicamente necessário que o pedido de reconsideração fosse apresentado no decurso posterior à intimação da decisão interlocutória (sob pena de inadmissibilidade por intempetividade), e, ademais, a modalidade recursal seria necessariamente a *retida*, pois a *de instrumento*, como é curial, é apresentada diretamente à instância *ad quem*.

8.1.2 A limitação consistente na impossibilidade de alterar ou revogar decisões proferidas

Como se passará a demonstrar, preclusão, em sua segunda acepção, é fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas, fora dos casos expressa e taxativamente previstos em lei.

Para entender essa segunda acepção de preclusão, pode-se recorrer à definição por exclusão, ou seja, delimitar em que casos essa preclusão não se aplica. Essas exceções alinham-se em duas categorias. A primeira traz as "brechas" dadas pela lei processual para que o juiz retrate-se de decisão anterior, *independentemente do seu conteúdo* (por ocasião da interposição do agravo, seja retido (como regra) seja de instrumento (como exceção), bem como da interposição de apelação contra sentença de indeferimento de inicial (consoante o art. 296 do CPC) e contra sentença "liminar" de improcedência da ação (conforme art. 285-A, § 1º do mesmo diploma, com redação dada pela Lei nº 11.276/2006), e finalmente quando recebe contra-razões de apelação, para rever o juízo de admissibilidade positivo do recurso, no esteio do art. 518, § 2º, renomeado pela Lei nº 11.277/2006). A segunda categoria traz as hipóteses em que o juiz pode retratar-se em razão do conteúdo da questão resolvida, não se sujeitando à forma específica, tampouco provocação direta do interessado (tratamos desses casos no item 8.5, *infra*).

Essa é a viga mestra dessa acepção da preclusão: o impedimento de reapreciação de questões já decididas e contra as quais não foi interposto o competente recurso. Se o juiz inobservar essa limitação e revogar ou modificar decisão anterior e não ser nos casos *supra*, é *inadequada* (se atasta do modelo legal) e, por isso, *nula*.⁸

O fundamento dessas normas não é outro senão a necessidade de segurança jurídica e de celeridade processual. Pode-se dizer, na esteira da generalidade da doutrina, que a exigência da preclusividade de questões incidentais é inerente à própria natureza do processo, como um conjunto encadeado de atos desenvolvidos sob o contraditório e programados para a busca da composição do litígio.⁹ Por isso se justifica uma limitação aos poderes do juiz, consistente em impedir-lo de modificar ou revogar decisões anteriores acerca das quais não houve recurso oportuno da parte interessada.

Entendemos, então, estar demonstrado que a preclusão de questões incidentais, que constitui o objeto deste capítulo, se refere à limitação dos poderes do

8 Aqui, a preclusão de questões foi *causa da nulidade* da decisão que revogou ou modificou decisão anterior já preclusa (tal como a preclusão de direitos processuais é causa da inadmissibilidade, conforme vimos no item 7.7, *supra*).

9 "se il giudice potesse, con o senza istanza di parte, revocare, riconscondere la ingiustizia, la sua decisione, la lite finirebbe per riaccendersi e il fine del processo sarebbe frustrato" (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 278).

juiz em reapreciar questões incidentais já resolvidas e acerca das quais não houve recurso de agravo.

8.1.3 Impedimento de apreciação de questões não suscitadas pela parte e não decididas: fenômeno diverso da preclusão

Outro fenômeno, diverso desse que constitui objeto de estudo neste capítulo, é aquele que impede o juiz de analisar certa questão após determinada fase do processo *porque a parte não a suscitou* e, dessarte, não foi ela resolvida.

A confusão desses dois fenômenos deve-se a CHIOVENDA, que equiparou – a nosso ver, dessa vez, sem razão – a preclusão de uma questão decorrente da ausência de impugnação a uma decisão interlocutória àquela derivada da omissão na proposição de exceções na primeira fase do processo em relação à segunda.¹⁰ E, de uma forma geral, a doutrina brasileira não atentou para essa confusão.¹¹

Esse fenômeno e aquele da preclusão que recai sobre questões resolvidas têm fundamento comum, qual seja o de que os poderes decisórios do juiz ficam obstados pela falta de iniciativa da parte (no caso da preclusão, pela omissão da parte em recorrer da decisão incidental; no caso do segundo fenômeno mencionado, pela omissão da parte em suscitar determinada questão que não pode ser conhecida *ex officio*).

Em que pese essa semelhança, porém, esse segundo fenômeno não é, a rigor, uma preclusão dirigida aos poderes do juiz. Trata-se, apenas, do reflexo que a preclusão que fulmina um direito da parte traz à relação jurídica processual. Mas, para o juiz, não existe preclusão, pois preclusão pressupõe a existência de um direito, e se consubstancia no advento de um impedimento ao seu exercício. Nesse caso, o juiz não “perde” o poder de se manifestar sobre a determinada questão não pela parte, *porque esse poder somente surge quando a questão é efetivamente proposta* (antes disso, o ordenamento não dá ao juiz o poder de apreciar esse ponto).

Aliás, o próprio art. 128 do CPC impede o juiz de conhecer questões “não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Trata-se de norma que deixa o juiz privado de poder desde o início do processo, e seu comando não se condiciona à superação de qualquer fase processual. Basta que determinada matéria deva ser suscitada pela parte para que o juiz jamais possa abordá-la de ofício.

Assim, a questão, nessa hipótese, não pode se considerar preclusa para o juiz, justamente porque não proposta e não resolvida. Se a parte se vê impossibilitada

da de suscitá-la (em razão da preclusão do seu direito processual pertinente), e o juiz não pode conhecê-la, isso não significa que haja uma preclusão para esse último, mas apenas que a lei veda sua iniciativa *ex officio*.¹² Ao contrário, se se tratar de uma questão que o juiz poderia conhecer de ofício, nada importa se a parte a propõe efetivamente ou não, pois o juiz permanece investido do poder-dever de enfrentá-la.¹³

É exatamente o que ocorre com as matérias arroladas no art. 301 do CPC. Enquanto seu *caput* impõe ao réu um ônus (ao dizer que lhe “comete” alegar na contestação a série de matérias enunciadas em seus incisos), o seu § 4º afirma que o juiz pode conhecer de várias delas de ofício, a despeito da omissão da parte. ARRUDA ALVIM lembra outro exemplo: “circunstância de se verificar preclusão para a parte – v. g., no que diz respeito à exceção de suspeição – impede que a mesma argua, como direito seu, tal fato. No entanto, o juiz, nesta hipótese, não é atingido por esta preclusão, curialmente, pois é seu dever, se o for, dar-se por suspeito”.¹⁴

Diferentemente, o fenômeno da preclusão sobre questões decididas está ligado à idéia de *estabilização* de uma decisão incidental que tenha sido efetivamente proferida (torna-se imutável e indiscutível aquele comando interlocutório). Esse segundo fenômeno é bem diverso, pois a questão que não entrou oportunamente na órbita de cognição judicial não mais o poderá ser e, para aquele processo, será totalmente irrelevante. Bem se vê, pois, a diferença de efeitos.

Nessa esteira, soam realmente estranhas algumas lições doutrinárias no sentido de que o juiz poderia pronunciar de ofício sua incompetência relativa logo que despachasse a petição inicial, mas *não* depois de citado o réu, em razão do fenômeno da preclusão.¹⁵ Além de ser equívocado, segundo cremos, o entendimento de que

12 É nesse sentido que dispõe o art. 112 do CPC italiano a respeito, especificamente das exceções processuais “il giudice [...] non può pronunciare d'ufficio su eccezione che possono essere proposte soltanto dalle parti”. Ao analisar esse dispositivo processual, CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 12) observa justamente que “l'attualità del problema – perchè deve così qualificarsi – dell'eccezione rilevabile d'ufficio è data, ancora una volta, dalla necessità di interpretare sistematicamente la portata dell'art.112, CPC, alla luce della essenza del concetto stesso di preclusione, vale a dire l'impedimento stabilito dal legislatore all'esercizio di un ben determinato potere processuale delle parti, ma non del giudice”. Parece, em nosso entender, que o mesmo princípio que inspira essa norma não valha apenas para as exceções, mas de uma forma geral para todas as situações em que o juiz não pode enfrentar determinada questão porque a parte, que tinha o ônus de propô-la, não o fez, não se podendo falar, por conseguinte, de *preclusão* para o juiz.

13 Como bem anota CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 12), o fato de a estrutura do processo estabelecer uma limitação ou impedimento aos poderes das partes não implica necessariamente cerceamento dos poderes do juiz.

14 *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 484.

15 Por exemplo, MONIZ DE ARAÚJO (*Preclusão...*, cit., p. 181). Vide ainda feita referência doutrinária em DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 474 ss), especialmente a Súmula 28 do 1º TAC/SP

10 Cosa giudicata e preclusione, cit., p. 236-237.

11 Veja-se, por exemplo, a lição de BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 54), para quem “o despacho saneador produz a preclusão [...] b) das questões não decididas – desde que antes suscitáveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia ao despacho saneador”.

a incompetência relativa possa ser pronunciada de ofício,¹⁶ é de se ver ainda que o juiz não poderia dispor sobre a competência relativa sem competente exceção ritual do réu, seja antes, seja depois de despachar a petição inicial.

Com efeito, se o juiz tem o poder-dever de definir determinada questão, não pode perdê-lo, independentemente do momento do processo. Se não o fez em determinado momento, pode fazê-lo depois. De outro lado, se o juiz não pode apreciar ponto sobre o que antes se omitiu é porque jamais poderia fazê-lo de ofício, e sem oportuna e regular provocação da parte.¹⁷ Ademais, pensar que o juiz teria o poder de resolver alguma questão até determinada fase do processo¹⁸ implica aceitar que o juiz estaria sujeito a *prazos processuais próprios* (dentro dos quais seu poder deve ser exercido, sob pena de se perder), o que é um absoluto contrasenso, como vimos acima.¹⁹

Aliás, é com base nessa premissa que deve ser interpretado o art. 114 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006, ou seja, o juiz pode reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão a qualquer momento, mesmo de ofício, não se cogitando da hipótese de perda desse poder-dever (com a decorrente prorrogação de competência) se não a pronunciar logo no início do processo. Até porque, segundo norma geral do Código Civil (art. 169) a nulidade “nem convalida-se pelo decurso do tempo”.

Assim, bem entendido, o objeto deste capítulo, vale reiterar, é a preclusão que recai sobre questões efetivamente resolvidas pelo juiz, e não outras que, por não terem sido propostas, não puderam ser objeto de cognição judicial. Esse segundo fenômeno, por estar afeito à preclusão dos ônus das partes, não será tratado neste capítulo e o quanto foi dito no capítulo anterior parece plenamente suficiente para explicá-lo.

Antes de prosseguir, cabe, nessa esteira, breve esclarecimento de ordem terminológica. Justamente, em razão da distinção delineada no presente item (entre o que verdadeiramente se pode entender sobre *preclusão incidente sobre os poderes*

decisórios do juiz e a *ausência*, ab initio, de *poder decisório do juiz* que com a preclusão não se confunde) é que resolvemos intitular o presente capítulo “Preclusão sobre questões resolvidas no curso do processo” ao invés de “Preclusão dirigida à atividade decisória do juiz”.

De fato, essa segunda expressão poderia conduzir o leitor a equívocos, passando a falsa impressão de que o capítulo englobaria os dois fenômenos agora por nós distinguidos.

Tal confusão é facilmente explicável à luz do conceito de *eficácia preclusiva da coisa julgada*, emergente do art. 474 do nosso CPC, o qual nos remete à idéia de impedimento para as partes e para o juiz de enfrentarem as questões *deduzidas e dedutíveis* no curso do processo encerrada por sentença passada em julgado materialmente.

Segundo entendemos, diante de uma sentença de mérito coberta pela coisa julgada, o juiz fica impedido de apreciar o *dedutível* não porque para ele tenha se operado propriamente uma preclusão do direito de, individualmente, tratar cada uma dessas questões. Apenas a lei processual, com o fito de assegurar a firmeza da coisa julgada material, retira do juiz a possibilidade de conhecer qualquer questão atinente àquele feito, mesmo que fosse cognoscível de ofício antes do trânsito em julgado.

Assim, apesar de a preclusão sobre questões incidentais não ser outra coisa senão *preclusão para o juiz*, preferimos deixar absolutamente indene de dúvidas a qual fenômeno nos referimos a partir de agora.

8.2 Objeto da preclusão sobre questões

8.2.1 Conceito de questão no processo civil

Conceito de suma importância para entender essa modalidade de preclusão é o de “questão” no processo civil. Tanto o art. 471 quanto o 473 do CPC (geralmente associados à idéia de preclusão como veremos adiante) lançam mão desse vocábulo, muito embora não o definam.

Com inspiração na doutrina de CARNELUTTI, a idéia de questão, razoavelmente assente na doutrina,²⁰ é a de que se trata de ponto *controvertido* de fato ou de

²⁰ Na Itália, confira-se a título de exemplo, DENTI (*Dall'azione al giudicato*, p. 48). Entre nós, CALMON DE PASSOS afirma nesse sentido que “As partes oferecem alegações sobre os fatos e sobre o direito. Quando essas alegações são conflitantes, temos as questões” (Comentários..., cit., v. 3, p. 528-529). Na mesma esteira vem a lição de MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 172) e SÉRGIO GILBERTO PORTO (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, p. 206). Já Ovídio BAPTISTA DA SILVA (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro, *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*, p. 114) questiona o acerto desse conceito (acoimando-o de conter uma “imprecisão insuperável”, tal como

¹⁶ “Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa, desde que o faça em sua primeira intervenção no processo”.

¹⁷ Como entende a jurisprudência predominante e que se acha, inclusive, pacificada na Súmula 33 do STJ.

¹⁸ Que questões seriam essas que podem ser conhecidas de ofício, e quais dependem de iniciativa da parte, veremos sucintamente, no item 8.5.

¹⁹ Como entende, dessa vez, segundo entendemos, sem razão, MONIZ DE ARAGÃO: “A preclusão não afeta somente a decisão de questões: alcança, igualmente, o exercício de poderes, independentemente de ter sido proferida alguma decisão. Para quem reconheça ao juiz a possibilidade de declarar a própria incompetência relativa, ocorrerá a preclusão se ele não a pronunciar ao despachar a petição inicial. Preclui para o juiz o poder de praticar certos atos (outros não) após haver proferido sentença (art. 463)” (Preclusão..., cit., p. 181).

²⁰ Vide item 6.3, *supra*.

direito (isto é, proposto por uma parte e rechaçada pela *ex adversa*), o qual deve ser solucionado pelo juiz, seja na sentença, seja no curso do processo. Semelhante definição é acolhida igualmente no processo civil da *common law*, sob a denominação *issue*, conforme vimos acima (item 3.7, *supra*).

Colocar-se-iam então, segundo essa concepção, dois requisitos para que se definisse o conceito de questão: primeiro, que tenha sido ela *proposta* por uma parte e, *segundo*, que tenha havido controvérsia entre ela e sua adversária. No entanto, a análise dos textos normativos e da realidade da aplicação do processo nos leva a observar que nenhum desses dois requisitos é indispensável para caracterização do conceito de *questão*.

Com efeito, quando pensamos em questões de cunho processual, emerge imediatamente a idéia de que o *juiz conhece dessas matérias independentemente das partes terem-nas alegado*. Realmente, imagine-se que uma das partes não tenha suscitado ao juiz a falta de algum dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto pela outra, ou a regularidade formal da petição inicial ou da representação processual de seu adversário: em todos esses casos, o juiz tem o poder (dever) de apreciar tais questões.²¹

Além disso, colhem-se exemplos de determinadas exceções de mérito que podem ser conhecidas de ofício. Exemplos disso são a *decadência* e a *prescrição* (que podem ser reconhecidas de ofício,²² a teor do art. 295, IV, CPC e art. 219, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006, respectivamente, e que, uma vez acolhidas, importam na extinção do processo com resolução de mérito, *ex vi* do art. 269, V, do mesmo diploma).²³

o próprio conceito carmelutiano de *lide* ao qual nosso legislador se rendeu, como se verá adiante). Contudo, apesar de tal ponderável crítica, para os nossos propósitos, o conceito nos será útil, de tal modo que procuraremos analisá-lo criticamente a fim de extrair uma concepção mais ajustada a nosso sistema processual e afinada com os objetivos da tese.

21 Cf., v. g., DENTI (*Dall'azione al giudicato*, p. 49) e MONTERO AROCA E FLORES MARTÍES (*Los recursos en el proceso civil*, p. 5).

22 Problemas delicados – e que, já adiantamos, não pretendemos enfrentar – referem-se ao impeto do novo Código Civil sobre esses institutos, que tanto apresentam repercussão no processo. De fato, ao lado do aperfeiçoamento no trato da matéria (com a distinção clara entre prescrição e *decadência*, dada pelos arts. 189 e 207 do novo diploma, que faltava àquele revogado), tem-se o seu art. 210, que diz que “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”, ao passo que a leitura do art. 295, IV, do CPC indica que ele *deve* indeferir a petição inicial se reconhecer a decadência.

23 O direito italiano oferece outros exemplos de exceções de mérito cognoscíveis de ofício (como a existência de pagamento, cf. lembra GIOVANNI FABBRINI, *Lecezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione, Scritti giuridici*, v. 1, p. 358) que, apesar de não se aplicarem ao nosso sistema, servem ao menos para demonstrar que, para que se caracterize a questão objeto da cognição judicial, não é necessário que tenha sido ela proposta pela parte.

Isso sem falar em várias normas de direito material que *devem* ser conhecidas de ofício, e independentemente de alegação pela parte a quem aproveitaria o seu acolhimento. É o caso da nulidade do negócio jurídico em geral,²⁴ por exemplo.

Poder-se-ia falar, ainda, nos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos dos direitos do autor supervenientes à propositura da ação, que podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, a teor do art. 462 do CPC, ou nos fatos secundários ou notórios, que o juiz poderia reconhecer mesmo sem alegação expressa das partes.²⁵

Enfim, com base nesses relevantes exemplos, vê-se que a máxima romana *iudex iudicare debet secundum allegata et probata parium* não se aplica mais ao processo atual, pois o juiz aprecia não só o que as partes alegam, mas também o que a lei determina que ele conheça de ofício.²⁶

Também a controvérsia entre as partes é dispensável para que se defina o núcleo do conceito de questão processual. A idéia de que esse requisito por-se-ia como necessário para que houvesse uma *questão* deve-se à doutrina do italiano MENESTRINA,²⁷ que diferenciava o *ponto da questão* justamente por ter havido entre as partes a controvérsia.

Partindo, novamente, das questões de cunho processual, basta pensar que as partes podem concordar quanto à necessidade de uma prova pericial, mas, se o juiz a reputar prescindível, poderá negar sua produção (e, se o caso, julgar anticipadamente a lide, por exemplo), já que é a autoridade a quem cabe a condução do processo.

De modo similar sucede com as questões de direito que dizem respeito ao *meritum litis* (vale dizer, questões atinentes ao direito substancial que cerca o objeto do processo). Deixando de lado maiores investigações sobre se o nosso sistema adotou a teoria da substanciação ou da individualização, é de se ver que, ainda que

24 O art. 168, *caput*, do CC dispõe: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”, e, sobretudo, seu parágrafo único: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

25 Os fatos notórios não só independem de prova (como diz o art. 334, I, do nosso CPC), como também da arguição por qualquer das partes (seriam conhecidos de ofício pelo juiz, e não se sujeitariam à proibição deste em usar seus conhecimentos privados para dirimir um litígio, pois a rigor se trata de um conhecimento comum a um grande grupo de pessoas do qual faz parte o magistrado). Assim defende, na doutrina espanhola, ENXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 146).

26 Como ensina FABBRINI (*Lecezione di merito...*, cit., p. 356), “se è pur vero che dove esiste margine per una pronuncia di ufficio su una eccezione in senso lato, si rompe lo schema, tanto spesso ricorrente, del nesso istanza-risposta tra attività delle parti e attività del giudice”.

27 *Pregiudiziale nel processo civile*, p. 15 ss.

as partes estejam de acordo quanto à aplicação de determinado dispositivo legal ao caso *sub iudice*, ou cominação de determinada consequência jurídica à hipótese versada nos autos, o juiz pode desconsiderar essa ausência de controvérsia e, valendo-se de sua autoridade, aplicar o direito objetivo de outro modo diverso, se assim o reputar acertado (pela máxima *iura novit curia*).²⁸ Fenômeno análogo ocorre com os pontos de fato. Tratando-se de ponto de fato incontroverso, permanece o magistrado investido do poder de desconsiderar a presunção de veracidade que sobre ele recai (arts. 302 e 334, III, do CPC), sempre que, pelas *máximas da experiência*, a versão decorrente da incontrovérsia resultar inverossímil ou contrária aos demais elementos coligidos aos autos.²⁹

Enfim, melhor parece adotar a concepção de ANTONIO SCARANCE FERNANDES,³⁰ no sentido de que a controvérsia é dispensável para que se tenha a definição de *questão*, mas é necessário que haja ao menos *divida* quanto ao ponto de fato ou de direito.

Em conclusão, é de rigor anotar que o juiz não resolve somente os pontos controvertidos resultantes da proposição de determinado ponto de direito ou de fato por uma das partes, e negada pela adversa, de tal sorte que o conceito de questão acaba por se resumir a um ponto sobre o qual o juiz deverá decidir, valendo-se de seu raciocínio lógico e do seu poder de livre convencimento, e com o dever de apresentar motivação.

8.2.2 Classificação e conteúdo das questões no processo civil

Alcançado um conceito de *questão*, passemos então classificá-las a fim de orientar a nossa exposição.

Quanto ao conteúdo, CARNELUTTI³¹ distinguia as *questioni di merito* (que se referem à *lide*, ou à *res iudicanda*) das *questioni d'ordine* (que se referem ao *processo*, e não à *lide* e devem ser resolvidas antes das questões de mérito, *incidental-*

²⁸ Em abono à tese, confira-se a título meramente exemplificativo, na doutrina italiana, EWANGELISTA-JANNELLI (*Manuale di procedura civile*, p. 1115) e na doutrina pátria, CRUZ E FUCCI (Responsabilidade objetiva e qualificação jurídica da demanda, *Revista do Advogado*, nº 44, p. 38-42).

²⁹ É o que já vem positivado para o procedimento comum sumário (art. 277, § 2º, do CPC), e igualmente no processo dos Juizados Especiais Cíveis (art. 20 da Lei nº 9.099/1995), no sentido de que o juiz *poderá* desconsiderar a presunção de veracidade de fatos quando o contrário resulta da prova *já constante dos autos*. Roborando a tese de que a presunção de veracidade que emerge da revelia é *relativa*, confira-se *farta jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 400, notas 6a, 6b, 7 e 8 ao art. 319).

³⁰ *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, p. 50.

³¹ *Diritto e processo*, p. 191-192.

mente no curso do processo e, não por outra razão, também chamadas *questioni incidentali*). Essas últimas eram ainda subdivididas em questões *prejudiciais* (que poderiam impedir o desenvolvimento do processo, como a decisão acerca da competência do juiz ou dos demais pressupostos processuais),³² e questões que não dizem respeito a *se* o processo pode caminhar, mas *sim como* se dará esse curso. E aqui precisamente entra a solução de questões atinentes à prova, ou à admissão ou não da intervenção de terceiros (exemplos esses dados pelo próprio processualista peninsular).

Essa construção doutrinária pode nos servir de ponto de partida para extrair uma classificação das questões no processo civil brasileiro.

Apesar de parecer irrepreensível a idéia de que as questões dividem-se, quanto ao seu conteúdo, entre as de mérito e as de ordem, assim como se nos mostra irretocável a afirmação de que há questões de ordem que são prejudiciais e outras não, é importante desde logo assinalar que nem toda questão prejudicial refere-se à matéria processual como decorre da lição citada acima (sendo a categoria das *questões prejudiciais de mérito* uma categoria importantíssima na ciência processual civil, desde o direito romano).

O raciocínio diametralmente contrário a esse – e que igualmente se nos mostra errôneo – vem acolhido na LEC espanhola de 2000, que define *questiones prejudiciales* (arts. 40 a 43) como aquelas “questões de fato, que fundamentam a pretensão ou se relacionam com ela, mas que precisam de uma valoração jurídica material independente pelo mesmo juiz que conhece da pretensão, ou por outra distinta”.^{33,34}

³² Note-se que o autor, assim como a unanimidade da doutrina italiana, não diferencia em meios às *questioni d'ordine* aquelas que dizem respeito às condições da ação e aquelas concernentes a pressupostos processuais, reforçando o quanto foi por nós dito no item 7.4, *supra*.

³³ CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 132) diferenciam as questões prejudiciais homogêneas (giram em torno da mesma categoria de normas de direito material que a causa principal) das heterogêneas (que envolvem normas estranhas àquelas que pautam a questão principal, como as questões prejudiciais de constitucionalidade, penais e administrativas). Em nossa doutrina, BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, Tese de Livre-docência de Direito Judiciário Civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 55) também acolhe dicotomia similar.

³⁴ Segundo a doutrina espanhola (e. g., NURVA REINAL QUEROL, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil, Instituciones del nuevo proceso civil*, v. 1, p. 257-259), para que exista prejudicialidade, é necessário que haja dois requisitos: a) a solução da questão prejudicial é indispensável para solução da principal (seja cronologicamente, seja porque pode afetar a solução da principal); b) o objeto da prejudicial possa ser objeto de um processo autônomo (mesmo que ao civil, mas penal, administrativo ou laboral). Há autores (como PEDAD GONZÁLEZ GRANDA, *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, p. 188) que enunciam um terceiro requisito, qual seja o de que a matéria sobre a qual versa a questão prejudicial pertença a outra jurisdição, de modo que somente as questões prejudiciais heterogêneas se enquadrariam realmente nessa categoria, pois as demais (*homogêneas*) seriam *incidentais*. Mas a LEC espanhola atual, em seu art. 43, adotou a concepção mais ampla de questão prejudicial,

Esse conceito acolhido na legislação espanhola é errado porque ignora que há questões prejudiciais de natureza processual. A idéia de *prejudicialidade* parece relativamente delimitada no sentido de que “existindo questões prejudiciais [...] deve o juiz conhecer e resolver antes a questão subordinante e, tal seja o teor da resolução, poderá tornar-se até desnecessário o conhecimento da questão subordinada”.³⁵ Como ensina BARBOSA MOREIRA,³⁶ a *prejudicialidade* se define pela “natureza do vínculo” entre a questão subordinante (prejudicial) e a subordinada.

Assim, podem constituir objeto de questões prejudiciais tanto pontos de fato quanto de direito (os quais, gravitam em torno do mérito do litígio), como também a averiguação acerca da existência de pressupostos processuais e condições da ação, por exemplo (matérias de cunho processual apenas).

BARBOSA MOREIRA ainda procura fazer a distinção entre as questões prejudiciais (“de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões”³⁷ ou, em outras palavras, as que, conforme decididas de um ou de outro modo, interferem no conteúdo da questão subordinada),³⁸ e *questões preliminares* (que são “aquelas que conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras”³⁹ ou seja, aquelas que podem permitir ou excluir a decisão da questão subordinada, sem interferir em seu conteúdo). Deixando de lado essa distinção – que, para nós, sem propósito, é excessivamente minuciosa –, ficamos com a idéia geral de que *da solução das questões prejudiciais* depende a solução de outras (que podem ser excluídas ou podem sofrer interferência em seu conteúdo).

Adotado, então, esse conceito lato de *prejudicialidade*, cabe-nos definir o que sejam *questões incidentais*.

Podemos partir aqui da legislação espanhola, que inovou ao definir também essa noção ao dispor que as *cuestiones incidentales* no art. 387 da LEC são “distintas das que constituem o objeto principal do pleito, guardam com essa relação imediata, assim como as que se suscitam a respeito de pressupostos e requisitos processuais”. Como se vê, do conceito de questão incidente dado pelo art. 387 da LEC constam duas partes: a primeira diz respeito ao *fundo* da demanda; a segun-

da, aos aspectos meramente *processuais*,⁴⁰ ou seja, as questões incidentais também podem ser de mérito ou processuais.

Além de serem divididas quanto ao conteúdo, as questões incidentais podem ser separadas entre aquelas que o juiz enfrenta na sentença, ou no curso do processo, sem importar na sua suspensão (art. 389, LEC), e outras sem cuja solução o processo não pode prosseguir (art. 390, LEC). O art. 391 enumera casos de questões dessa segunda categoria, as quais são justamente *questões prejudiciais* segundo a definição por nós aqui acolhida.

Dessa observação extraímos a consequência de que, segundo o ordenamento espanhol, toda questão prejudicial é incidente, mas o contrário não é verdadeiro. Naquela sistemática, pois, questões prejudiciais seriam espécie, de que seriam gênero as incidentais.⁴¹

Para verificar o cabimento dessa concepção ao nosso ordenamento, parece-nos relevante socorrer-mo-nos da tese de doutoramento de SCARANCA FERNANDES, que define *incidente* como “algo que cai em cima de algo em movimento, interrompendo seu curso normal. O incidente processual seria por conseguinte aquilo que se insere no processo, podendo interromper seu movimento, podendo obstaculizar seu caminho”.⁴²

Ainda segundo o mesmo autor, decorre dessa definição: (a) a acessoriedade do incidente e (b) a excepcionalidade, no sentido de que “não se constitui em ato ou termo essencial do processo” e de que produz mudanças no trajeto procedimental, colocando-se como etapa prévia ao atingimento do ato-fim, que é o julgamento do mérito da pretensão deduzida pelo autor.⁴³

Apenas num ponto temos de discordar dessa concepção, pois o autor leva a extremos inconvenientes a idéia de *excepcionalidade*, de maneira que *apenas o que provoca uma suspensão ou alteração na marcha procedimental poderia, em seu ver, ser considerado incidental*. Para entender essa assertiva, vale-mo-nos do próprio exemplo dado por SCARANCA FERNANDES,⁴⁴ no sentido de que a incompetência relativa (que dá ensejo a um *procedimiento incidental*) é uma *questão incidente* e a

⁴⁰ Assim também entende PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA (*La nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 1, p. 216).

⁴¹ Esse é o entendimento dominante na doutrina espanhola, p. 188. Na doutrina brasileira, isso não fica exatamente claro: “Pode-se, de forma sintética, dizer então que o vínculo de prejudicialidade decorre de uma subordinação lógica e necessária da questão prejudicial à questão prejudicada e o vínculo de incidentalidade advém da accidentalidade da questão incidental em face do procedimento”, de maneira que, para o autor, uma questão prejudicial “pode ser” incidental e vice-versa (ANTONIO SCARANCA FERNANDES, *Incidente processual...*, cit., p. 78).

⁴² *Incidente processual*, cit., p. 31.

⁴³ *Ibidem*, p. 47 e 60.

⁴⁴ *Incidente processual...*, cit., p. 81.

incluindo as homogêneas e as heterogêneas. Assim estruturado, o sistema estabelece que o próprio juiz competente para a causa principal aprecie as questões prejudiciais *homogêneas*, exceto aquelas reputadas *devolutivas* (isto é, não apreciáveis pelo próprio juiz da causa principal), que ocorrem justamente nos casos em que a causa prejudicial é objeto de outro processo e a reunião de ambos (ou *acumulación de autos*) seja impossível (é a chamada prejudicialidade externa).

³⁵ KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 107).

³⁶ *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 29.

³⁷ *Ibidem*, p. 27.

³⁸ *Ibidem*, p. 30.

³⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, *ibidem*, p. 27.

incompetência absoluta (que deve ser analisada no saneador, seguindo-se a própria ordem procedimental prevista no Código de Processo Civil, sem perturbações de sua marcha) *não pode ser enquadrada na mesma categoria*.

Data venia, não há como distinguir ambas as situações pelo aspecto meramente *formal* do modo com as partes suscitam tais questões e como o juiz as soluciona, pois isso representaria um apego exagerado à rigidez do procedimento que, de resto, hoje vem sensivelmente repensada e flexibilizada. Aliás, no tocante ao próprio exemplo dado pelo referido monografista, a jurisprudência prevalecente assentou que “constitui mera irregularidade a apresentação da exceção de incompetência relativa como preliminar na contestação, e não em peça apartada”.⁴⁵ Essa constatação expõe a fragilidade da tese, nesse particular.

Assim, da conceituação que resulta dos reparos feitos à tese de SCARANJE FERNANDES, se extrai a real amplitude do conceito de questão incidental, abarcando *todas as etapas necessárias para que o mérito da pretensão seja enfrentado, incluídas todas as questões de cunho processual pelas quais deve passar o juiz antes de chegar no mérito (prejudiciais ou não) e as próprias questões de fato e de direito que antepõem-se como fundamentos necessários para que se atinja uma solução final para a lide exposta em juízo*.⁴⁶ Logo se vê que essa categoria é bastante ampla, e se subdivide em *questões incidentais de mérito e questões incidentais processuais*, e podem ser elas prejudiciais ou não.

Note-se, contudo, que as questões incidentais devem ser resolvidas como etapa antecedente ao mérito, mas não necessariamente em provimento judicial apartado, de modo que as sentenças em geral também serão portadoras de soluções a questões incidentais.⁴⁷

Assim, do ponto de vista terminológico, de uma forma geral, parece-nos suficiente, para nossos propósitos, a idéia de que todas as decisões tomadas no curso do feito e também na sentença, como etapa prévia e preparatória do julgamento do mérito da pretensão propriamente dito, são *incidentais*.

Pois bem. Independentemente de serem prejudiciais ou não, as questões incidentais podem apresentar diferentes conteúdos. Para delimitá-los, entendemos

⁴⁵ STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência 13623-7-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 30.08.1995, v.u. Confira-se ainda a jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil*..., cit., p. 395, nota 3 ao art. 307 do CPC), ou seja, RT 605/30, 659/60; RF 250/248; RJTJESP 103/305, 150/402; JTA 77/85; JJAERGS 86/176; BAA SP 1659/238.

⁴⁶ Portanto, questões de mérito também são incidentais (cf. acentua SCARANJE FERNANDES, *Incidente processual*..., cit., p. 68), já que é necessário distinguir *mérito das questões de mérito*, como fazem DINAMARCO (*Fundamentos*..., cit., v. 1, p. 273 e ss) e WATANABE (*Da cognição*..., cit., p. 106). Preferimos não adentrar nesse intrincado tema, por inoportuno, mas aceitamos como premissa essa idéia de que *questões ligadas ao mérito* com ele não se confundem.

⁴⁷ Aliás, como se viu acima, os art. 389 ss da LEC espanhola afirmam expressamente que as *questões incidentais* podem ser solucionadas na sentença.

imprescindível partirmos do célebre estudo de KAZUO WATANABE intitulado *Da cognição no processo civil*, que preconiza que as *questões* a serem resolvidas pelo juiz são de três ordens: sobre o processo, sobre a ação e sobre o mérito da demanda.⁴⁸

Na categoria relativa ao processo, WATANABE deixa de lado a tomada de posição acerca das várias teorias concernentes ao tema *pressupostos processuais*, e acaba por aceitar que esse elemento do trinômio abarca “todas as questões ligadas ao processo em si mesmo”.

Dessarte, a cognição judicial sobre as questões do processo inclui os pressupostos processuais (na acepção aceita no item 7.4), como também o controle formal do processo (isto é, a análise dos requisitos de validade *formal* dos próprios atos do magistrado e de seus auxiliares, e dos requisitos *formais* de eficácia dos atos das partes, ou seja, a sua *admissibilidade*). Todas essas são, segundo a doutrina carmeluttiana, *questioni d'ordine* e, parece-nos, são objeto da cognição judicial no primeiro elemento do trinômio delineado por WATANABE. Além dessas, também parece estarem abrangidas nessa categoria as questões relativas à instrução do processo, pois se referem ao processo e se regem por suas normas, visando “aplacar” o caminho do processo até seu ato final,⁴⁹ fornecendo subsídios para que possa se dar a cognição sobre as questões de mérito. Antes delas, porém, há o segundo elemento do trinômio, ou seja, as condições da ação.

Finalmente, impende fazer menção acerca das decisões tomadas incidentalmente quanto a pedidos de tutela de urgência, que exigem que haja cognição judicial sobre o *trinômio* de questões referidas acima (*condições da ação, pressupostos processuais e controle formal do processo e o mérito propriamente dito*), mas em caráter *sumário* e resultando em um provimento por definição precário e carente de confirmação.

Portanto, não há dúvidas de que a teoria da *cognição judicial sobre o trinômio* de questões a que se refere KAZUO WATANABE é indispensável para que se identifique o conteúdo das decisões *incidentais*, e para que num segundo momento, se possa perquirir em que momento processual cada questão é resolvida e quais os efeitos dessa decisão para as partes e, sobretudo, para o juiz.

8.2.3 Momento de solução das questões

Segundo dispõe o art. 162 do CPC, o juiz de primeiro grau profere sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Sempre que prolata uma *decisão interlocutória*, ou uma *sentença*, o juiz está resolvendo questões. Quando exara *despachos*,

⁴⁸ Nesse mesmo sentido, mas com menor profundidade, MONIZ DE ARAÇÃO (*Preclusão*..., cit., p. 172).

⁴⁹ Conforme anota percutientemente MONIZ DE ARAÇÃO (*Preclusão*..., cit., p. 174-175).

o mesmo não ocorre, já que, como se sabe, não têm eles conteúdo decisório.⁵⁰ Assim, polarizam-se, segundo preconiza DENTI, os atos decisórios de um lado, e de outro, os *ordinatórios*.⁵¹ Essa segunda categoria não nos interessa.

Antes da promulgação da Lei nº 11.232/2005, as duas modalidades de atos decisórios distinguam-se entre si pelo critério formal estabelecido no art. 162 do CPC: as primeiras punham termo ao processo, as demais não. O conteúdo desses proventos, a rigor, era irrelevante para a classificação legal.

Agora, porém, a definição de sentença, segundo redação que a nova lei deu ao art. 162, § 1º, passa a ser baseada no seu conteúdo.⁵²

Não pretendemos, aqui, nos aprofundar em investigações acerca do impacto dessa alteração, sob pena de fugir do tema ora desenvolvido. Cabe, isso sim, observar que, se o advento do § 6º do art. 273 do CPC poderia pôr em sérias dúvidas a sobrevivência do “princípio da unicidade do julgamento do mérito”, com muito maior razão a nova definição de sentença dificulta ainda mais a defesa de tal tese.⁵³

De fato, o processo (ou fase) de conhecimento tinha e continua tendo apenas um começo e um fim, de modo que, segundo a original redação do art. 162, § 1º, era mais que razoável entender que a cada processo corresponderia *uma única sentença*. Daí por que no trabalho acadêmico que serviu de base para o presente estudo, manifestamos nossa adesão ao chamado “princípio da unicidade do julgamento do mérito”.

Agora, porém, a redação dada pela Lei nº 11.232/2005 a esse dispositivo não induz necessariamente à unicidade do julgamento do mérito na sentença. Desse

modo, parece-nos perfeitamente possível ocorrer o proferimento de mais de uma sentença de mérito num mesmo processo.

Acresça-se a isso a alteração do *caput* dos arts. 269 e 463, deixando ainda mais claro que a resolução de mérito não importa necessariamente em extinção do processo, o que reforça a completa ruptura com a sistemática anterior.

Ainda que essas últimas mudanças tenham sido claramente movidas pela intenção de readequar a terminologia do Código (de maneira a adaptá-lo para a extinção do processo *autônomo* de execução de título judicial e sua substituição pelas atividades executivas encerradas na “fase de cumprimento de sentença”), não pode passar despercebida essa radical alteração estrutural, que implica a aceitação de duas categorias de sentenças de mérito: as *parciais* (que não põem fim à fase de conhecimento) e as *finais* (que encerram definitivamente essa fase).⁵⁴

Com respeito a essa última colocação, duas ressalvas são fundamentais.

A primeira é a de que a autorização dada ao juiz para proferir sentenças parciais de mérito não inclui, segundo entendemos, o proferimento de decisões que resolvam apenas questões de mérito, sem aplicação de alguma das hipóteses do art. 269. Parece-nos que apesar da possibilidade de quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito, a Lei nº 11.232/2005 não foi apta a afastar a reserva do julgamento do mérito para a(s) sentença(s), sejam elas quantas forem.⁵⁵

A segunda está na razoável probabilidade de que, no mais das vezes, somente haja uma sentença de mérito (ou, melhor dizendo, uma sentença de mérito final), seja porque na maioria dos casos em que o objeto da demanda se apresenta simples e não comporta ou permite qualquer cisão, seja porque é bem possível que a prática forense vergará ao peso da tradição, mantendo toda a análise do mérito reservada para final.

De outro lado, apesar de ter passado incólume o § 2º do art. 162 do CPC, ainda assim é de absoluto rigor observar que a alteração da definição de sentença trouxe impacto indireto para o conceito de decisão interlocutória.

As decisões interlocutórias continuam exclusivamente dedicadas à solução de questões incidentais de curso processual, desde que não extingam o processo, como já ocorria mesmo antes da vigência da Lei nº 11.232/2005, mas a partir desse diploma seu espectro de incidência se esgota aí.

Com efeito, mesmo antes da edição da Lei nº 11.232/2005, o juiz já podia proferir, no curso do processo, decisões que implicassem “alguma das situações previstas” no art. 267 do CPC. Pense-se, por exemplo, na decisão que exclui um

⁵⁴ A esse respeito, confira-se, de maneira mais completa e detalhada, o nosso estudo Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005, In: *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*, CARLOS ALBERTO CARMONA (coord.), p. 186-209.

⁵⁵ MAURÍCIO GIANNICO (A preclusão..., cit., p. 149) extrai da conjugação dos arts. 458 e 459 do CPC que apenas a sentença é palco para solução do mérito e das questões de mérito.

⁵⁰ Como se sabe, os despachos, que se diferenciam das decisões interlocutórias justamente por não trazerem conteúdo decisório, servem apenas para dar andamento ao processo (não sem razão são chamados também de despachos ordinatórios). Além de irrecorríveis (art. 504 do CPC), não são eles cobertos pela preclusão (cf. MONIZ DE ARAGÃO, Preclusão..., cit., p. 171, e BARBOSA MOREIRA, *Comentários*..., cit., v. 5, p. 347).

⁵¹ DENTI (Poteri del giudice, *Novissimo digesto italiano*, v. 13, p. 490).

⁵² A reforma veio, em nosso entender, pôr termo ao interessante debate doutrinário travado entre NELSON NERY JR. (*Teoria geral dos recursos*, p. 237-239) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Os agravos no CPC brasileiro*, p. 185 ss.), tendo o legislador, afinal, acolhido a tese dessa última.

⁵³ Trata-se de princípio ao qual LIEBMAN (*Manuale*..., cit. v. 2, p. 239) já havia feito referência, e que conta com a adesão maciça da doutrina (pelo menos aquela produzida até o advento da Lei nº 11.232/2005), como DINAMARCO (*Novo era do processo civil*, p. 281-282), PONTES DE MIRANDA (*Comentários*..., cit., t. 4, p. 229), CALMON DE PASSOS (*Comentários*..., cit., v. 2, p. 489-490) e KAZUO WAIKABE (*Da cognição*..., cit. p. 107). De modo enfático, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA afirma que a decisão interlocutória “nunca julga o mérito” (Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento, *Revista Forense*, nº 298, p. 7). Minoritariamente e contrariamente, SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 55) entende que esse princípio tornou-se algo a ser repensado à luz do art. 273, § 6º, do CPC.

litisconsorte passivo por ilegitimidade *ad causam*, indefere a denunciação da lide por falta de interesse processual, ou rejeita a inicial da reconvenção por inépcia.

Todos esses exemplos retratam solução antecipada de *demandas cumuladas*,⁵⁶ e que já ocorriam mesmo antes do advento da Lei nº 11.232/2005, sobretudo em face do que dispunham (e ainda dispõem) os arts. 317 e 329 do CPC.

Contudo, se esses provimentos antes eram considerados como decisões interlocutórias, agora, por força da Lei nº 11.232/2005, hão de ser enquadrados como *sentenças*, nos exatos termos do art.162, § 1º, reformado.

Entretanto, se a situação é inversa – isto é, nos exemplos dados, o juiz *rejeita* a arguição de ilegitimidade, deferre a denunciação da lide, ou recebe a reconvenção – as decisões continuam a ser interlocutórias, independentemente da Lei nº 11.232/2005.

Essa constatação nos leva a afirmar que, dependendo se a matéria incidental atinente à aplicação de hipótese do art. 267 é acolhida ou rejeitada, a *decisão terá a condição de sentença de decisão interlocutória*, respectivamente.

Destarte, a alteração do conceito de sentença acaba, de certa forma, reduzindo o campo das decisões interlocutórias. A elas se reservam todas as questões necessárias a “viabilizar a marcha do processo”, a fim de remover “os obstáculos opostos a essa meta”.⁵⁷ Todavia, se esse obstáculo se apresenta intransponível, e a questão é decidida de modo a excluir qualquer perquirição sobre outras questões subsequentes, haverá *sentença* (porque o processo, ou parte dele, se extinguirá).

Depois dessa breve incursão acerca de uma das modificações, podemos então sintetizar as conclusões a que chegamos, em dois tópicos:

- (I) segundo sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005, poderá haver sentenças de mérito *parciais e finais*, e sentenças terminativas *parciais e finais*; (II) as decisões interlocutórias são palco apropriado, *apenas*, para questões *incidentais* de cunho processual, mas desde que seja para “remoção de obstáculos” rumo à decisão de mérito, pois, do contrário, se acolhida matéria que importa exclusão da decisão de mérito, se tratará de sentença.

⁵⁶ Lembremos, por adequada a nossos propósitos, a classificação de cumulação de demandas traçada por FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 55 ss) e, em linhas gerais, também por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 161 ss), entre *cumulação objetiva inicial* (também chamada simplesmente “cumulação de pedidos”, feita na petição inicial, contra um mesmo réu); a *cumulação subjetiva inicial* (aqui se está tratando do litisconsórcio ativo ou passivo, executando-se os casos em que seja ele necessário, pois aqui não há cumulação de demandas propriamente dita, pela impossibilidade de haver processos distintos em que os litisconsortes figurassem separadamente); a *cumulação objetiva sucessiva* (a propositura de ação declaratória incidental, pelo autor ou pelo réu, ou de reconvenção) e, por derradeiro, a *cumulação subjetiva sucessiva* (essa modalidade se dá em razão de alguns casos de litisconsórcio ulterior e de intervenção de terceiros, como a denunciação da lide, por exemplo).

⁵⁷ TOMÁS PARÁ FILHO (A recorribilidade..., cit., p. 24).

8.3 Questões resolvidas e sua estabilização

8.3.1 Identificação entre questões

Antes de proceder à investigação acerca da estabilização das questões resolvidas no curso do processo, é necessário que se estabeleçam alguns critérios para identificar quando se considera decidida determinada questão.

Realmente, tal como se exige – para que se verifique o efeito impeditivo da coisa julgada material em um novo processo – que haja a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir) entre o processo já extinto e aquele que se instaura, também a identificação do efeito impeditivo decorrente da preclusão deve se apoiar em determinados critérios.

Para que haja identidade entre uma questão resolvida e outra que venha a ser proposta e enfrentada pela autoridade jurisdicional em momento posterior, a primeira condição necessária é a de que ambas versem o *mesmo ponto de fato ou de direito*.

Além disso, só existirá identidade entre uma e outra questão se o *suporte fático* que embasou ambos for idêntico. Mudadas as condições sob as quais se assentou a anterior decisão, e reproposto o mesmo ponto de fato ou de direito, não se cogita de preclusão para o juiz. Essa tese encontra apoio no próprio art. 462 do CPC, que regra a influência do fato superveniente no processo e se extrairia também de uma interpretação do art. 471, I, do CPC, que afasta os efeitos da coisa julgada quando há alterações fáticas ou jurídicas com respeito a relações que se prolongam no tempo.

Finalmente, para que se considere que haja identidade entre um e outro requisito, é preciso que o *suporte probatório* que embasou a anterior e a nova decisão seja o mesmo. De fato, aprofundada a cognição judicial sobre os elementos que conduziram à primeira decisão, não se poderia falar jamais em preclusão para o juiz.

Feitas essas importantes considerações, podemos prosseguir com a identificação da multiplicidade de momentos em que a preclusão incidente sobre questões se manifesta no processo.

8.3.2 Questões resolvidas por decisões interlocutórias e sua estabilização

No que toca ao modo e à amplitude da estabilização das questões resolvidas pelo juiz no curso do processo, a primeira idéia que emerge aqui é a de que, como cediço, os efeitos preclusivos da decisão interlocutória são *meramente endopro-*

cessuais. Tal constatação é recorrentemente repetida na doutrina,⁵⁸ mas convém aqui perquirir seus fundamentos.

Porto seguro para início de nossa investigação está no art. 469 do CPC, que exclui da incidência da coisa julgada material: “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inciso I), “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (inciso II) e, sobretudo, “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (inciso III).

Sem pretender descer a minúcias acerca do instigante tema dos limites objetivos da coisa julgada, cabe apenas considerar que referido dispositivo legal, apesar de claro e bem compreendido, não está imune a críticas, principalmente se tomado em conjunto com as demais normas contidas na seção “Da coisa julgada”.

A redação do art. 467 do CPC demonstra a opção pela teoria de LIEBMAN acerca da coisa julgada (apesar de sua redação um pouco equivocada),⁵⁹ mas, contrariamente, a seu lado ficou mantido, quase com as mesmas palavras, alguns dispositivos do diploma de 1939 a respeito do tema, os quais por sua vez vinham da parte prima do *Progetto del Codice di Procedura Civile*, apresentado por CARNELUTTI à *Sottocommissione reale per la Riforma del Codice di Procedura Civile*, presidida por MORTARA, em 1926.⁶⁰

O cotejo dos dispositivos legais revela um flagrante contra-senso, já que a doutrina carnelluttiana era, na espécie, bem diferente daquela pregada por LIEBMAN, não só quanto à própria concepção dos fenômenos da coisa julgada material e formal,⁶¹ mas também quanto a seus limites objetivos.⁶²

A leitura, em conjunto, dos dispositivos do nosso Código de Processo Civil acerca da coisa julgada deixa, realmente, a dúvida: ou só é coberto pela coisa julgada material o dispositivo da sentença de mérito (no qual o bem da vida é concedido ou negado ao autor, como pregava LIEBMAN), ou são cobertas todas as

58 Desde CHIOVENDA (Cosa giudicata e competenza, cit., e Cosa giudicata e preclusionione, cit., p. 236-237), passando pela doutrina brasileira de meados do século passado (BARRI, Da preclusão..., cit., p. 63), até autores a nós contemporâneos (HUMBERTO THEODORO JR., A preclusão..., cit., p. 5-23) e BARBOSA MOREIRA (Questões prejudiciais e coisa julgada, cit., p. 122), para citar apenas alguns exemplos.

59 Dispõe o artigo citado que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, quando, segundo a doutrina de LIEBMAN, seria mais acertado falar em coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença de mérito, consistente na sua imutabilidade.

60 Aliás, esse projeto inspirou, também, vários outros artigos do nosso atual Código de Processo Civil, como os arts. 243 a 250.

61 Tanto que se tem a famosa e acalorada polêmica em que se envolveram ambos os citados processualistas italianos a respeito do conceito (tanto formal quanto material) de coisa julgada, consoante narra DINAMARCO (Fundamentos..., cit., v. 1, p. 293-296).

62 Cf. DINAMARCO (Capítulos da sentença, p. 23-25).

questões decididas no limite da lide (como lecionava CARNELUTTI). O art. 469 claramente filia-se à teoria de LIEBMAN,⁶³ mas os arts. 468 e 471, por terem sido quase copiados do Projeto de CARNELUTTI, alinham-se à sua teoria. Assim, resulta que o capítulo do nosso Código de Processo Civil sobre a coisa julgada traz normas claramente contraditórias entre si.

Em que pesem as imperfeições do texto legal, parece não haver dúvidas entre nós de que apenas o dispositivo da sentença de mérito transita em julgado substancialmente, sobressaindo-se ante os demais o comando mais claro e preciso do art. 469 do CPC, como entende maciçamente a doutrina brasileira.⁶⁴ Isso vale, segundo entendemos, para qualquer sentença de mérito, seja final, seja parcial, a teor do atual texto do art. 162, § 1º.

Dessarte, se as questões decididas fora do dispositivo da sentença de mérito (vale dizer, qualquer tipo de questão incidental, inclusive aquelas de mérito que forem consideradas prejudiciais, a teor dos arts. 469, III, e 470 do CPC) não são cobertas pela coisa julgada material, avulta evidente que a imutabilidade e a eficácia daquelas resolvidas por decisões interlocutórias também não poderiam extrapolar os limites do processo no qual foram proferidas.

Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA observa que “as questões prejudiciais inscritas no plano das condições da ação, mais distantes que se acham do objeto do pedido que as questões prejudiciais concernentes ao mérito. Verdadeiro contra-senso seria reconhecer à solução delas autoridade maior do que a que se reconheceu às outras”.⁶⁵

Excluída a possibilidade de essas questões serem cobertas pela coisa julgada material (tornando-se imutáveis e hígdas a ataques mesmo em outros processos,

63 Como já assim havia notado CELSO NEVES, ainda comentando o art. 509 do Anteprojecto originalmente redigido por BUZARD (Coisa julgada civil, p. 274).

64 DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 42-43, nota 16, e p. 53 ss) anota que a concepção de LIEBMAN acerca da coisa julgada e de seus limites objetivos é absolutamente dominante na doutrina brasileira. CELSO NEVES (Coisa julgada civil, p. 281) cita, a título meramente exemplificativo, vários autores que, na doutrina pátria, acolheram a idéia de que os limites da coisa julgada material coincidem com o dispositivo da sentença, dentre os quais, BUENO VIDIGAL, LOPES DA COSTA, FREDERICO MARQUES e AMARAL SANTOS. Para arrematar, cumpre mencionar importante artigo de BARBOSA MOREIRA (Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro, Temas de direito processual, p. 91), segundo o qual o autor sustenta e demonstra que o legislador de 1973 resolveu espansar qualquer dúvida de interpretação que o art. 287 do CPC de 1939 suscitava no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, tomando posição “nítida e categórica” de maneira a excluir de sua abrangência qualquer questão que não estivesse no dispositivo da sentença de mérito. Aliás, o autor entende que o legislador foi até redundante na redação do art. 469, pois, a seu ver, o inciso I abrangia os demais. E a existência da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC) é a maior prova de que nem mesmo as questões prejudiciais de mérito estão abrangidas pela coisa julgada material.

65 Questões prejudiciais e coisa julgada, cit., p. 121.

desde que observados os requisitos da lei processual), restariam, evidentemente, os da coisa julgada formal. E, como se sabe, o seu espectro de abrangência não ultrapasa os limites do processo em que adveio (vale dizer, seus efeitos são *endoprocessuais*).

Portanto, quando essas mesmas matérias incidentais são solucionadas por decisões interlocutórias, em vez de o ser por sentença, não se poderia esperar que houvesse efeito preclusivo diverso do *endoprocessual*.

Mas não só esse argumento baseado na interpretação literal do texto legal conduz a essa conclusão. Também em razão do *conteúdo* não se poderia esperar eficácia diversa da *endoprocessual*.

A solução de determinadas questões incidentais, quais sejam as relativas às condições da ação, pressupostos processuais e instrução probatória, por exemplo, é efêmera e meramente instrumental, e só tem razão de ser em uma particular relação processual. Se a questão vier a se repetir em outro processo ainda que de *eadem re*, não se trata da mesma questão, mas questão similar e paralela à primeira.

Realmente, a solução dessas questões incidentais, como o próprio nome indica, tem como finalidade única viabilizar o caminho do julgador até a apreciação do fundo daquela demanda deduzida em juízo e relativo àquela específica controvérsia trazida ao Poder Judiciário.

Se depois de aplainado o caminho para sentença, com a solução de diversas questões incidentais, o processo for encerrado sem exame do mérito, e a mesma demanda for renovada em outro feito, o juiz deverá fazer a análise de todas as *questioni d'ordine* a ele atinentes, pouco importando que já tenha sobre elas se pronunciado em outra oportunidade. Novo processo importa nova cognição judicial sobre as questões incidentais (sejam relativas às condições da ação, aos pressupostos processuais, à regularidade formal do processo, ou à instrução probatória).

Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA ainda assinala que "Difícil conceber, destarte, que venha a tornar-se relevante noutro processo a força vinculativa do pronunciamento sobre a preliminar considerada *per se*."⁶⁶ De regra, segundo o autor, as questões de índole exclusivamente processual são "suscetíveis de ser postas apenas no contexto do processo".⁶⁷

Nosso ordenamento não conhece, como na Itália, provimentos sobre *matéria processual* cuja imutabilidade extravase os limites dos processos em que foram proferidos. É o caso da sentença de regulamento de competência, que tem eficácia entre as partes em processos de *eadem re* futuros, se aquele em que foi proferida tenha sido extinto sem exame de mérito (conforme o art. 310, 2^a comma,

⁶⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 125.

do CPC). É o que boa parte da doutrina⁶⁸ chama de *eficácia panprocessual*,⁶⁹ isto é, uma vinculação extraprocessual, mas que não se equipara à da coisa julgada material, pois não recai sobre o bem da vida objeto do mérito do litígio. Para que algo similar existisse no sistema processual brasileiro, seria necessária disposição legal expressa em nosso Código, hoje inexistente.⁷⁰

Na Espanha, apesar de não haver (como aqui) dispositivo que estabeleça imutabilidade *extraprocessual* de decisões interlocutórias relativas à matéria processual, há autores que defendem a sua existência. É o caso de MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS,⁷¹ que observa que a conceituação tradicional (restritiva da coisa julgada material ao dispositivo da sentença de mérito) é exageradamente inspirada em construção de corte chiovendiano, e que não há sentido em atribuir eficácia extraprocessual apenas a pronunciamentos judiciais que versam aplicação do direito material e negar quando se trata de pronunciamentos que aplicam o direito processual (como no caso em que o juiz, em um primitivo processo entre as partes, reconhece ser competente para julgá-lo).

Parece-nos, contudo, que, além dos argumentos acima invocados (que não parecem ter sido afastados por essa tese menos ortodoxa), não podemos fugir do enfrentamento legal da questão: é a lei processual que diz quais decisões operam efeitos extraprocessuais (e em que limites) e quais não. Não se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal, de modo a evitar que a parte possa ser surpreendida pelo reconhecimento da eficácia extraprocessual de determinada decisão, quebrando-se a expectativa que emerge da lei de que sua imutabilidade seria meramente endoprocessual.

Com isso, entendemos ter solucionado o primeiro dos problemas atinentes à preclusão de questões incidentais, e, aliás, o mais importante e imediato deles, qual seja o da estabilização das decisões interlocutórias.

⁶⁸ V. g., PUGLIESE (Giudicato civile (direito vigente), n^o 16), com ampla referência doutrinária, e, mais recentemente, PROTO PISANI e CAPONI, *Lineamenti...*, cit., p. 162).

⁶⁹ Vale lembrar que essa expressão também é comumente utilizada para qualificar a preclusão *pro iudicato*, em seu sentido original, designado por REDENTI. A propósito, confira-se PUGLIESE (Giudicato civile (direito vigente), cit., n^o 15-16).

⁷⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA (Questões prejudiciais e coisa julgada, cit., p. 124).

⁷¹ *Fundamentación de la sentencia, preclusión e cosa juzgada*, p. 183 ss.

8.3.3 As “falsas” decisões interlocutórias e sua estabilização

Como vimos, o critério adotado por nosso legislador, depois da promulgação da Lei nº 11.232/2005, para diferenciar as duas espécies de pronunciamentos judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) leva em conta o conteúdo: será sentença a decisão que “implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” do Código, ao passo que será decisão interlocutória o ato do juiz que decide qualquer outra questão incidental de cunho processual.

A bem da verdade, o critério originalmente adotado pelo Código de 1973 para definição de sentença e interlocutória, era decorrente da estruturação do sistema recursal, como aliás deixa claro a sua Exposição de Motivos. De certa forma, essa alteração acaba por desvincular essa classificação em relação ao sistema recursal.

O que a reforma empreendida pela Lei nº 11.232/2005 não conseguiu evitar é a existência de decisões interlocutórias que definem, *incidentalmente*, questões ligadas ao mérito da demanda, o que contraria o art. 458 do CPC e também dos arts. 5º e 325 do CPC (que reservam para sentença as questões de mérito prejudiciais).

Um dos exemplos mais recorrentes para ilustrar esse problema está na decisão que rejeita “preliminar” de prescrição ou decadência (que é relativamente contraditório), ou de qualquer outra que antecipa, em relação à sentença, a solução de algum ponto prejudicial de fato ou de direito, *mas sem* implicar nenhuma das situações do art. 269.

Não se nega que tais decisões enfrentam questões incidentais, pois permitem que o processo prossiga até julgamento final, mas, legalmente não são nem sentenças nem verdadeiras decisões interlocutórias.

Por isso é que, apesar de termos identificado quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito, entendemos que persista, mesmo sob a luz da Lei nº 11.232/2005, a reserva do julgamento do mérito para a(s) sentença(s), seja quantas forem.⁷² E parece que a doutrina produzida antes do advento dessa última reforma, nesse particular, permanecerá plenamente válida.⁷³

⁷² Entendemos que o sistema processual brasileiro continua a não dar margem alguma para algo como, por exemplo, a decisão sobre o fundamento da pretensão, do direito alemão (§ 304 da ZPO), conforme analisada no item 3.3, *supra*.

⁷³ DINAMARCO (Nova era do processo civil, p. 281-282) afirmava enfaticamente que “O Código de Processo Civil não abre a menor possibilidade de cindir o julgamento do mérito mediante a antecipação de algumas das questões diretamente ligadas a ele”, e que na sentença “se inclui não somente a decisão da causa, como a solução de todas as questões jurídico-substanciais capazes de influir sobre tal decisão”. Na mesma esteira, KAZUO WATANABE (Da cognição..., cit. p. 107) afirma expressamente que as questões incidentais de mérito devem ser resolvidas pelo magistrado na sentença, em sua parte relativa à fundamentação, conforme o art. 458, II, do CPC). Em sentido oposto, pronunciou-se EDUARDO TALAMINI (Saneamento do processo, Revista de Processo, nº 86, p. 95-96), defendendo uma

Poder-se-ia dizer simplesmente que referidas decisões são uma aberração jurídica, e defender que elas devam ser sumariamente ignoradas. Mas, em realidade, a prática traz exemplos dessa realidade e o intérprete deve estar preparado para enfrentar tal situação e dar a ela a mais correta solução. Daí surge a necessidade de se perquirir se decisões como essas, uma vez não impugnadas, geram simples preclusão (como a decisão interlocutória por excelência, isto é, aquela que resolve matéria processual apenas), ou se geram coisa julgada material.

DINAMARCO⁷⁴ e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁷⁵ – ao abordarem um dos aspectos decorrentes do problema, qual seja a possibilidade ou não de ação rescisória em face de uma decisão interlocutória dessa natureza – acabam por concluir que, se parte do mérito foi tratado fora da sentença, deve ser ele considerado coberto pela coisa julgada material (e, portanto, pode a decisão se sujeitar ao juízo rescisório).⁷⁶

Ainda que se aceite essa conclusão, é necessário nela fazer um breve reparo. Retornando-se ao exemplo dado (decisão interlocutória que rejeita “preliminar” de prescrição), a solução dessa questão pode ser considerada *prejudicial de mérito*, de maneira que, nos termos do art. 469 do CPC, sobre ela não recai propriamente a coisa julgada material.

Caso haja uma interlocutória que resolva essa questão, afastando a incidência da prescrição, caberia à parte a ação rescisória tendo por objeto a sentença e também a referida decisão interlocutória, haja vista que essa última, isoladamente, não poderia ser objeto da medida de impugnação simplesmente porque, em si, não foi coberta pela coisa julgada material.

Ataca-se, nesse caso, o comando contido na sentença, com base no erro de entendimento de afastar a prescrição, de maneira que, acolhida a preliminar, cai, conseqüentemente, o dispositivo da decisão de mérito rescindenda. Pode-se dizer que a questão, apesar de não coberta diretamente pela coisa julgada material (ex arts. 469 e 470 do CPC), fica incluída no chamado efeito preclusivo da coisa julgada (art. 474), no sentido de que não poderá ser mais reapreciada com a finalidade de *infirmar que o comando emergente da sentença de mérito passada em julgado*.⁷⁷

interpretação sistemática dos arts. 331, 329 e 269, IV, do CPC, de maneira a permitir ao juiz rejeitar “preliminar” de prescrição e decadência ao sanear o feito. Mas nega que se possa falar de coisa julgada material. Na mesma esteira, afirma ser possível o julgamento parcial do mérito nas hipóteses do art. 269, II e III, do CPC. Todavia, parece ser essa opinião isolada do autor, perante a doutrina largamente dominante, conforme observamos acima.

⁷⁴ Nova era do processo civil, p. 280 ss.

⁷⁵ Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento, cit., p. 7-9.

⁷⁶ Em apoio, MENDONÇA LIMA (ibidem, p. 9) refere-se a julgados que admitiram a rescisória em face de acórdãos proferidos em sede de agravo de instrumento: RT 502/140; RJTJESP 12/187, 98/242.

⁷⁷ Nesse sentido, na doutrina italiana Provo PISANI (Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, Rivista di Diritto Processuale, p. 386 ss, esp. p. 391, 1990) e, entre nós, BARBOSA MOREIRA

Não é exatamente fácil, contudo, responder se a referida decisão interlocutória, ainda no exemplo acima dado, é estável dentro do próprio processo em que foi proferida, antes que se cogite de sentença final (ou seja, se ela *pode ou não* ser reanalisada na sentença final, ou até se ela *deve* ser ali necessariamente confirmada).

Os dois estudos acima referidos não dão resposta a esta indagação (até por que a perspectiva de análise é outra). Apenas DINAMARCO⁷⁸ cogita essas hipóteses sem, contudo, posicionar-se a respeito. Sob sua perspectiva de enfoque (que gira em torno do cabimento ou não de ação rescisória em face da referida decisão), o autor aventa a hipótese de a sentença voltar a enfrentar a questão (o que acarretaria a idêia de que ela não estaria coberta pela coisa julgada ou por preclusão e que a ação rescisória, aí, seria cabível contra a sentença) e a hipótese de o juiz se recusar a reapreciar a questão na sentença (reconhecendo-se estar ela imune, de tal maneira que a ação rescisória se voltaria contra a interlocutória).

Um dos modos de ver o problema está em encarar referida decisão como fruto de um *error in procedendo* (pois contaria o primado da unicidade do julgamento do mérito e das questões a ele atinentes apenas na sentença). Diante disso, afigurase mais razoável supor que tal decisão (até por implicar uma nulidade processual) não gera preclusão para o juiz.

8.3.4 Quanto à decisão baseada no § 6º do art. 273 do CPC: simples preclusão ou coisa julgada material?

Questão de relevo, que merece ser revisitada por decorrência da Lei nº 11.232/2005, está na estabilização da decisão que *antecipa* tutela quanto ao(s) pedido(s) ou parcela(s) do(s) pedido(s) incontroversa(s) (ex art. 273, § 6º, inserido pela Lei nº 10.444/2002). Aqui, realmente é de cogitar se, uma vez irrecorrida, tal decisão provoca simples preclusão (com efeitos meramente endoprocessuais) ou verdadeira e própria coisa julgada material.

No trabalho acadêmico que serviu de base ao presente estudo, havíamos enfocando as diferentes faces do problema e, naquela oportunidade, preferimos não adotar uma ou outra posição. Agora, porém, a própria alteração do conceito de sentença nos provocou nova reflexão a respeito.

Como apontam os estudiosos que comentaram o § 6º do art. 273,⁷⁹ trata-se de dispositivo que teve clara inspiração na obra de LUJIZ GUILHERME MARINONI inti-

(A eficácia preclusiva da coisa julgada material, *Temas de direito processual* – 2ª série, p. 97-109, esp. p. 98-99).

⁷⁸ Nova era..., cit., p. 289.

⁷⁹ V. g., DIDIER JR., CHEIM JORGE E ABELHA RODRIGUES (*A nova reforma processual*, p. 67).

tulada *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*.

Nessa monografia, defendia o autor paranaense que a incontroversia de um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, poderia dar ensejo à antecipação de tutela no tocante a essa parte, porquanto a resistência do réu nesse particular caracterizaria *abuso do direito de defesa*. Haveria, pois, a incidência do comando contido no art. 273, II, do CPC.

A partir da promulgação da Lei nº 10.444/2002, vários estudos comentando o referido dispositivo foram publicados, polarizando-se justamente em torno da questão por nós proposta, ou seja, se se trata de decisão verdadeira e unicamente antecipatória de tutela (e, portanto, precária, carecedora de confirmação por sentença e insuscetível de produzir coisa julgada material, mas sim, quando muito, simples preclusão), ou se se constitui julgamento antecipado parcial do mérito⁸⁰ (que, uma vez irrecorrido, gera coisa julgada material e, conseqüentemente, execução definitiva, independentemente da solução do restante da demanda).

Antes da Lei nº 11.232/2005, pesava em prol da primeira solução um fortíssimo argumento, que era justamente o de que a decisão proferida nos termos do art. 273, par. 6º, não põe fim ao processo, sendo, portanto, interlocutória. E como *somente a sentença pode julgar o mérito da lide e ser coberto pela coisa julgada material* (arts. 459 e 467 do CPC), resultava natural que a decisão proferida nos termos do art. 273, § 6º, não poderia receber essa imutabilidade.

Contudo, como vimos, mesmo mantendo-se inalterado o texto dos arts. 459 e 467 (que determinam que apenas a sentença julgue mérito e seja coberta pela coisa julgada material), após a Lei nº 11.232/2005 não existe mais base legal para dizer que o processo admita apenas uma sentença.

A Lei nº 11.232/2005 jogou por terra, assim o melhor argumento para defender que o art. 273, § 6º, instituiu nova modalidade de antecipação de tutela, passível de ser estabilizada por simples preclusão. Afora esse fundamento, tudo o que resta para defesa dessa tese é bastante fraco,⁸¹ tornando preponderantes os

⁸⁰ Ou, como preferem DIDIER JR., JORGE E RODRIGUES, "resolução parcial do mérito", em homenagem a expressão contida no art. 269 do CPC (*A nova reforma...*, cit., p. 69); ou ainda "técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles" como defende SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 47).

⁸¹ Diz-se que a localização do dispositivo no Código sugeria que a decisão é *antecipatória de tutela*, e que a incontroversia de pedido ou parcela de pedido não exime o juiz de controlar a regularidade dos pressupostos processuais, das condições da ação até que o processo se extinga definitivamente. O primeiro argumento é simplista demais, e não leva em conta que nosso Código está recheado desse tipo de imperfeição, exigindo sempre interpretações sistemáticas para contornar os problemas que a interpretação literal traria. Não haveria esse problema interpretativo se nosso legislador tivesse tomado uma posição clara a respeito – como a do legislador português, no art. 510.1.b. do CPC daquele país. O segundo argumento também se esfacela com a quebra do princípio da unicidade do julgamento do mérito decorrente da Lei nº 11.232/2005, pois a decisão de parcela do pedido ou

argumentos da corrente que sustenta se tratar de sentença de mérito parcial, que pode ser coberta pela coisa julgada substancial.⁸² A essa tese agora manifestamos nossa total adesão.

8.3.5 Da inexistência de questões implicitamente decididas

Questiona-se, ainda, a possibilidade de existirem no processo decisões implícitas e se sobre elas recairia preclusão. A dúvida torna-se mais aguda na *decisão declaratória de saneamento*, pois é nela que se concentra a maior parte das decisões que se devem tomar no curso do processo, ou seja, as relativas às condições da ação, pressupostos processuais, controle da regularidade formal do processo e matéria probatória.

De um lado, pode-se entender que, se o juiz não se pronuncia explicitamente sobre determinada questão incidental (por exemplo, ao sanear o processo, não afirma a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais) e passa à etapa lógica e cronologicamente subsequente (no mesmo exemplo, passa o magistrado a definir os pontos controversos da lide e as provas necessárias a aclará-los), é porque implicitamente decidiu sobre referida matéria.

De outra banda, entendem outros autores que não se poderia cogitar da existência de decisões implícitas e, principalmente, da sua validade, à luz do dever do juiz de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), mesmo as interlocutórias (art. 165 do CPC).

Um dos representantes dessa segunda corrente é GALENO LACERDA,⁸³ que é enfático ao afirmar a impossibilidade de reconhecer decisão implícita no despacho saneador, seja em devoção ao princípio que exige a motivação de todas as decisões, seja porque a ausência de decisão expressa sobre determinada questão incidental pode caracterizar reconhecimento tácito, por parte do juiz, de que os

de pedido cumulado cinde o processo em dois, de tal sorte que prosseguirá apenas com relação à parte não julgada.

⁸² Essa segunda solução, hoje largamente preferível, também está lastreada em robustos argumentos: o mais persuasivo deles é o de que a decisão amparada pelo art. 273, § 6º, funda-se em cognição *exauriente*. Ou seja: tratar-se-ia de uma decisão de mérito, que põe fim à parte da controversia, sendo defesa ao juiz reexaminar esse pedido ou parte do pedido em face da incontroversia havida. Assim, para essa corrente é indubitoso que não se antecipa tutela, mas se entrega a definitiva prestação jurisdicional, eis que nenhuma atividade cognitiva ulterior do juiz é necessária. Seria um modo de cisão do objeto do processo. Para os defensores dessa opinião, a topologia do artigo está errada, mas nem por isso se poderia ignorar a essência do instituto (a propósito, vide v. g., DIERER JR., JOSÉ e RODRIGUES (A nova reforma..., cit. p. 71). Ademais, afirma SCARPINELLA BUENO (Tutela antecipada, p. 47) que "sua função, fosse ele um 'terceiro' caso de tutela antecipada, já é muito bem desempenhada do pelo inciso II do art. 273".

⁸³ *Despacho saneador*, p. 172-173.

fatos a ela subjacentes carecem de prova. De resto, colhem-se outros autorizados pronunciamentos doutrinários⁸⁴ e jurisprudenciais⁸⁵ repudiando a possibilidade de existirem decisões implícitas.

CHIOVENDA professou entendimento intermediário em torno do problema. Se por um lado lecionava que "o dito vulgar 'tantum iudicatum quantum disputatum', que seria falso se referido à decisão final de acolhimento ou rejeição da ação, traz uma verdade relativamente às preclusões no curso do feito".⁸⁶ No entanto, adiante abre exceções para "questões não propostas e não decididas haja vista que compreendidas em outra questão já decidida" (ou seja, questões simples que giram em torno de questão complexa decidida).

Inobstante, se as decisões implícitas realmente existirem e forem válidas, resta saber se, uma vez proferidas e irrecorridas pela parte interessada, geram preclusão.

CALMON DE PÁSSOS nega a existência de decisão implícita somente se não houve proposição da questão pelas partes,⁸⁷ dando a entender que, se houve proposição da questão e foi ela superada sem pronunciamento explícito, haveria decisão. Nesse caso, aceita o autor a existência da preclusão.⁸⁸

Em sentido análogo, FREDERICO MARQUES afirma que o fato de a questão ter sido ventilada pelas partes influencia a preclusão que sobre ela recai: se suscitada pelas partes e decidida explícita ou implicitamente pelo juiz, há preclusão; se não houve, por parte de ninguém, a arguição da matéria preliminar, e o juiz rejeitou-

⁸⁴ Cf. e. g., BARBOSA MOREIRA (A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito, *Temas de direito processual*, p. 83-95); TALAMINI (Saneamento do processo, cit., p. 102) e DANIEL ASSUMPTIO NUNES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 236).

⁸⁵ Nesse sentido, confira-se à guisa de exemplo ementa de acórdão relatado pelo hoje Ministro do STF, César Peluso, quando ocupava o cargo de juiz do 2º TAC/SP: "Sentença – Multidão – Motivação de reconsideração implícita de decisão anterior que facultara prova – Ausência – Infringência do princípio da essencialidade de motivação dos atos decisórios suscetíveis de prejuízo às partes – Reconhecimento – Exegese dos artigos 165 e 458, II, do Código de Processo Civil. Sob pena de violentar o princípio da essencialidade da motivação dos atos decisórios suscetíveis de prejuízo às partes (artigos 165 e 458, II, do CPC), concebido como garantia inerente ao Estado de Direito, não pode o juiz entrar a sentenciar, decidindo o mérito, sem antes e motivadamente decidir questões prévias da necessidade, ou não, de diligência predeterminada, que consista na aquisição processual de uma prova e, pois, em expectativa de vantagem às partes" (EI 164.572-01/6, 5ª Câmara, rel. Juiz César Peluso, j. 10.10.1984, JTA (RT) 95/336).

⁸⁶ Cosa giudicata e preclusione, cit., p. 271 (em nossa tradução livre).

⁸⁷ "Diversamente ocorre quando o juiz declara saneado o feito, sem resolver questões, porque não provocado a decidir em face de controversia das partes" (*Comentários...*, cit., p. 530).

⁸⁸ "Aqui, emite ele um juízo orientador de seu proceder e explicitador de seu entendimento e uma e outra coisa não geram preclusão para o segundo grau. Nem se pode, a rigor, falar em gravame para qualquer dos litigantes, porquanto nenhuma questão por eles foi levantada nem posição processual de vantagem foi definida em benefício de qualquer das partes" (*Comentários...*, cit., p. 530).

a implicitamente, não haveria preclusão.^{89,90} Há, ainda, julgados que perfilham a mesma orientação.⁹¹

Contudo, em que pese a autoridade de tais pronunciamentos, não há como reconhecer nem a existência de decisões implícitas, tampouco de qualquer efeito preclusivo a elas atinente.

Pensando o problema sob o ponto de vista estritamente técnico, chega-se à conclusão de que a decisão implícita seria *nula* (pela inobservância do dever de fundamentação imposto pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil), e tal nulidade pode ser a qualquer momento reconhecida, inclusive de ofício, por se tratar de nulidade absoluta (pois atenta contra garantia constitucional). Ou seja, um ato nulo não poderia induzir a preclusão das questões nele resolvidas. Apenas a coisa julgada tem efeito sanatório de nulidades, mas não a preclusão (cujo âmbito de incidência é, notadamente, mais reduzido).

Ainda que o problema seja deslocado do prisma puramente técnico, foge ao bom-senso que a parte se sujeite ao ônus de impugnar uma decisão que sequer foi enunciada (e, evidentemente, também não foi fundamentada). E essa assertiva parece tão mais lógica se considerarmos que ainda há acórdãos que negam a possibilidade de embargos declaratórios contra decisão interlocutória, com efeito suspensivo do prazo para agravo (nos termos do art. 538 do CPC),⁹² a despeito de a jurisprudência já ter pacificado a questão em sentido oposto.⁹³

⁸⁹ “No tocante ao despacho saneador, resolvida que fique alguma questão processual, ainda que de ofício, cabe à parte prejudicada interpor agravo de instrumento, se quiser evitar a preclusão *pro iudicato*. Quando, porém, o juiz não teve de resolver questão alguma daquelas resultantes dos arts. 267 e 301, limitando-se a declarar *simpliciter* o processo em ordem, inexistente preclusão *pro iudicato*. [...] Mas se o réu, ou outro sujeito processual, levantaram preliminar, a decisão declarando saneado o processo será atingida pela preclusão *pro iudicato* se não for interposto agravo de instrumento. E isso ainda mesmo que o juiz, no despacho saneador, nada diga sobre a questão – visto que a falta de referência expressa não exclui, no caso, o julgamento implícito, que se contera no despacho, re- pelindo a preliminar argüida” (*Manual...*, cit., v. 2, p. 171). A única ressalva que o autor faz a seu pensamento está “quando o pronunciamiento do juiz *a quo* possa restringir poderes iminentes ao juiz *ad quem*, para o controle jurisdiccional sobre sua própria atividade no processo”, mas isso em razão do princípio de que cada juiz é juiz de sua própria competência.

⁹⁰ Mais recentemente pronunciaram-se no mesmo sentido JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 34) e ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 146).

⁹¹ RT 414/146.

⁹² V. g. STJ, 1.ª Turma, Recurso Especial 242657-PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. 23.03.2000.

⁹³ “Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do CPC arrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais” (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial 159317-DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.10.1999). E não faltam julgados no mesmo sentido, como anota THEOTONIO NEGRÃO, em seu *Código de Processo*

O completo enfrentamento do problema ainda depende da análise da opinião de BARBOSA MOREIRA a respeito. O notável processualista faz a interessante (e acertada, em nosso sentir) observação de que a idéia de uma decisão implícita seria uma “ficção” justamente para evitar falar de uma preclusão por omissão.⁹⁴

Todavia, o autor prossegue, afirmando que, apesar de a decisão implícita não existir, se verifica, sim, a impossibilidade de o juiz conhecer da questão superada senão no momento oportuno (e cita como exemplo as questões de cumho processual enfrentadas no despacho saneador), ou seja, defende que, apesar de não haver decisão implícita sobre a questão superada logicamente pelo magistrado, *mesmo assim estaria ele impedido de apreciá-la*.⁹⁵ Essa segunda parte do raciocínio não pode contar com nossa concordância.

A prevalecer esse entendimento, estar-se-ia admitindo que o juiz deveria observar termo para praticar determinado ato processual sob pena de não mais poder fazê-lo, o que é absurdo (o juiz, como se sabe, está sujeito apenas a prazos próprios).

Ademais, isso implicaria aceitar que o juiz teria seus poderes de conhecer determinada questão tolhidos pela inatividade da parte, o que, como vimos (item 6.3, *supra*), não corresponde à verdade: se o juiz não pode conhecer de determinada questão em face da inércia da parte em suscitá-la, isso ocorre não porque haja para ele uma preclusão, mas sim porque o ordenamento veda sua iniciativa *ex officio*, isto é, sem provocação do litigante interessado.

Resta, então, afirmada a impossibilidade de existirem decisões implícitas e, por conseguinte, da ausência de qualquer efeito preclusivo daí derivado.

Note-se, ainda, que o comando contido no art. 474 do nosso CPC (relativo à eficácia preclusiva da coisa julgada sobre as questões que a parte “poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”, as quais “reputar-se-ão deduzidas e repelidas”) não infirma as conclusões aqui tiradas. De fato, trata-se – aqui também – de uma *ficção* utilizada pelo legislador, de maneira a impedir que o vencido procure discutir o resultado do processo dado por sentença de mérito passada em julgado.

De fato, essa idéia de que as questões estariam supostamente decididas de modo implícito cai por completo quando se verifica o real alcance do art. 474, isto é, de que a matéria dedutível fica coberta pela coisa julgada com o intuito de

Civil e legislação processual em vigor, p. 575: “RSTJ 94/277, 97/977; RT 739/313; JTI 204/222; JTA 66/178, 114/55, 121/59; Lex-JTA 155/264, 161/73; RJ 250/87; RJTAMG 65/56; RTJE 165/224”.

⁹⁴ *O novo processo civil brasileiro*, p. 54. Em outro escrito (*A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, Temas de direito processual*, p. 97-109, esp. p. 98-99) o processualista afirma que a idéia de que haveria decisões implícitas é “uma ficção tão superflua quanto inconveniente”.

⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, *ibidem*, p. 54.

impedir que o resultado do processo seja atacado ou discutido pelo sucumbente. É nesse sentido que deve ser entendida a máxima de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível: cobre com o propósito de obstar que a coisa julgada seja atacada ou discutida pelo sucumbente.⁹⁶

8.3.6 Preclusão de questões resolvidas na sentença

8.3.6.1 Preclusão anterior ao trânsito em julgado

Se, via de regra, o juiz não pode rededir o que já tiver resolvido no curso do processo, parece muito mais lógico que o ordenamento o impeça de apreciar novamente o que já foi enfrentado por sentença, seja de mérito, seja terminativa, seja antes, seja depois do seu trânsito em julgado.

Antes do trânsito em julgado, a preclusão das questões resolvidas acha-se expressamente positivada no art. 463 do CPC. E note-se que, com a reforma operada pela Lei nº 11.232/2005 deixou claro que essa preclusividade se aplica também às sentenças terminativas, eis que o *caput* do art. 463 já não mais contém referência limitada às decisões de mérito.

Trata-se de preclusão muito mais forte e profunda do que aquela incidente sobre as questões enfrentadas por mera decisão interlocutória, pois as exceções à sua aplicação vem taxativamente enunciadas pelos incisos do artigo, ou seja, a correção de erros materiais e para as alterações decorrentes do acolhimento de embargos declaratórios.

Todas as modificações que não se refiram às exceções legais não podem ser efetuadas pelo magistrado, nem de ofício, nem a pedido da parte.⁹⁷ O momento a partir do qual se opera esse efeito impeditivo dos poderes do juiz é o de publicação da sentença (vale dizer, da entrega do ato ao escrivão, e seu posterior registro).

⁹⁶ Além das obras referidas acima, na nota 77 a este capítulo, prevalece a idéia de que o dedutível, nesse caso, poderia constituir objeto de um processo autônomo. ARIEPA, DE SANTIS e MONTESANO (*Curso base de direito processual civil*, p. 401) atentam justamente para o fato de que defender que a coisa julgada material cobre o dedutível implica violação ao direito de ação ou de ampla defesa, insculpido no art. 24 da Constituição italiana.

⁹⁷ Ressalva se faça à forte corrente jurisprudencial que entende que o juiz pode rever “erros grosseiros”, ao receber embargos declaratórios, ou seja, corrigir uma decisão claramente equivocada, nesta sede, mesmo sem haver omissão, contradição ou obscuridade. (Nesse sentido, confira-se: RSTJ 39/289, 47/275 e RJ (STJ) 185/554; JTACivSP 110/256, 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/136. No STF: RE 207.928-6 SP; Edcl. rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.1998, v. u, DJU 15.5.1998, p. 54.) Estamos diante de uma flexibilização do instituto da preclusão, que se inspira na idéia de que o erro de fato flagrante pode ser corrigido, de modo a evitar os percalços com a eventual interposição de recursos ou até mesmo ajuizamento de ação rescisória.

O fundamento lógico e legal desse fenômeno tentou ser explicado por ATTARDI.⁹⁸ Em que pese o fato de o autor se recusar a aceitar a autonomia científica do conceito de preclusão, a idéia por ele enunciada merece ser aqui transcrita: “a sentença tem valor vinculante para o juiz, e não porque ele tenha, com a própria pronúncia, perdido o poder de julgar, nem porque se verifique uma preclusão, mas porque a sentença tem conteúdo imperativo e produz antecipadamente contra o juiz que a pronunciou uma parte da autoridade que mais amplamente produzirá depois do trânsito em julgado”. Haveria, para o autor, antecipação de efeito que a coisa julgada virá a produzir.⁹⁹

PUGLIESE fez constatação similar: “sem negar *a priori* uma certa autoridade à sentença também ainda não passada em julgado [...] se deve reafirmar que a não modificabilidade e não revogabilidade desta pelo juiz é um fenômeno diverso, ainda que de qualquer modo coordenado com aquele da autoridade”.¹⁰⁰ Assim, sem fugir da sua premissa básica (de negar a existência de um fenômeno denominado *preclusão*), e mantendo firme sua posição contrária à doutrina de LIEBMAN acerca da coisa julgada (a qual separa a natural eficácia da sentença da imutabilidade de seus efeitos como qualidade desses), PUGLIESE acaba por perfilhar-se a ATTARDI e enxergar na sentença ainda não passada em julgado uma força imperativa que é projeção antecipada da coisa julgada.

Apesar de consignar nossa discordância dos aludidos estudiosos italianos, e reafirmar a autonomia do conceito de preclusão, mostra-se útil aprofundarmos-nos na idéia desenvolvida por PUGLIESE para explicar o fenômeno preclusivo acerca da sentença ainda não passada em julgado.

Defende PUGLIESE a existência de três níveis de autoridade da coisa julgada: o primeiro, antes mesmo de ter transitado em julgado (consistente em impedir que o próprio juiz que a proferiu a modifique); o segundo, resultante da coisa julgada formal (a sentença não pode ser mais modificada, nem pela instância superior, exceto, no caso do direito italiano, dos recursos extraordinários); e a terceira, derivada da coisa julgada substancial (que vincularia imutavelmente as partes e qualquer outro juiz no que tange à definição daquela controversia).

⁹⁸ Per una critica, cit., p. 13, em nossa tradução.

⁹⁹ Em realidade, ATTARDI, por não acolher a teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada (dominante na nossa doutrina, admitida pelo legislador e, pelo menos em nosso sistema, absolutamente insuperável por qualquer outra), não observa que diferentemente da eficácia da sentença (essa, sim, *erga omnes*, aí incluídos o juiz que a proferiu e todos os demais cidadãos) existe a sua imutabilidade (que esprraia seus efeitos para todos os juizes, mas apenas para as causas que apresentarem a *tríplice identidade* com a primeira). E esse último fenômeno só se dá com o trânsito em julgado da sentença de mérito.

¹⁰⁰ Giudicato civile (diritto vigente), cit., p. 804-805, nota 95 (Tradução inédita de Ricardo de Barros Leonel).

Não podemos, em nosso ordenamento, prescindir do conceito (autônomo) de preclusão, mas a construção desenhada por PUGLIESE nos pode ser bastante útil, pois de fato há três níveis de estabilidade para a sentença.

Prolatada a sentença, haveria preclusão, e dirigida apenas ao juiz que a proferiu, de maneira que o provimento não mais possa ser alterado¹⁰¹ (exceto nas duas hipóteses do art. 463 do CPC e, também, no caso previsto no art. 296 e 285-A, § 1º, do mesmo diploma legal).

Por força especialmente do art. 463, parece-nos que nem mesmo as questões que – como veremos adiante (item 8.5) – não estão sujeitas à preclusão escapariam desse efeito impeditivo.

Assim, se o juiz profere sentença de procedência do pedido e, depois de tê-la publicado, convence-se da ilegitimidade passiva do réu, não poderá rever seu entendimento. Do mesmo modo, se o juiz acolhe, por exemplo, uma preliminar de ilegitimidade, e publica sentença terminativa, também não poderá alterar seu entendimento sobre essa questão fora das exceções legais (aqui se inclui, particularmente, a possibilidade aberta pelos arts. 296 e 285-A, § 1º, do CPC).

Qual seria a razão para essa maior força da mera preclusão incidente sobre a sentença, independentemente da formação da coisa julgada?

Em nosso sentir, apesar da alteração operada pela Lei nº 11.232/2005 no art. 463 do CPC, com a publicação da sentença, o juiz efetivamente encerra seu ofício jurisdicional, *ao menos com relação à parte do processo ali decidida*.

Não negamos que a redação original do *caput* do art. 463 apresentava óbvia deficiência técnica, seja por referir-se limitadamente às sentenças de mérito (sem razão para se excluir as sentenças terminativas) seja por afirmar que o juiz cumpre seu ofício jurisdicional (fosse assim, não poderia tomar atitude alguma relativamente aos recursos de apelação interpostos pelas partes, ou, pior, não poderia dar prosseguimento ao processo em primeira instância quando houvesse possibilidade de execução provisória). Assim, em boa hora, vingou o projeto de lei que alterou a redação do indigitado art. 463.

Não obstante, não há como negar também que, após a sentença, os poderes do juiz singular ficam sensivelmente reduzidos. Antes do trânsito em julgado, incumbir-lhe-á apenas o controle (prévio e provisório) acerca da admissibilidade e efeitos da apelação e, eventualmente, a decretação de hipoteca judiciária (são as únicas atividades que nos vêm à mente agora).

Mesmo se sentença puder ser cumprida provisoriamente, as atividades do juiz a partir da publicação da sentença já não mais serão *cognitivas*, e sim *executivas*.

¹⁰¹ “Vê-se, pois, que, proferida a sentença, cria-se para o órgão judiciário que a proferiu uma preclusão que, como fato impeditivo, veda ao juiz rever aquilo que por ele foi decidido” (FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 5, p. 38-39). Nesse exato mesmo sentido, ASSUMPÇÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 30).

Ou seja, o juiz nada mais decidirá, limitando-se a pôr em movimento os mecanismos destinados a fazer cumprir o que previamente já decidira.

Tanto são reduzidos os poderes do juiz singular após publicada a sentença, que o art. 800, parágrafo único, do CPC confere ao Tribunal *ad quem* competência para a medida cautelar, depois de interposto o recurso. O sistema entende que, a essa altura, o juiz nada mais tem a decidir. Quando muito se desenvolverão diante de si atos tendentes à satisfação do direito reconhecido àquele que se sagrou vencedor, sem que com isso haja atividade cognitiva.

Em suma, estamos diante de uma preclusão típica (e mais forte), a qual impede o juiz de primeiro grau de redecidir o que foi resolvido na sentença. Os dois demais níveis de estabilização das sentenças são justamente a coisa julgada formal e material, do qual discorreremos, sucintamente, no item seguinte.

Para encerrar essa reflexão, é conveniente observar que a mesma idéia se aplica aos acórdãos: colhidos os votos e anunciado o resultado do julgamento pelo presidente do colegiado, torna-se pública a decisão e aos magistrados que a prolataram é defeso modificar a decisão. Apóia esse entendimento não só o art. 463 do CPC (extensível aos acórdãos), mas também – e como ressaltou BARBOSA MOREIRA em sucinto, mas interessante, artigo¹⁰² que comenta decisão do Supremo Tribunal Federal publicado em RTJ 166/406 – o art. 558 do CPC.¹⁰³

8.3.6.2 Coisa julgada

Transcorrido *in albis* o prazo recursal, e formada a coisa julgada formal, nem mesmo ocorrerão o juiz de primeira instância as brechas do art. 463 do CPC para contornar a preclusão. Quando muito, erros materiais (de ordem numérica) poderão ainda ser corrigidos, mas é impossível cogitar de empregar, aqui, o entendimento jurisprudencial de que se poderiam reparar “erros grosseiros” (não simplesmente materiais). Ademais, por óbvio, não se cogitará mais de embargos declaratórios, sendo evidente também que esse efeito impeditivo se estende às instâncias superiores.

Os efeitos da coisa julgada formal impedem apenas que se rediscutam as questões incidentais resolvidas no mesmo processo, e, se não vierem a eles agregados os efeitos da coisa julgada material, *em princípio* não fica vedada a propositura de

¹⁰² Julgamento colegiado – modificação do voto após proclamação do resultado, *Temas de direito processual (sétima série)*, p. 107-110.

¹⁰³ Vale notar que BARBOSA MOREIRA não afirma expressamente que haja, para o colegiado, preclusão; mas, ao invocar inúmeras razões de ordem prática (a maioria delas girando em torno da necessidade de preservação da segurança jurídica), para sustentar a impossibilidade de modificação do voto após anúncio do resultado do julgamento, o processualista claramente atentou para o fenômeno.

demanda autônoma em que se ventilem novamente as mesmas questões. Ainda aqui os efeitos são meramente endoprocessuais.

E, se a sentença for de mérito, além do efeito impeditivo da simples coisa julgada formal, surgirá a coisa julgada material que, dentro dos limites subjetivos e objetivos impostos pela lei, extrapola o processo em que foi lançada, impondo-se em qualquer outro feito de *eadem re futuro*, perante qualquer juiz. Os efeitos são, como se sabe, extraprocessuais.

Tratando-se de questão prejudicial de mérito, restará perguntar se houve sobre ela declaração incidente (arts. 5º e 325 do CPC); em caso negativo, os efeitos aqui são também endoprocessuais, ou seja, ela não será coberta pela coisa julgada material (art. 469, III) e pode ser discutida fora do processo. Em caso afirmativo, a coisa julgada material envolve também a questão prejudicial de mérito (art. 470).

Quanto às demais *questioni d'ordine*, não se pode cogitar, de modo algum, uma imutabilidade que opere extraprocessualmente, pois, como já se viu, a lei exclui qualquer efeito que não seja o endoprocessual (e, em razão do conteúdo de tais decisões, não poderia ser diferente).

Em suma, apesar da larga diferença de amplitude de efeitos, há congruência entre a preclusão de questões e a coisa julgada formal com a verificação de que ambos se dirigem ao juiz, com efeitos exclusivamente *endoprocessuais*. Isso explica porque a coisa julgada seria a *preclusão máxima*.¹⁰⁴

Todavia, os efeitos da coisa julgada formal são muito mais extensos do que os da simples preclusão, pois são associados à sentença (ato que põe fim, ou a parte do processo, ou a ela como um todo). Assim, se há determinadas questões que, resolvidas incidentalmente, poderiam ser revistas em etapas futuras do processo (porquanto a salvo da preclusão, como, dentre outras, àquelas relativas às condições da ação e pressupostos processuais – vide item 8.5.1, *infra*), o mesmo não sucede se forem elas apreciadas em sentença: não poderiam ser mais objeto de cognição no mesmo processo, pois, como é óbvio, processo já não mais há.

Por essa razão – à qual se acresce a longa tradição doutrinária que consagrou a expressão *coisa julgada formal* e as normas do nosso Código de Processo Civil quanto à espécie – não podemos concordar com aqueles que refutam a utilidade

¹⁰⁴ Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 310), ANTONIO CARLOS MARCANTO (Preclusões: limitações ao contraditório?, cit., p. 105), dentre outros. Contra: JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, cit., p. 48): "A utilização da expressão 'preclusão máxima' para denominar a coisa julgada não contribui para o estudo técnico-jurídico do instituto da preclusão."

desse particular conceito¹⁰⁵ mesmo reconhecendo estar este englobado no conceito mais amplo de preclusão.¹⁰⁶

Outra observação que se pode fazer à vista das ponderações tecidas no presente item é a de que a matéria que sofre incidência da coisa julgada material é mais limitada do que a da coisa julgada formal (ou da preclusão, genericamente considerada), pois recai ela apenas sobre o *dispositivo* da sentença de mérito, excluindo os motivos, a verdade sobre os fatos controversos e a questão prejudicial decidida incidentalmente (art. 469 do CPC), ao passo que a coisa julgada formal incide sobre todas as questões propostas ou proponíveis no curso da ação.¹⁰⁷

8.3.6.3 Preclusão quanto às sentenças parciais (terminativas e de mérito)

Conforme conclusões alcançadas no item 8.2.3, *supra*, a Lei nº 11.232/2005, ao alterar a redação dos arts. 162, § 1º, e 269 do CPC, acabou por abrir margem para a prolatação de decisões parciais de mérito, além de ter reclassificado como *sentenças terminativas parciais* determinados provimentos que, antes, eram tidos por interlocutórias.

E as conclusões tiradas dos dois itens precedentes aplicam-se perfeitamente, mesmo em se tratando de sentenças parciais, sejam terminativas, sejam de mérito, ou seja, também elas passam por dois estágios de imunização: o primeiro logo após a publicação da sentença, atingindo apenas o seu prolator (e mesmo assim com as brechas dadas pelo art. 463 do CPC); e o segundo após transcorrido *in albis* o prazo para recurso (seja ele qual for), quando formada a coisa julgada formal e, se for o caso, a material.

Como vimos, essa reforma processual criou plenas condições de cisão do objeto do processo antes do término da fase de conhecimento, de modo que parte dele possa passar desde logo à fase de cumprimento de sentença (ou até ensejar ação rescisória, dentro dos casos legais), e parte prossiga para proferimento de sentença final, que então potrà termo à fase de conhecimento.

¹⁰⁵ V. g. CALSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62).

¹⁰⁶ Nesse sentido já havia pontuado, há mais de meio século, MACHADO GUIMARÃES (*Estudos de direito processual civil*, p. 13).

¹⁰⁷ É de rigor observar, contudo, que continua ser de excluir a idéia de que haveria decisão implícita sobre as questões proponíveis, mas não efetivamente propostas. Como observamos no item 8.3.5, *supra*, tal fenômeno, a nosso ver, não existe. Em verdade, as questões propostas e proponíveis consideram-se repelidas porque a coisa julgada formal impede as partes e o juiz de exercerem qualquer atividade concernente àquelas questões no mesmo processo. Se estiverem elas fora do âmbito de incidência da coisa julgada material, num outro processo eventualmente podem ser suscitadas e resolvidas sem nenhum impedimento.

Apenas antes de finalizar, impende observar um interessante aspecto atinente às sentenças terminativas parciais. Após refletir, acabamos constatando que a Lei nº 11.232/2005 acabou por resolver uma enorme incongruência antes existente no sistema.

Quando defendemos a ausência de preclusão, por exemplo, para o controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (vide item 8.5.1, *infra*), invocamos inúmeras lições doutrinárias e julgados dos tribunais, os quais invariavelmente trazem exemplos em que o juiz *rejeita*, por exemplo, a arguição de ilegitimidade, ou de falta de capacidade processual, para, depois, rever sua posição a respeito para *extinguir o processo sem exame de mérito*. Todavia, há uma ausência de preocupação generalizada da doutrina com a situação inversa, isto é, se poderiam ser reconsideradas as decisões que *acolhem* tais matérias e aplicam uma das hipóteses do art. 267 do CPC.

Quando a decisão implica uma das situações do art. 267 para pôr fim ao processo, mesmo antes da Lei nº 11.232/2005, a solução era extremamente fácil, pois se tinha aí (e se tem ainda) inequivocamente uma sentença, que podia ser imunizada pela coisa julgada formal.

Mas como bem vimos (item 8.2.3 *supra*), a aplicação de hipóteses do art. 267 pode muito bem se dar no curso do processo, quando for o caso de extinguir sem resolução de mérito apenas uma ou mais das demandas cumuladas. Aí justamente residia a enorme dificuldade interpretativa anteriormente à Lei nº 11.232/2005.

Com efeito, valendo-nos de exemplos já invocados no item 8.2.3, *supra*, poderíamos imaginar perfeitamente que, por meio de uma decisão saneadora complexa, o juiz a um só tempo indefira a denunciação da lide por falta de interesse processual e rejeite a inicial da reconvenção por ilegitimidade do reconvinido, determinando o prosseguimento da demanda original, movida pelo autor-reconvinido.

De acordo com a redação original do Código (o que não mudou após a Lei nº 11.232/2005), a aceitação da denunciação da lide e o recebimento da reconvenção são enquadradas como decisões interlocutórias. Contudo, ainda segundo a redação primitiva do CPC, *também era interlocutória aquela decisão que, acolhendo essas matérias preliminares, acabava extinguindo apenas uma das demandas cumuladas, sem extinguir todo o processo*.

Assim é que antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/2005, era de se questionar se o juiz, antes da sentença, poderia reconhecer o seu equívoco e rever, nos exemplos dados, a rejeição liminar da denunciação da lide ou da reconvenção.

Em prol da resposta positiva estava a constatação básica de que o exemplo encerraria uma típica decisão interlocutória, de modo que não se poderia em princípio cogitar que houvesse coisa julgada (nem mesmo formal, pois esse efeito era e continua sendo reservado apenas às sentenças), mas, no máximo, *simples preclusão*.

Todavia, como a decisão dada como exemplo versa “matérias cognoscíveis de ofício a qualquer tempo”, isso a tornaria imune à preclusão (conforme item 8.5.1, *infra*), pouco importando que as questões tenham sido acolhidas (para os fins do art. 267) e não rejeitadas.

Em apoio à resposta negativa, de outra banda, haveria a constatação de que a cumulação de demandas atende, justamente, a razões de economia processual,¹⁰⁸ e não faria sentido algum o absurdo tumulto processual causado pela ulterior reconsideração de decisão que, no curso do processo, rejeitara sem apreciação de mérito demanda cumulada. Nos exemplos dados, a reconsideração importaria necessariamente o retorno do procedimento à etapa de saneamento, para que o denunciando à lide não citado integrasse a relação processual, e para que se desse o contraditório e a instrução relativamente à reconvenção rejeitada liminarmente.

A promulgação da Lei nº 11.232/2005, contudo, eliminou qualquer dúvida a respeito, negando ao juiz a possibilidade de rever decisão de indeferimento liminar de demanda cumulada. Com isso, o sistema ficou muito mais coerente, especialmente quando se cuida do trato das demandas cumuladas.

Agora, a decisão dada como exemplo (que rejeita liminarmente denunciação da lide e reconvenção), é *sentença*, segundo o art. 162, § 1º, reformado, (por implicar hipóteses do art. 267 do CPC) e, portanto, pode, sim, ser coberta pela coisa julgada (ainda que formal).

Nessa hipótese, logo que prolatada a sentença terminativa parcial, aplica-se a preclusão ao seu próprio prolator, conforme estabelecido pelo art. 463 do CPC (segundo redação dada pela nova lei já multirreferida) e, transcorrido *in albis* o prazo do recurso (seja qual for ele, aqui pouco importa), surgirá a coisa julgada formal. O processo prosseguirá, então, com relação às demais demandas cumuladas, sem riscos de retrocessos àquelas questões já imunizadas.

8.3.7 Preclusão de questões e instâncias processuais

Não oferece grandes dificuldades pensar o fenômeno da preclusão incidente sobre questões já resolvidas dirigido ao próprio juiz que prolatou a decisão, e os traços principais desse fenômeno já estão razoavelmente descritos neste Capítulo.

Contudo, como é cediço, em razão dos recursos previstos em nossa legislação, o processo pode se escalar em *instâncias*, de tal modo que se mostra importantíssima a análise da vinculação da instância inferior por decisões incidentais tomadas na superior (por força de um agravo de instrumento, por exemplo), e da vinculação da instância superior por decisões incidentais tomadas pela inferior (seja no julgamento da apelação, seja no julgamento de agravo de instrumento

¹⁰⁸ Cfr., dentre outros, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 162).

em que se torna necessária a apreciação de decisão lançada anteriormente àque-la agravada).

Estamos atentando aqui para o problema descrito por BARBI: "Os efeitos da preclusão de questões em referência ao juiz devem ser encarados por três sujeitos: (a) o do juiz e sua própria decisão; (b) o do juiz e a decisão da autoridade inferior; e (c) o do juiz e a decisão da autoridade superior."¹⁰⁹

O primeiro ponto já foi por nós abordado e se refere às decisões incidentais do juiz e sua imutabilidade dentro do processo, *na mesma instância*. Ou seja: o juiz de primeiro grau está adstrito ao que decidiu anteriormente no curso do feito e restou irrecorrido, salvo as exceções de que trataremos oportunamente. A mesma regra vale para a 2ª instância (se o Tribunal apreciar determinada questão ao julgar agravo de instrumento, não pode depois alterá-la quando for cuidar de apelação interposta contra a decisão final, salvo, é claro, as exceções a que nos referiremos mais adiante).¹¹⁰

O segundo aspecto há de ser analisado, precipuamente, no âmbito da extensão do efeito devolutivo da apelação, especialmente no que toca os arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516, ambos do CPC.

De início parece útil trazer à colação a idéia de que a sentença é dividida em capítulos,¹¹¹ pois como ato processual (contínente) é uno, mas sob a perspectiva do seu conteúdo não.¹¹² Se antes da Lei nº 11.232/2005 havia quem duvidasse dessa cindibilidade do objeto do processo, a alteração dos arts. 162, § 1º, e 269, *caput*, põe termo a qualquer dúvida nesse terreno.

Delimitando-se o capítulo da sentença que o recorrente pretende ver reexaminado na instância superior, estabelece-se o limite *horizontal* da devolução operada pelo recurso, de maneira que o tribunal está autorizado a conhecer de todas as questões que se colocam como premissa lógica da conclusão atingida naquele capítulo. A devolução recursal é limitada apenas *horizontalmente* pela parte (pelo princípio do "*tantum devolutum quantum appellatum*"), mas não *verticalmente*; to-

¹⁰⁹ Da preclusão no processo civil, cit., p. 64.

¹¹⁰ No mesmo sentido vem a opinião de DANIEL ASSUMPTIO NEVES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 248).

¹¹¹ Cf., há tempos, LIBERMAN ("Parte" o "capo" di sentenza, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964), ARAÚJO GENTRA (*Sobre os limites objetivos da apelação civil*, Tese apresentada no concurso de Professor Titular ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, 1986) e, mais recentemente, DINAMARCO (*Capítulos da sentença*).

¹¹² Interessante é observar que DINAMARCO (*Nova era do processo civil*, p. 281 ss) rechaça totalmente qualquer cisão do julgamento de mérito antes da sentença sob a égide do chamado *princípio da unicidade do julgamento*, mas é o principal defensor da teoria dos capítulos da sentença, segundo a qual reconhece sua cisão, conforme, especialmente, os pedidos que forem deduzidos de forma cumulada e decididos.

das as questões preliminares ao mérito da matéria impugnada¹¹³ são, também e automaticamente, levadas ao tribunal pelo recurso interposto, por força da *lei*.¹¹⁴ Aqui estão aquelas questões que, conforme veremos adiante, estão livres da preclusão.¹¹⁵

Entendemos ser este o norte para compreender a real dimensão dos tão controvertidos arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516 do CPC:¹¹⁶ delimitado horizontalmente o capítulo da sentença impugnado, incluem-se na devolução ao órgão *ad quem* (independentemente de pedido do recorrente) as questões suscitadas e não decididas por inteiro (art. 515, § 1º), o(s) fundamento(s) do pedido ou da defesa não apreciado(s) (art. 515, § 2º), o mérito da demanda que não foi apreciado por ter havido decisão terminativa (art. 515, § 3º) e as questões não decididas anteriores à sentença (art. 516).¹¹⁷

Quanto aos capítulos da decisão acerca dos quais não tenha havido impugnação, não há que cogitar da possibilidade de o tribunal reformá-los nem tampouco rever o entendimento sobre as questões a eles subjacentes (nem mesmo aquelas referidas pelos arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516 do CPC), haja vista ter havido *al coisa julgada* (e, sendo o capítulo de mérito, trata-se de coisa julgada material).¹¹⁸

¹¹³ Aqui se incluem as questões relativas às condições da ação, pressupostos processuais, controle da regularidade formal do processo etc., conforme veremos nos itens 8.5.1 ss, *infra*.

¹¹⁴ Essa idéia é defendida por expressiva corrente doutrinária, representada por KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*), e DINAMARCO (Efeitos dos recursos, cit., p. 39-43).

¹¹⁵ Evidentemente que esse raciocínio não se aplica quando a apelação ataca uma questão resolvida na sentença que, uma vez acolhida, importa que se altere toda a conclusão a que chegou a sentença em todos os seus capítulos (pense-se numa apelação que pleiteia o reconhecimento de invalidade da sentença como ato processual, ou na própria ilegitimidade ativa para todos os pleitos deduzidos e acolhidos nos diversos capítulos da decisão etc.). O raciocínio não se aplica, igualmente, aos capítulos dependentes de outro (impugnado o capítulo que condenou o réu ao principal, resta impugnado, por via de consequência, o que o condenou aos juros ou à verba sucumbencial). Para uma referência a respeito, confira-se MARCUS VINÍCIUS TENÓRIO DA COSTA FERNANDES (*Capítulos da sentença*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Cândido Dinamarco, 2002, p. 128 ss).

¹¹⁶ Semelhante solução é apregoada por RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO (*A apelação e seus efeitos*, p. 183), reputando que, assim entabulado, o problema se torna de simples solução.

¹¹⁷ Aliás, no que toca especificamente a esse dispositivo (que foi modificado por reforma legislativa operada em 1994), os estudiosos estão de acordo que só poderia ele se referir às questões de cunho processual apenas, haja vista não se poder cogitar, em princípio e consoante expusemos acima, que o juiz analise o mérito antes da sentença final (assim, APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, p. 180, com lastro na doutrina de THEODORO JR. e BARBOSA MOREIRA). Quanto a essas matérias, em sua maioria, o juiz age de ofício (vide itens 8.5.1 ss, *infra*) e, como não está sujeito a prazos próprios, não há que falar em preclusão para ele pelo fato de não ter decidido referida questão.

¹¹⁸ Conforme o admitido, sem hesitações, por DINAMARCO (*Capítulos da sentença*, p. 98 ss), FIÁVIO LUIZ YARSHÉLL (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, p. 66-67) e MARCUS VINÍCIUS TENÓRIO DA COSTA FERNANDES (*Capítulos da sentença*, cit., p. 76). Na doutrina italiana, contudo, fala-se, nesse caso,

De fato, apesar da cindibilidade do conteúdo da sentença, esse ato processual não perde sua característica básica de ser passível de ser coberto pela coisa julgada (material ou meramente formal).

A consequência dessa constatação é a de que as matérias que são cognoscíveis de ofício e, portanto, não se sujeitam à preclusão quando resolvidas no curso do processo – conforme referido adiante, itens 8.5.1 e seguintes *infra* – não escapam da eficácia preclusiva da coisa julgada, de maneira que o tribunal não poderá delas conhecer se pertencerem a capítulo da sentença não impugnado. Segundo entendemos, o denominado efeito traslativo só poderia se aplicar aos capítulos da sentença que foram efetivamente impugnados, não alcançando os demais que, pela omissão do recorrente, transitaram separadamente em julgada.¹¹⁹ Defender o contrário, especialmente após a Lei nº 11.232/2005, significa negar a óbvia cindibilidade do objeto do processo.

Assim, em que pese ser certo que o processo continua (em segundo grau), a estabilização dos capítulos da sentença não impugnados por apelação (coisa julgada) é muito mais profunda do que das simples decisões proferidas no curso do processo (preclusão). E isso é válido tanto para um capítulo relativo à solução de parte do mérito, como uma das demandas cumúladas ou parte de um pedido cindível em sua quantidade, como para um capítulo que exclui essa possibilidade por não estarem presentes os requisitos para julgamento do mérito, como aquela que extingue uma das demandas cumúladas por falta de condições da ação ou pressupostos processuais.

Essas são soluções que se acham em perfeita harmonia com as conclusões a que chegamos no capítulo anterior (a respeito dos efeitos das sentenças parciais sobre o próprio juiz singular) e tocam, como logo se vê, ao tema da coisa julgada. Assim, fogem elas dos objetivos a que nos propusemos neste estudo, razão essa que parece suficiente para limitar as considerações a respeito.

Prosseguindo, pequena observação cumpre ser feita, por oportuna, no que se refere à possibilidade da instância recursal, ao julgar agravo de instrumento, de rever decisão incidental lançada anteriormente àquela agravada. Aqui, ao contrário do que ocorre quanto à reapreciação de questões em juízo de apelação, o problema é muito mais simples e se limita à verificação se a matéria está sujeita à preclusão ou não: em caso positivo, a instância *ad quem* fica impedida de apreciá-la (já que a falta de recurso oportuno opera a imutabilidade da decisão no mesmo processo e a questão resolvida a foge do âmbito da devolução provocada pelo agravo); em caso negativo, nada impede o exame pela instância superior, pois, quanto às ma-

de *giudicato interno* relativamente às questões de índole processual, anteriores à decisão sobre o mérito. Não nos cabe, aqui, tecer maiores comentários sobre a comparação entre a devolutividade da apelação no sistema brasileiro e no sistema italiano, de modo que fica aqui a referência ao aludido trabalho de LUCA BIANCHI (*I limiti oggettivi dell'appello civile*).

¹¹⁹ Assim também entende ARÁÚJO CINTRA (*Sobre os limites objetivos da apelação civil*, cit., p. 55).

térias cognoscíveis de ofício e livres da preclusão (itens 8.5.1 e seguintes *infra*), pode o tribunal agir de ofício e desconsiderar que decisão anterior versando tais questões tenha restado irrecorrida.¹²⁰ Haveria, aqui também, a idéia de ausência de limitação vertical da cognição do tribunal.

No que concerne à preclusão de questões decididas em primeira ou segunda instância, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, quando julga recurso especial, ou em relação ao Supremo Tribunal Federal, quando julga recurso extraordinário, a solução percorre caminhos diversos.

A tese majoritária no Superior Tribunal de Justiça e praticamente unânime no Supremo Tribunal Federal aponta para a impossibilidade de reconhecer, *ex officio*, a carência de ação quando da análise de recurso especial ou extraordinário que não tenham ventilado essa matéria, ou ao menos que não tenha havido prequestionamento a respeito.

Os argumentos que sustentam tal entendimento ligam-se fundamentalmente à idéia de que os Tribunais Superiores julgam apenas as questões objeto de *prequestionamento*, isto é, o efeito devolutivo de referidas modalidades recursais é limitado (ou, como prefere a doutrina, “vinculado”) pela lei. Quanto às demais questões não abrangidas aí, faltaria àquelas Cortes Superiores competência constitucional, haja vista que não se trata de uma 3ª ou 4ª instância do Poder Judiciário, destinada a corrigir injustiças, mas visam apenas assegurar o cumprimento da lei.

A esses argumentos pode-se objetar, de início, que a restrição ao efeito devolutivo opera, como se viu, em extensão, mas não em profundidade, de maneira que as questões que se põem como premissa lógica à solução daquelas submetidas à devolução recursal também nela estão compreendidas (avultam, aqui, justamente as questões atinentes às condições da ação e pressupostos processuais).¹²¹ Mas a posição dominante nas cortes superiores não acolhe essa tese.

Finalmente, a solução do terceiro e último aspecto suscitado por BARBI no preâmbulo deste item gira, fundamental, mas não exclusivamente, em torno da vinculação do juízo a *quo* por decisão tomada nos autos de agravo de instrumento pelo tribunal *ad quem*.

O recurso de agravo importa a possibilidade de *retratação* pelo juízo que proferiu a decisão agravada (no caso de o agravo ser de instrumento, isso ocorre no momento em que o agravante informa ao juízo agravado a interposição do recurso, conforme o art. 526 do CPC). Se o magistrado prolator da decisão agravada resolver mantê-la mesmo após a informação da interposição do agravo de instrumento, não poderá mudá-la depois, pouco importando o resultado do julgamento deste recurso. Ora, se assim é, evidente que não poderá mudar a decisão que o tribunal

¹²⁰ Assim também entendeu DANIEL ASSUMPTIÃO NEVES (*Preclusões para o juiz*, cit., p. 247).

¹²¹ A propósito da questão, remetemos o leitor ao artigo de GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA (Carência da ação e efeito devolutivo da apelação, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 3, p. 213-231).

preferiu ao julgar o agravo (a qual, aliás, substitui a decisão agravada, nos exatos termos do art. 512 do CPC). Para extrair esse entendimento, não é preciso sequer levar em conta a hierarquia judiciária entre as instâncias.

No entanto, surge a dúvida no caso do acórdão que julga o agravo de instrumento versando sobre matérias não sujeitas à preclusão (como a falta de condições da ação e de pressupostos processuais, e outros casos que serão analisados oportunamente – item 8.5.1 e seguintes, *infra*).

Imaginemos, por exemplo, que o réu de determinada demanda, inconformado com a decisão saneadora que rejeita a preliminar de ilegitimidade *ad causam* suscitada, interpõe agravo de instrumento, o qual é improvido, com a manutenção da decisão atacada. Se o juiz singular, no momento de proferir a sentença, convence-se de que o réu é, de fato, parte ilegítima, poderá extinguir o feito *ex art. 267, VI*, do CPC?

Parece prevalecer aqui a idéia de que a estruturação da hierarquia judiciária impõe que o juiz singular se atenha ao que decidiu a instância superior.¹²² Seria algo como uma *preclusão hierárquica* – que, de resto, seria uma modalidade peculiar de preclusão de questões processuais¹²³ – impedindo o juiz de grau inferior até mesmo de rever questão que é normalmente enquadrada como de *ordem pública* (como aquelas mencionadas pelo art. 267, § 3º, do CPC), se de outra forma foi ela decidida na instância hierarquicamente superior.¹²⁴ E caso o juiz não respeite tal primado, pode-se abrir margem ao remédio da *reclamação*.¹²⁵

Esgotamos, assim, os três focos de preocupação indicados por CELSO BARBI no excerto citado no início deste item, de modo que restam respondidas as dúvidas em torno da preclusão de questões entre as instâncias processuais.

8.4 (A)tipicidade da preclusão de questões

Discute-se se a preclusão sobre questões incidentais realmente existe e se decorre da lei processual ou simplesmente do princípio geral que proíbe o *bis in*

¹²² Assim, CELSO AGRÍCOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 65); MÔNIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 174) e RUI PORTINHOVA (Princípios do processo civil, p. 176). No sistema processual português, há norma expressa no sentido de que o juiz de instância inferior deve respeitar e cumprir decisões de instância superior (art. 561.4 do CPC português).

¹²³ Conforme nos ensina DINAMARCO (A reclamação no processo civil brasileiro, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 6, p. 104), com adesão de MAURÍCIO GIANNICO, A preclusão..., cit., p. 57-61.

¹²⁴ Ainda DINAMARCO (A reclamação..., cit., p. 104).

¹²⁵ No âmbito do STF e do STJ, vem esse remédio previsto, respectivamente, no art. 102, I, I, e art. 105, I, f, ambos da Constituição da República.

idem.¹²⁶ E se questiona se haveria um critério para identificar quais questões podem ser cobertas pela preclusão, vale dizer, se a preclusão de questões seria típica, ou se seria reservada a determinados casos expressamente previstos em lei, em que, uma vez proferida a decisão e tendo restado irrecurrida, o juiz que a prolatou estaria impedido de revogá-la ou modificá-la.

Desde logo, vale observar que faltam ao nosso processo normas como aquelas contidas nos arts. 207.2, 207.3 e 207.4 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, que dispõem serem “firmes” (e portanto vinculativas ao juiz e aos tribunais) as decisões que, por expressa disposição de lei, forem irrecuríveis ou aquelas que, conquanto recorríveis, não tenham sido oportunamente atacadas pelo interessado. Tampouco existe nenhuma norma como aquela estatuída pelo art. 214 do mesmo diploma espanhol, que diz que os juízos ou tribunais não podem alterar os provimentos que tiverem prolatado, salvo para aclarar obscuridades. E igualmente não há nada como o § 318 da ZPO alemã, que estabelece categoricamente que o juiz, de regra, fica vinculado por suas próprias decisões.

Assim, para examinarmos a indagação à luz do nosso direito, não há outro meio senão partir dos arts. 471¹²⁷ e 473 do CPC,¹²⁸ com os quais a preclusão de questões é geralmente associada.

Ambas as normas oferecem grandes dificuldades de interpretação, primeiramente porque inseridas na Seção II do Capítulo VIII do Livro I do CPC, intitulada “Da coisa julgada”, repleta de incoerências já analisadas no item 8.3.2.

Ademais – e para alimentar ainda mais as dúvidas –, ambas as normas são tradução de dispositivos do *Progetto del Codice di Procedura Civile*, apresentado em 1926 por CARNELUTTI à subcomissão para reforma do processo italiano presidida por MORTARA, sendo afinadas à sua concepção doutrinária de coisa julgada.

Seja como for, e a par desses elementos que induzem a dúvidas de interpretação, uma coisa é certa: o inciso I do art. 471 trata inquestionavelmente da coisa julgada material e seus efeitos sobre processos futuros.

A primeira razão que embasa esse entendimento parece óbvia e é a de que a parte final do dispositivo fala expressamente em *sentença*. (Ainda que, como sabemos, em outros casos o legislador andou mal, designando determinados provimentos judiciais em desacordo com o critério do art. 162 do nosso Código Processual.)

Mas há uma segunda razão que reforça a primeira e põe a questão fora de dúvida, no sentido de que somente se poderia falar de “relação jurídica contínua-

¹²⁶ Como entendeu BARTISTA LOPES (Os poderes do juiz..., cit., p. 33).

¹²⁷ “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”

¹²⁸ “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

tiva definida” em uma sentença de mérito, que é o palco adequado para que o juiz componha o litígio. Assim, óbvio que o dispositivo trata de ressalva ao efeito da coisa julgada material.

É, então, o inciso II que desperta maior dúvida em saber se se trata de preclusão ou de coisa julgada.

Entre nós o art. 471 do CPC de 1973 teve como antecedente próximo o art. 289 do CPC de 1939,¹²⁹ o qual os comentadores da época entendiam como dispositivo que tratava do efeito preclusivo da *coisa julgada formal*.¹³⁰ Um dos argumentos invocados à época era o de que, ao falar de “Nenhum juiz”, o legislador estaria se referindo a futuros processos, e não ao mesmo juiz que resolveu as questões (o qual seria o destinatário da *preclusão* de questões incidentais).¹³¹

Dentre os estudos que tiveram por objeto o Código de Processo Civil de 1973, pode-se encontrar a opinião de ARAÚJO CINTRA,¹³² que entende que a norma refere-se, apenas, à coisa julgada material. O fundamento da tese é o de que, ao mencionar “questões relativas à mesma lide”, a norma do art. 471 diz respeito a questões sobre o mérito que, como tais, só podem ser julgadas na sentença.¹³³ A interpretação mais literal do artigo realmente conduz a essa tese.¹³⁴

Outros, contudo, afirmam tratar-se de dispositivo destinado ao regramento, tanto da *preclusão* sobre questões incidentais quanto do comando emergente da própria sentença (*coisa julgada*). É exatamente o que sucede no ensaio de MORIZ DE ARAGÃO,¹³⁵ no qual se afirma que, ao se referir a “nenhum juiz”, a norma englobaria, também, o próprio juiz da causa e abrangeria todas as questões por ele resolvidas (no curso do processo e na sentença). Além disso, ao usar o verbo *decidir*, o dispositivo atingiria todos os tipos de pronunciamentos decisórios (interlocutórias e sentenças).¹³⁶

¹²⁹ “Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I. Nos casos expressamente previstos; II. Quando o juiz tiver decidido, de acórdão com a equidade, determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato.”

¹³⁰ V. g., MACHADO GUIMARÃES (Estudos..., cit., p. 18).

¹³¹ V. g., Idem, *ibidem*, p. 19.

¹³² Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 305.

¹³³ Segundo ARAÚJO CINTRA, as hipóteses de exclusão que se encaixariam no art. 471, II, seriam as do art. 463 e as de ação rescisória (art. 485) (Comentários..., cit., p. 306).

¹³⁴ Cumpre lembrar que o conceito de lide adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 coincide com o de mérito, como fica claro já na Exposição de Motivos ao anteprojeto do Código (Capítulo III, item II, nº 6).

¹³⁵ Preclusão..., cit., p. 166-170.

¹³⁶ Na mesma esteira é a lição do também professor paranaense MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (A *preclusão*..., cit., p. 83).

Por fim, há vários autorizados pronunciamentos doutrinários no sentido de que o art. 471 do CPC refere-se apenas à preclusão.¹³⁷

De fato, se observarmos que os arts. 467 e 469 já tratam da coisa julgada, realmente perde um pouco o sentido que haja outra norma a respeito.¹³⁸ Demais disto, e como bem anota JOSÉ MARCELO VIGLIAR,¹³⁹ se a norma fosse interpretada como destinada ao regramento da coisa julgada material, além de redundante, seria ela *contrária* ao que preceitua o art. 469, já que *as questões resolvidas no curso do processo, e aquelas resolvidas como premissas necessárias para o dispositivo da sentença de mérito, estão expressamente fora do âmbito de incidência da coisa julgada material*.

Enfim, em face dessas tormentosas dúvidas interpretativas, achamos por bem deixar a norma de lado e perquirir que outros elementos do Código indicariam se a preclusão sobre questões é *típica* ou *atípica*. Passemos, pois, à análise do art. 473 do CPC.

A norma estabelece um comando *para as partes*, como emerge absolutamente indubitado da leitura de seu texto. No entanto, impõe-se necessário saber se o fato de o art. 473 impedir as partes de rediscutirem questão já decidida também acarretaria o mesmo impedimento ao juiz. PONTES DE MIRANDA¹⁴⁰ é um dos que afirmam enfaticamente que a norma impede o juiz de redecidir o que já tiver decidido e seguem nessa mesma esteira vários outros autores brasileiros.¹⁴¹

Consoante as premissas por nós lançadas acima e conforme teremos oportunidade de analisar mais profundamente adiante (Capítulo 9, *infra*), o fato de a parte não poder rediscutir questão já resolvida *não induz necessária e inafastavelmente* que o juiz esteja impedido de tomar a iniciativa de revê-la *ex officio*. Trata-se, vale repetir, de duas esferas diferentes, que não podem ser indissociavelmente encaixadas como causa e efeito. Afirmar que as partes não podem rediscutir determinada questão não significa que o juiz não possa, de ofício, revogar ou modificar seu entendimento anterior a respeito.

Confirma essa tese acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido pela 4ª Turma sob relatoria do Min. Athos Carneiro (REsp 13-SP – DJU 13.11.1989)

¹³⁷ Nesse sentido, JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33); HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p.13), ALEXANDRE BARROSO (Acesso à justiça e preclusão civil, cit., p. 110), JOSÉ MARCELO VIGLIAR (Código de Processo Civil Interpretado, p. 1442).

¹³⁸ A interessante observação é de ALEXANDRE BARROSO (Acesso à justiça e preclusão civil, p. 110).

¹³⁹ Código de Processo Civil Interpretado, cit., p. 1442.

¹⁴⁰ Comentários ao Código de Processo Civil, t. 5, p. 211.

¹⁴¹ V. g., MOACYR AMARAL SANTOS (Comentários..., cit., v. 4, p. 465, equiparando o efeito impeditivo, para o juiz, ao da coisa julgada formal); ARAÚJO CINTRA (Comentários..., cit., v. 4, p. 308-309) e NERY JR. e ROSA NERY (Código..., cit., p. 809, notas 2 a 4 ao art. 473), para citar apenas alguns exemplos.

sustentando justamente que o comando do art. 473 do CPC dirige-se às partes, não ao juiz. Extraí-se de sua ementa a seguinte passagem: “A norma do art. 473 do CPC, alusiva à preclusão de ‘questões já decididas’, dirige-se às partes, não ao juiz, máxime em matéria probatória”.

Assim, como o tema voltará a ser objeto de nossa análise a seguir, por enquanto parece suficiente a conclusão de que o art. 473 não cuida de limitação à atividade do juiz em *rever decisões anteriores de ofício*, pois, rigorosamente, não se pode extrair, dessa norma em específico, que o juiz estaria impedido de reanalisar o que tivesse decidido. A norma se refere apenas às partes.¹⁴²

Mas, ainda que se descartem as normas contidas nos arts. 471 e 473 do CPC, pode-se afirmar que há outros elementos no sistema que conduzem à ideia de que a preclusão de questões processuais é atípica (vale dizer, diretriz genérica do nosso sistema).

A existência do agravo retido é incontestada prova dessa atipicidade. Realmente, a interposição dessa modalidade recursal (que hoje constitui regra sobre o agravo de instrumento, consoante a Lei nº 11.187/2005) tem como finalidades únicas provocar o juízo de retratação e evitar a *preclusão* (permitindo que a instância recursal possa conhecer da questão quando e se julgar apelação da sentença final). Não houvesse a preclusividade das questões incidentais – permitindo-se que a instância *ad quem*, em grau de apelação, conheça de qualquer questão incidental decidida pelo juiz singular, mesmo a despeito do agravo retido –, não teria razão de existir esse recurso.¹⁴³

Igualmente, se pudesse o juiz singular e prolator de decisão interlocutória modificá-la quando bem quisesse, não haveria razão de ser o juízo de retratação do recurso de agravo (não só retido, como também de instrumento).

Assim, somente à vista desses dois aspectos, podemos deixar de lado as discussões sobre os arts. 471 e 473,¹⁴⁴ de modo a extrair a conclusão de que a *preclusão sobre questões é atípica* (isto é, aplica-se à generalidade das interlocutórias e só é

excepcionada pela lei em determinados casos). A existência do agravo retido e o juízo de retratação que esse recurso (também em sua forma de instrumento) produz são provas suficientes para embasar essa afirmação.

O rol de casos que excepciona esse regime de preclusividade é *taxativo* e *coerente*, como é óbvio, pelas próprias normas que possibilitam ao juiz retratar-se de decisão interlocutória no ato da interposição de recurso de agravo, o que, aliás, está na gênese dessa modalidade de recurso, como já vimos (item 2.5.7, *supra*).

Essa é mais uma razão que reforça a associação da preclusividade de questões incidentais com o regime de recorribilidade de interlocutórias:¹⁴⁵ de todas elas cabe o recurso de agravo e, à falta deste, o juiz *fica impedido de reanalisar a questão*.¹⁴⁶ Sem agravo, não há, como regra, brecha para a retratação.¹⁴⁷

Além desses casos expressos em que se permite a retratação do juiz de primeira instância *por provocação do interessado, e independentemente do conteúdo da decisão em si*, ocorrem-nos apenas mais três, o do art. 518, § 2º, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006 (que permite ao juiz negar seguimento a recurso de apelação que haja anteriormente recebido, quando o apelado chama-lhe a atenção para alguma irregularidade ao oferecer suas contra-razões), o do art. 296 (que permite a reconsideração da sentença de indeferimento da inicial, quando interposta a apelação pelo autor, contornando a firme preclusão determinada pelo art. 463), e o do art. 285-A, § 1º, introduzido pela Lei nº 11.276/2006 (que permite que o juiz reveja a sentença “liminar” de improcedência da ação).

E todas essas “brechas” não constavam do Código em sua redação original e são resultado de reformas processuais. As duas primeiras foram introduzidas pela “onda” reformista de 1994 (respectivamente pelas Leis nºs 8.950 e 8.952) e a última bem mais recentemente (por força da Lei nº 11.277/2006), todas elas inspiradas em franca homenagem ao princípio da celeridade e da economia processual.

Adiante (item 8.5) trataremos exemplos de outra categoria de exceções a esse princípio preclusivo, a qual se define pelo conteúdo da questão resolvida, e que independe de provocação do interessado em tempos e formas preestabelecidas.

Seja como for, essa taxatividade dos casos em que se admite a retratação judicial indica claramente (como assim o vê a maciça doutrina) que nosso sistema

¹⁴⁵ Cf. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CUNHA (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 308-309).

¹⁴⁶ Mas esse princípio não é absoluto, como teremos oportunidade de ver adiante (itens 8.5.1 ss, *infra*).

¹⁴⁷ Essa circunstância soma-se ao fato de que a nossa doutrina atual segue a exata mesma linha de raciocínio daquela que estudou o Código de Processo Civil de 1939, no sentido de que as decisões interlocutórias das quais cabia agravo (de instrumento ou no auto do processo) seriam imutáveis se o recurso não fosse interposto (a propósito, confira-se o item 2.8 *supra*).

¹⁴² Nesse particular, o art. 473 do CPC nada tem a ver com o já aludido art. 214 da LEC espanhola. Esse último dispositivo, sim, estabelece a proibição dos juízos ou tribunais de alterar suas próprias decisões. A norma encontra algo de similar com o art. 463 do nosso CPC, mas é mais ampla, pois não se refere apenas às sentenças, e sim a toda e qualquer decisão. Assim, CORTEZ DOMÍNGUES, GIMENO SENDRA E MORENO CASTENA, *Derecho procesal civil, parte general*, p. 346.

¹⁴³ A afirmação está em harmonia com lição de TERESA WAMBIER: “não seria lógico que houvesse um recurso cuja característica básica fosse a de proporcionar ao juiz a possibilidade de se retratar, quanto a uma decisão já proferida, se houvesse, sempre, a possibilidade de que ele alterasse as decisões tomadas no curso do processo” (*O novo regime do agravo*, p. 316).

¹⁴⁴ Podemos deixar de lado, também, outros artigos do Código de Processo Civil que são comumente arrolados quando se traz à tona o assunto *preclusão de questões incidentais*, como é o caso, conforme lição de MONIZ DE ARAÚJO (Preclusão..., cit., p. 158) do art. 516 do CPC, que afirma ser outra norma em que se manifesta o princípio preclusivo, ao dispor que as questões incidentais resolvidas pela sentença e não impugnáveis por agravo de instrumento ficam devolvidas ao Tribunal.

não admite pedidos de reconsideração, sem forma ou figura de juízo, dirigidos ao próprio juiz prolator da decisão.¹⁴⁸

Por tudo isso é que concluímos pela atipicidade da preclusão, no esteio, aliás, da lição de TOMÁS PARÁ FILHO: “Se é verdade que, em princípio, ao juiz cabe retificar seus próprios erros, de modo a restaurar a marcha do processo por via legal, e que esse poder independe de texto expresse, pois é implícito na investidura jurisdicional, exato é também que essa prerrogativa sofre limitação específica naqueles tipos de processo (tal o entre nós vigente), em que sobrevivem fases ou etapas distintas, as quais, à medida que fluem e se computam, geram ou podem gerar consequências preclusivas de inquestionável relevância.”¹⁴⁹

8.5 Matérias que não estão sujeitas à preclusão

Se acima identificamos o rol de casos em que o próprio prolator de decisão incidental pode revê-la por provocação da parte e independentemente de seu conteúdo (isto é, como vimos, os arts. 529, 518, §§ 2º, 296, e 285-A, § 1º, todos do CPC), temos que agora identificar que *matérias, quando resolvidas incidentalmente, não geram preclusão, permitindo que o juiz as reveja de ofício, e independentemente de provocação da parte (sob formas e prazos predeterminados)*.

Com efeito, nos casos dos quatro dispositivos processuais aludidos acima, a possibilidade de retratação se dá por expressa disposição legal, depende de provocação da parte (que deve vir a lume na forma prevista sob pena de inadmissibilidade) e ocorre independentemente do conteúdo da decisão.

O prisma de análise que será desenvolvida a seguir é diverso, pois tratamos de enfrentar o conteúdo das decisões interlocutórias e sua influência no regime da preclusão. Adentraremos, então, na segunda categoria de hipóteses de exclusão da preclusão, consoante a definição dada no item 8.1.2, *supra*.

8.5.1 Controle dos pressupostos processuais e condições da ação

O primeiro rol de questões que, segundo a maciça doutrina e a torrencial jurisprudência, estão a salvo da preclusão são as relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Vide, com farta referência doutrinária, o item 8.6 *infra*.

¹⁴⁹ A recorribilidade..., cit., p. 24.

¹⁵⁰ Aqui cabe lembrar as conclusões a que chegamos anteriormente, no sentido de que não nos cabe destrinçar as classificações sobre os pressupostos processuais e que, para nós, é válida a idéia de que, nessa categoria, se abarca “tudo aquilo que se afigurar requisito de admissibilidade da pre-

Pode-se dizer que essa associação é imediata porque logo vem à mente do intérprete o art. 267, § 3º, do CPC, que dispõe que as matérias relacionadas nos seus incisos IV (pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo), V (perempção, litispendência e coisa julgada) e VI (falta de condições da ação) podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. A reboque, vêm também à lume o art. 301, incisos e § 4º, que amplia ainda esse rol de matérias cognoscíveis de ofício, assim como o art. 113, que trata especificamente da incompetência absoluta.

Quando não houver pronúncia expressa do magistrado sobre tais matérias, não há nenhuma dúvida: o texto expresse do art. 267, § 3º, do CPC afirma a possibilidade de o juiz analisar tais questões em qualquer grau de jurisdição. Quanto às demais matérias referidas pelo art. 301 do CPC, é de observar que, apesar de o seu § 4º não enunciar expressamente a norma de que essa iniciativa oficial possa se dar em qualquer grau de jurisdição, entende-se que esse preceito é a elas também aplicável. Afinal, conforme tivemos oportunidade de observar, o juiz não está sujeito a prazos próprios e, se a lei lhe confere iniciativa de agir de ofício para decidir determinada questão, o fato de não tê-lo feito em um momento não o impede de efetuar-lo depois.

Assim, aqui estamos cogitando da preclusão quando houver decisão explícita sobre a regularidade das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939 – que dava à espécie trato diverso do diploma que o sucedeu –, levantavam-se dúvidas em saber se o tão decantado *despacho saneador*, uma vez irrecorrido (sob a forma de agravo no auto do processo ex art. 851, IV, do CPC), produziria a preclusão sobre o reconhecimento das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Apesar de vários autores e julgados da época terem defendido a preclusividade da decisão que reconhecesse a concorrência das condições da ação e pressupostos processuais e que restasse irrecorrida pelo interessado,¹⁵¹ tanto para o próprio juiz singular que a proferiu como para a instância *ad quem*, parece que a maioria

temosão a determinada tutela jurídica, tenha sido ela invocada pelo autor ou pelo réu, excluídas as condições da ação que, por disposição da nossa lei processual, são tratadas à parte, e os aspectos formais dos atos processuais, que têm um regime próprio” (item 7.4, *supra*). Desse modo, tudo o quanto for dito para as matérias referidas nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vale para qualquer categoria de pressupostos processuais, na ampla aceção por nós abraçada.

¹⁵¹ Na jurisprudência, confira-se *RF* 119/95; 123/434; 129/442; 135/81; 161/178; 172/159; e *RT* 447/208. Na doutrina, também defendendo a preclusividade do despacho saneador, inclusive quanto à definição da legitimidade de parte, ALFREDO BUZARD (Despacho saneador – coisa julgada e preclusão – venda judicial (parecer), *Revista dos Tribunais*, nº 320, p. 42-58). Cabe apontar, ainda que à guisa de curiosidade, que, mesmo após o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, ALFREDO BUZARD afirmou a ausência de preclusão sobre decisão acerca de pressupostos processuais e condições da ação, ao relatar acórdão no breve período em que ocupou o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (julgado publicado na *RTJ* 101/901).

da doutrina acabou rejeitando essa concepção e dividiu-se em duas (outras) correntes: os que defendiam a preclusividade apenas para o juiz prolator do saneador (como LIEBMAN),¹⁵² enquanto outros propugnavam pela completa ausência de preclusão, para ambas as instâncias (como GALENO LACERDA).¹⁵³

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tanto os doutrinadores como os tribunais, à vista dos seus arts. 267, § 3º, 301, § 4º, e 303, II, são praticamente unânimes em afirmar que tais matérias, mesmo tendo sido objeto de decisão judicial, podem ser revistas *ex officio* e a qualquer momento do processo.^{154,155}

¹⁵² *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 86.

¹⁵³ *Despacho saneador*, p. 57 e 167-169.

¹⁵⁴ Seria fastidioso citar autores que comungam desse pensamento, haja vista ser a doutrina largamente dominante (cf. anota, por exemplo, ARAÚJO CINTRA, *Comentários...*, cit., v. 4, p. 309). Interessaria, aqui, citar as vozes discordantes, como a de CALMON DE PASSOS: "Há uma dificuldade, contudo, que precisa ser superada. O § 3º do art. 267 preceitua que o juiz conhecerá em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V, e VI do mesmo artigo, não coloca, como essencial, a provocação da parte. Há, contudo, outro aspecto a considerar. O Código previu, no procedimento ordinário, o despacho saneador. Deu a esse despacho o alcance de declarar saneado o processo, vale dizer, afirmá-lo expungido de vícios quanto à relação processual, condições da ação e validade dos atos na fase postulatória. Admitir-se que de sua prolação não decorram consequências de qualquer espécie importa afirmar-se um absurdo. Atribuir-lhe, por conseguinte, efeito preclusivo é, parece-nos, um imperativo de ordem técnica e de ordem lógica, inclusive por força do que dispõe o art. 473. Em favor dessa conclusão milita, ainda, a circunstância de o Código em dispositivos outros haver estabelecido preclusão quanto a determinados pressupostos processuais pertinentes à pessoa do juiz, às partes ou ao objeto da lide" (*Comentários...*, cit., p. 527). Mas o próprio autor faz ressalvas, por exemplo, na ausência de citação de litisconsorte necessário (*Comentários...*, cit., p. 528): "negado o litisconsórcio necessário no julgamento, conforme o estado do processo, e dessa decisão inexistindo recurso, o segundo grau não está impedido de reexaminar a matéria e decidi-la contrariamente ao decidido no primeiro grau, mesmo quando provocação não tenha havido da parte do interessado. E seria atentar contra o princípio da economia processual, traduzindo-se num dogmatismo radical desaconselhável, obrigar-se a parte e o Judiciário a um dispêndio de atividade inútil, para não dizer *contra legem*". Em sentido similar, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 104-115) que defende que, se o juiz de 1º grau decidiu expressamente questão desse jaez, não pode depois voltar atrás (mas esse impedimento não ocorreria para a instância superior). O autor baseia-se em uma interpretação literal do art. 267, § 3º, que permite a iniciativa do juiz *ex officio*, mas não autorizaria a revogação de decisão anterior a respeito de tais matérias.

¹⁵⁵ Para uma exaustiva referência a julgados que se filiam a essa corrente, THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 9 ao art. 471, p. 488). Contra esse entendimento (e de maneira minoritária), colhe-se interessante acórdão do STJ, prolatado no julgamento do REsp 61.420-SP, à unanimidade, segundo o qual se entendeu que, se o juiz singular reconheceu as condições da ação e os pressupostos processuais, no curso do processo em primeira instância, está ele impedido de modificar seu entendimento; essa eficácia preclusiva não se estenderia à instância superior ("o preceito do § 3º do art. 267 do CPC, por uma questão lógica, refere-se a hipóteses em que haja omissão no exame da matéria ou, havendo decisão irrecorrida, só pode estar endereçado ao órgão jurisdicional de instância superior, não ao próprio juiz ou tribunal que tenha decidido a questão no saneador ou em acórdão com trânsito em julgado").

Trata-se de rol de questões expressamente posto a salvo da preclusão, por contar com matérias cognoscíveis de ofício, que são comumente entendidas como sendo de *ordem pública* e que, pela sua relevância, a lei facultou ao juiz voltar a apreciá-las mesmo se sobre elas já tenha se pronunciado anteriormente.

Segundo essa opinião majoritária, aqui não incide a preclusão, pois, se o juiz pode "em qualquer tempo ou grau de jurisdição" conhecer de tais questões a despeito da omissão da parte em suscitá-las, também não se justificaria que seus poderes de rever ou modificar decisões nesse mister fossem tolhidos pela omissão da parte interessada em interpor recurso da referida decisão. Em ambos os casos, tanto para decidir como para redecidir, trata-se de poder exercitável de ofício, e que não se condiciona pela omissão do interessado.¹⁵⁶

Essas conclusões são válidas – lembramos mais uma vez – não só para os pressupostos processuais referidos nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, mas também para todos os demais casos em que se trata de uma condição, de ordem processual, para que o juiz possa conceder a alguém tutela jurisdicional (ou seja, numa acepção bem ampla de pressupostos processuais, conforme item 7.4, *supra*).¹⁵⁷

¹⁵⁶ Outrossim, é de rigor observar que, aqui, é absolutamente inócua a discussão acerca da diferença entre questões *implícitas* ou *explicitamente* decididas. Pois, se o entendimento largamente majoritário é pela não incidência de preclusão sobre a decisão que *explicitamente* reconheceu a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, com muito maior razão parece evidente que as decisões *implícitas* não estejam sujeitas a tal eficácia preclusiva.

¹⁵⁷ Não fosse assim não teria muita lógica que existissem determinados pressupostos processuais (arrolados nos arts. 113, 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC) que pudessem ser controlados de ofício, e dos demais, não. Se se trata de normas processuais, que estabelecem quais são as condições para que possa ser proferida uma sentença de mérito válida, devem receber, por razões de ordem eminentemente lógica, tratamento igual. Por isso mesmo causou-nos enorme estranheza a tentativa empreendida por CORTÉZ DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA e MORENO CATEÑA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 29) de diferenciar hipóteses de pressupostos processuais que poderiam ser controlados de ofício e quais não. Apenas em casos específicos – como a existência de convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC) – justifica-se a exclusão do poder de ofício do juiz em reconhecê-la prevista no art. 301, § 4º, pois atende-se, aí, à natureza do instituto e ao fato de que ele se funda, substancialmente, na autonomia da vontade das partes. Dessarte, do mesmo modo que podem elas firmar a convenção arbitral, podem também renunciar a elas (já na antiga lei espanhola de arbitragem de direito privado, isto é, a Lei nº 36/1988, previa-se que, se uma das partes signatárias de uma convenção arbitral começar uma demanda a respeito do litígio objeto de tal pactuação, e a parte adversa não arguir a sua existência, considera-se que as partes renunciaram a tal convenção). Mas, no mais, ressalvada essa hipótese específica e peculiar (que se deve à própria natureza híbrida do instituto do arbitragem, isto é, baseado em um acordo de vontades, mas que resulta em uma instituição de direito público, em que se exerce poder jurisdicional, como entende majoritariamente a doutrina atual: na doutrina estrangeira, confira-se FAUSTINO GORRÓN MORENO, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, p. 72 ss; entre nós, CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo: comentário à Lei nº 9.307/96*), não há como distinguir que pressupostos processuais poderiam ser conhecidos de ofício e quais não.

Parece-nos, então, mais uma vez ter ficado clara a idéia de que a preclusão que fulmina direitos da parte não se confunde com o efeito que impede o juiz de rededir determinada questão. Pois apesar de as partes estarem impedidas de suscitar novamente matérias que já tenham sido decididas, nem por isso o juiz fica impedido de revê-las.

É oportuno ainda salientar que a questão da preclusão sobre as matérias aqui referidas é sensivelmente diversa se decididas no curso do feito (incidentalmente, por decisão interlocutória), do que se o forem em sentença.

Quanto às decisões interlocutórias, a falta de recurso não implica a preclusão, e a questão pode ser revista pelo juiz (de ofício ou a pedido da parte) depois. Entretanto, vemos que a situação não é idêntica se a mesma questão foi decidida pela sentença. Durante a fluência do prazo recursal, existe preclusão (ainda que mais forte do que a que recai sobre decisões interlocutórias, como no item 8.3.6).

Esgotado o prazo recursal, tal decisório passa em julgado, e a matéria não pode mais ser discutida no mesmo processo. Tratando-se de sentença terminativa, não se forma coisa julgada material, e a repositura da demanda é, respeitados determinados requisitos, viável. No entanto, cuidando-se de sentença de mérito, a coisa julgada material projetar-se-á para fora do processo, impedindo que a demanda seja repetida.¹⁵⁸

8.5.2 Controle da regularidade formal do processo (validade e admissibilidade dos atos processuais)

Para controlar a regularidade formal do processo, o juiz é investido do poder-dever de tanto verificar se seus próprios atos e de seus auxiliares são válidos

¹⁵⁸ Quanto a tais matérias, mesmo verificando, após a formação da coisa julgada material, que tenham sido incorretamente decididas, somente em casos raros é que caberia a ação rescisória. Com efeito, o art. 485 do CPC não arrola, por exemplo, a hipótese de ação rescisória contra sentença proferida em favor de parte manifestamente ilegítima, ou carecedora de interesse processual. Em que pese a gravidade que o sistema atribui à falta de condição da ação, privilegiou-se a segurança jurídica, optando-se pela manutenção da coisa julgada sobre sentença proferida em favor de parte ilegítima ou desprovida de interesse processual. Ressalva se faça à sentença que acolhe pedido juridicamente impossível. A nosso ver, a questão poderia ser arguida em ação rescisória, mas pelo fundamento de violação a literal disposição de lei (inciso V), e não porque se verifica a falta de condição da ação. O enfoque, como se vê, é outro. Independentemente desse aspecto, TERESA ARRUDA DA SILVA WAMBIER afirma que “inexiste a preclusão quer para o juiz, quer para as partes, a respeito de questões que podem mais tarde, uma vez constituída a própria coisa julgada, dar origem, até, à ação rescisória” (*Nulidades da sentença*, p. 145).

ou não (nulidades) quanto para zelar pela regularidade dos atos praticados pelas partes (*admissibilidade*).¹⁵⁹

As nulidades, apesar de algumas divergências doutrinárias,¹⁶⁰ podem ser classificadas em *absolutas* ou *relativas*.

As primeiras são identificadas nos casos em que determinado ato processual praticado pelo juiz desrespeita norma cogente, de interesse público.

Aqui se acham tanto situações em que há expressamente na lei a previsão de cominação de nulidade – como a ausência de intervenção do Ministério Público em um processo em que deveria atuar (art. 246 do CPC) e nas irregularidades nos atos de comunicação processual (art. 247 do CPC), que são ambas *nulidades cominadas*¹⁶¹ – como outros casos em que, a despeito da ausência de cominação legal, o caráter cogente da norma processual violada impõe seja absoluta a nulidade do ato que a desrespeita.¹⁶²

Também há consenso na doutrina de que as *nulidades absolutas* podem ser declaradas de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.¹⁶³

O reconhecimento das nulidades absolutas não depende da iniciativa da parte, haja vista envolverem normas cogentes, inspiradas por interesse público, que dizem respeito à regularidade do modo pelo qual se presta a tutela jurisdicional. E, nessa esteira, o mesmo raciocínio desenvolvido no item anterior para interpretar os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vale aqui, ou seja, da mesma forma que o juiz tem o poder(-dever) de pronunciar as nulidades absolutas a qualquer tempo, isso compreenderia o poder(-dever) de rever decisão anterior acerca da matéria mesmo que tenha quedado irrecorrida. Em outras palavras, a natureza da norma violada pela nulidade absoluta impõe seja desconsiderada a iniciativa da parte, tanto para alegá-la quanto para recorrer de decisão injusta que erroneamente dá pela validade do ato processual viciado.

¹⁵⁹ JOSE RODRIGUEZ URRACA (*Autoridad del juez y principio dispositivo*, p. 114) observa que o juiz detém o controle *formal* do processo (no sentido de que promove e zela pela regularidade dos atos processuais), mas não controle *material* (isto é, sobre o objeto da controvérsia), o qual continua nas mãos das partes.

¹⁶⁰ Por nós já longamente analisadas em *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, cit., p. 24 ss.

¹⁶¹ Cf., na doutrina estrangeira, GUASP E ARAGONESI (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 318), e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ E VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 354) e, entre nós, TERESA WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 159).

¹⁶² Conforme lembramos acima (nota 38 ao capítulo 7, *supra*), a diferença da nulidade cominada da não-cominada é que, quanto a essa segunda, poder-se-ia perquirir se o ato processual, apesar de viciado, atingiu seus objetivos ou causou prejuízo, ao passo que, quanto à cominada, haveria uma presunção de que tenha ocorrido prejuízo.

¹⁶³ Cf., e. g., GALENO LAGERDA (*Despacho sancionador*, p. 71-72), MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 275) e, mais recentemente, TERESA WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 159).

Às nulidades absolutas contrapõem-se as relativas, as quais ocorrem quando determinado ato processual desrespeita norma que atenda apenas interesses das partes. Como o reconhecimento desse tipo de nulidade depende da provocação do interessado, sua inércia convalida o ato (art. 245 do CPC). Não havendo essa provocação, opera-se a preclusão para a parte, impedindo-a de praticar o ato, isto é, fulminando-se tal ônus processual.¹⁶⁴

Nesse ponto é relevante frisar que a ausência de pronúncia do juiz a respeito da existência de nulidades relativas não caracteriza *decisão implícita* declaratória da regularidade do processo (nem mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de pronunciamentos implícitos). De fato, o juiz não pode pronunciar a nulidade relativa depois do advento da preclusão do direito da parte em alegá-la, não porque a questão esteja preclusa, mas porque não pode o juiz agir de ofício.¹⁶⁵

Pois bem. O fundamento para se excluir a preclusividade do reconhecimento das nulidades absolutas é o mesmo que está em torno do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais, isto é, o respeito a normas em que pondera o interesse público.

Orá, conforme já tivemos oportunidade de assinalar em trabalho anterior,¹⁶⁶ “poucos são os exemplos invocados pela doutrina acerca de normas de interesse exclusivo (ou mesmo preponderante) da parte, bem como de normas que sejam dispositivas, a autorizar a conclusão de que as chamadas anulabilidades são raras em nosso ordenamento processual civil”.¹⁶⁷

Assim, a rigor, quase todas as normas processuais, em particular aquelas que regem a forma dos seus atos, estão imbuídas do interesse público,¹⁶⁸ dada a in-

dole do processo como meio de pacificação social e aplicação e realização do direito objetivo com justiça,¹⁶⁹ de modo que poderíamos alargar a inexistência de preclusividade para qualquer ato do juiz que vise o controle da regularidade dos atos processuais dele próprio e de seus auxiliares (nulidades). Então, estariam excluídos raros casos em que se poderia dizer que a norma processual atua preponderantemente em favor do interesse da parte, e secundariamente apenas ao interesse público.¹⁷⁰

De outro lado – mas sem afastarmos da premissa, já assentada (item 7.7, *supra*) de que os atos das partes não podem estar sujeitos à nulidade (sendo a imperfeição do ato perante o modelo legal sancionada com mera ineficácia, que se traduz em sua inadmissibilidade) –, ainda assim as normas que inspiram a tipicidade dos atos das partes estão, igualmente, revestidas de interesse público, justificando-se o absoluto e inderrogável controle judicial.

Tudo o que se relacionar ao controle da regularidade dos atos das partes pode (e deve) ser conhecido de ofício, e esse poder se estende também para que se revogue ou modifique decisão equivocada a esse respeito, mesmo que sem iniciativa da parte em dela recorrer. Essa ausência de preclusão para o juiz inclui também o controle formal de tudo aquilo que, em razão de uma classificação ou outra, não se referiria à verificação de pressupostos processuais, como o controle da admissibilidade de um recurso¹⁷¹ ou a tempestividade da ação rescisória,¹⁷² para se dar apenas alguns exemplos.

da parte): “Entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivalaria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente em favor delas. O erro seria evidente. É possível identificarem-se tipos de comportamento regulados no processo em exclusivo benefício das partes? Temos sérias dúvidas. E se existirem (ainda não logrei um exemplo em que isso ocorresse) serão revestidos de tal excepcionalidade que deveriam merecer do legislador e a referência específica” (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 135).

¹⁶⁹ A conclusões semelhantes chegou CAROLINA BONADIMAN ESTEVES na dissertação (*In)disponibilidade do direito processual civil*, p. 208.

¹⁷⁰ No nosso estudo *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, cit. p. 26 ss, concluímos, nessa mesma esteira, serem excepcionabilíssimos os casos de normas processuais em que o interesse público está suplantado pelo privado. Naquela oportunidade, lembramos da norma contida no art. 655 do CPC e daquelas concernentes à incompetência relativa. Aliás, quanto a esse último exemplo, vale reforçar que a preponderância do interesse privado sobre o público impede o juiz de pronunciar a incompetência relativa de ofício (nota 15 ao presente capítulo, *supra*).

¹⁷¹ No caso da apelação, pode haver nada mais nada menos do que quatro crivos de admissibilidade, o primeiro pelo juiz singular; logo que o recebe; o segundo pelo mesmo juiz, quando recebe as contra razões do apelado (ex art. 518, § 2º); o terceiro, monocraticamente, pelo relator designado na instância *ad quem*, e finalmente o quarto pela Turma Julgadora.

¹⁷² “Controle judicial de tempestividade [...] Se a circunstância passar despercebida ao relator, nesse primeiro contato com a postulação, nem por isso ficará preclusa a matéria. Por força da remissão constante do art. 491, 2ª parte, aplica-se à rescisória o preceito do art. 329. A conjugação deste

¹⁶⁴ Esse é o entendimento unânime da doutrina atual (v. g. Ovídio BATISTA DA SILVA, *Curso...*, cit., v. 1, p. 217-218; DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 456-457), como já o era mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1939, mesmo que aquele diploma não trouxesse exatamente norma como a contida no art. 245, parágrafo único, do CPC de 1973 (cf. GALENO LACERDA, *Despacho saneador*, p. 72 ss, a quem se atribui a construção, prevalente na doutrina, acerca das nulidades processuais, e, antes dele, PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 263, para quem “A nulidade, portanto, desde que não resulte da subversão de formalidades de ordem pública e que não contamine a própria relação processual, só mediante alegação da parte poderá ser pronunciada.”

¹⁶⁵ Veja-se acima o quanto foi dito no item 8.1.3.

¹⁶⁶ *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, cit., p. 28.

¹⁶⁷ Podemos, agora, acrescentar a lição de DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal*: introducción, p. 119-120), no sentido de que existem normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas (isto é, que tutelam exclusivamente direito da parte), mas essas últimas são residuais no sistema (os autores espanhóis aludidos citam alguns exemplos, dentre os quais encontramos apenas um em comum ao nosso sistema, isto é, a norma que estabelece a prorrogabilidade da incompetência territorial dos juízes).

¹⁶⁸ Assim já pontuou CALMON DE PASSOS, ao enfatizar a distinção entre nulidades processuais absolutas (decorrentes de violação de normas processuais de ordem pública) e nulidades processuais relativas (cominadas ao desrespeito de normas processuais que atendessem exclusivamente ao interesse

Aliás, no que toca à questão do juízo de admissibilidade dos recursos, NELSON NERY JR.¹⁷³ se vale de um interessante exemplo para roborar a tese de que o controle da regularidade dos atos da parte é matéria não sujeita à preclusão: se o juízo *a quo* nega seguimento a apelação por entendê-la, por exemplo, *intempestiva*, e a parte agrava de instrumento e seu recurso é provido na instância *ad quem*, isso não impede o relator, ou o colegiado de, negar-lhe seguimento pelo mesmo fundamento (*intempestividade*).¹⁷⁴ Afirma o autor que a matéria é de “ordem pública”.¹⁷⁵

Nessa mesma linha, compreende-se bem por que os tribunais são praticamente unânimes em afirmar que a decisão que admite e dá seguimento a recurso de apelação é irrecorrível por parte do apelado, por faltar-lhe interesse recursal¹⁷⁶ (de fato, o juízo de admissibilidade será renovado na instância *ad quem*, e, a rigor, por duas vezes: uma pelo relator, outra pela Turma).

Poder-se-ia dizer que essa tese é incongruente com o disposto no art. 518, § 2º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006. Realmente, estivesse a matéria atinente ao juízo de admissibilidade da apelação a salvo da preclusão, não faria sentido algum a introdução da norma acima, abrindo possibilidade de o próprio juiz singular rever decisão anterior para negar seguimento a apelação inadmissível.

Em nosso sentir, esse dispositivo representa aceno do legislador, aos juízes, de como proceder. Vislumbrar-se-ia na norma escopo *educativo*, procurando incentivar os juízes a se libertarem da concepção (tão arraigada culturalmente) de que uma vez lançada determinada decisão não pode mais ela ser revista.

com o art. 269, nº IV, mostra que a declaração de decadência é cabível após a fase postulatória, qual modalidade de julgamento conforme o estado do processo. O relator continua competente para decretá-la, como o fora para indeferir a inicial” (BARBOSA MOREIRA, *Comentários...*, cit., v. 5, p. 221).

¹⁷³ *Princípios fundamentais*, cit., p. 231-233.

¹⁷⁴ Na jurisprudência, nessa esteira, acordão do STJ publicado em RT 661/231.

¹⁷⁵ Cf., novamente, NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 231).

¹⁷⁶ Na doutrina, confira-se BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5 p. 455) e NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 750, nota 7). Na jurisprudência, apenas para exemplificar, RT 606/95, 596/92; JSTF 14/154; RTJSP 107/198, dentre vários citados por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*ibidem*, p. 750, nota 7). Atualmente, contudo, é bastante discutível se o apelado estaria, realmente, desprovido de interesse para recorrer da decisão do juízo singular que indevidamente recebe apelação (especialmente na maioria dos casos em que, por força da regra geral do art. 520 do CPC, o recurso tem efeito suspensivo). Ora, tendo-se em vista o tempo necessário para que um recurso de apelação seja distribuído e julgado em alguns Estados da Federação (no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a distribuição de apelações em processos na área cível varia de três a cinco anos!), é evidente que o equivoocado juízo positivo de admissibilidade em 1ª instância, impedindo o cumprimento da sentença favorável ao autor, causa-lhe severo prejuízo. E, havendo prejuízo efetivo, irrompe inabalável o interesse recursal.

Segundo o mesmo raciocínio, podemos afirmar que o juiz também não estaria adstrito à preclusão se negasse seguimento à apelação (por, digamos, intempestividade), e o recorrente não *agravasse* dessa decisão. Segundo a mesma lógica, não haveria impedimento para que o juiz se convencesse depois, e mesmo que fora da via da retratação que seria provocada pelo agravo, de que a apelação antes inadmitida fosse tempestiva, determinando seu processamento.

Haveria, na espécie, situação similar àquela em que o juiz de primeiro grau se omite em remeter os autos à instância *ad quem* para o reexame necessário (art. 475 do CPC). Segundo entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal,¹⁷⁷ sufragado também pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁷⁸ considera-se que tal sentença jamais teria transitado em julgado. Apesar da distinção de efeitos entre recurso voluntário e reexame necessário, o paralelo ilustra bem a situação.

Esse raciocínio pode se aplicar a outros atos processuais, isto é, sempre que se tratar de controle da regularidade dos atos das partes, o juiz estará livre das preclusões para, se for o caso, rever o que já tiver decidido, mesmo à falta de provocação do interessado.¹⁷⁹

8.5.3 Poderes instrutórios do juiz

Prosseguindo, passamos à análise da preclusão de questões decididas na fase instrutória. Aqui, avulta a importância dos, hoje, amplamente reconhecidos poderes instrutórios do juiz,¹⁸⁰ especialmente por força do art. 130 do CPC.¹⁸¹

¹⁷⁷ Súmula 423: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex lege’.”

¹⁷⁸ RSTJ 105/438.

¹⁷⁹ Chegamos à conclusão similar àquela alcançada por CALMON DE PASSOS: “Até esta data ainda não consegui identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes do processo, daí afirmar que, entre nós, a preclusão não ocorre” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, cit., p. 136).

¹⁸⁰ Cf., por todos, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEMOQUE, na monografia *Poderes instrutórios do juiz*.

¹⁸¹ Na mesma esteira de ampliação do ativismo judicial na busca da verdade sobre os fatos litigiosos, vêm os arts. 342 (“o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”); 382 (“O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se a soma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas”); 418 (“O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte; II – a acareação de duas (2) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações”); 437 (“O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”); 440 (“O juiz de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse a decisão da causa”); e, finalmente, o art. 1.107, aplicável aos procedi-

Referido dispositivo já encontrava similar no Código de Processo Civil anterior (art. 117), mas as modernas teorias que pregam a instrumentalidade do processo, e que realçam o interesse público de que ele se reveste na solução dos conflitos, impuseram uma interpretação mais profunda de seu preceito.

Sob essa (moderna) ótica, a concepção de que o juiz, no processo civil, contenta-se com a *verdade formal* e no processo penal com a *verdade real* soa completamente ultrapassada.¹⁸²

Também se revela absolutamente inaplicável, hoje, a máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata parium* (apesar de continuar ser comumente invocada em doutrina), haja vista que a lei impõe ao juiz o poder(-dever) de atuar de ofício na instrução probatória, não se cingindo apenas àqueles elementos trazidos pelas partes.¹⁸³ Assim, segundo essa ótica atual, a característica *inquisitória* do processo civil acaba claramente enrijecida.¹⁸⁴

O espírito que norteia essa interpretação vem muito bem sintetizado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: "Se o processo é *direito público*, toda questão ligada ao interesse das partes fica, sob essa ótica, esmaecido. Não tem sentido, assim, falar-se em que o juiz tenha 'favorecido' uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade e, se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver favorecendo uma das partes, isso importa nada ou muito pouco. Quando os fatos a serem esclarecidos fazem com que emerge a verdade, no sentido de que B, e não

mentos especiais de jurisdição voluntária ("Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas").

¹⁸² Seja porque também no processo civil o juiz mostra-se empenhado em buscar, por seus próprios meios (conferidos, em nosso Código de Processo Civil, pelo art. 130), aclarar os fatos litigiosos (não se contentando com aquilo que resultar das provas aportadas pelas partes), seja porque o conceito de verdade traz sérias implicações filosóficas e, pode-se dizer, é inatingível no processo (civil ou penal), que se contenta em aceitar que os fatos sejam esclarecidos com um grau sempre crescente de probabilidade de certeza (cf. EXEBERRIA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 35)).

¹⁸³ Aliás, anteriormente já havíamos observado que o aumento dos poderes do juiz implica que haja uma série de questões cognoscíveis de ofício, de modo que ele não julgue mais *secundum allegata parium*. Agora, reconhecidos os seus poderes instrutórios, deixa também o magistrado de julgar *secundum probata parium*.

¹⁸⁴ Essa mudança de ótica acerca dos poderes do juiz se manifesta no direito material, também. Colhemos, ao acaso, o art. 1.191 do CC vigente: "O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. § 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão."

A, tem direito, não se pode dizer que o juiz esteja perdendo a sua neutralidade, deixando de ser imparcial ou 'pendendo' para uma das partes."¹⁸⁵

Apenas haveria divergência na doutrina atual quanto ao grau de variação do ativismo judicial, dependendo da natureza dos interesses em jogo.

BEDAQUE¹⁸⁶ defende que "mesmo aqueles que admitem um certo nexó entre a disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte defendem a iniciativa oficial quanto à prova", de modo que pouco importaria a natureza do direito material litigioso (apóia essa tese o disposto no art. 130 do CPC, que não distingue a natureza do litígio para conferir ao juiz poderes instrutórios).

No entanto, JOSÉ CARLOS B. PUOLI,¹⁸⁷ a nosso ver coberto de razão, pondera que "o grau de intensidade dessa atuação irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse. Essa ressalva atende à própria realidade do cotidiano forense, de forma que, não sendo possível fechar os olhos à situação fática, não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isso seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível".¹⁸⁸

Ademais, há certo limite (material) à atuação do juiz na determinação de provas de ofício. Com efeito, nos casos em que se mostra indispensável o concurso da parte — por exemplo, para realização de uma perícia determinada de ofício, o autor deve pagar os honorários respectivos, a teor do art. 19, § 2º, do CPC —, a omissão desta não dá outra alternativa ao juiz senão deixar de lado a realização da referida prova ou, como defendem ARAÚJO CINTRA¹⁸⁹ e CRUZ E TUCCI,¹⁹⁰ extinguir o feito sem exame de mérito, nos termos do art. 267, III, do CPC.

¹⁸⁵ *O novo regime do agravo*, p. 313, destaques do original.

¹⁸⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 93.

¹⁸⁷ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 27.

¹⁸⁸ O STJ proferiu lapidar acórdão, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (RT 729/155), segundo o qual o juiz deve exercer seus poderes instrutórios quando se está diante de causas de direito indisponível, ou quando se acha em estado de grande perplexidade, ou ainda quando houver manifesta desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. O entendimento acaba afinado com o que ensinava LIEBMAN (Fundamento del principio dispositivo, *Revista de Direito Processual*, p. 554, 1960) no sentido de que as causas cujo objeto envolva interesse público preponderante exigem uma atuação mais ativa do Estado. No entanto, o auto italiano infenso que era à idéia de poderes instrutórios amplos do juiz (haja vista sua concepção de princípio dispositivo e a idéia de que isso comprometeria a imparcialidade e neutralidade do juiz), afirma que nesses casos o Estado faz atuar o Ministério Público, mantendo a desvinculação do juiz da instrução probatória.

¹⁸⁹ *Abandono da causa...*, cit., p. 172-173.

¹⁹⁰ *Temas polêmicos...*, cit., p. 24.

Inobstante essas últimas questões, quando se trata da preclusão incidente sobre o exercício dos poderes instrutórios do juiz, é de se ver que se mostra ela bastante atenuada,¹⁹¹ de modo que o juiz que tenha indeferido produção de determinada prova pode, *a posteriori*, reconsiderar sua decisão,¹⁹² ou mesmo o inverso (muito embora, quanto a esse segundo aspecto, a doutrina prevalentemente seja contrária).¹⁹³ Atende-se, assim, à natureza dinâmica que a fase instrutória – diferentemente das demais fases do processo – ostenta.¹⁹⁴

Em linhas gerais, aplica-se aqui o mesmo raciocínio desenvolvido para as condições da ação e pressupostos processuais (item 8.5.1, *supra*) e controle da regularidade formal do processo (item 8.5.2, *supra*), ou seja, se a lei confere ao juiz o

191 Percucientemente, JOÃO BATISTA LOPES sustenta que a afirmação contida da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de que “para indagação da verdade, o juiz não estará adstrito a preclusões” aplica-se igualmente no processo civil (Breves considerações..., cit., p. 49).

192 Assim, dentre outros, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 90-91) e JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 52). Afinal, como frisa CRUZ E TUCCI, “o processo dos sistemas da *civil law*, em matéria probatória, é caracterizado por um *work in progress*, uma obra aberta, não existindo preclusões no exercício dos poderes instrutórios do juiz” (*Tempo e processo*, p. 37).

193 Como já expusimos no texto Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido (*Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis*, v. 8, p. 208, nota 136): “Essa possibilidade já era admitida pelos doutrinadores que estudaram o art. 851, II, do CPC/39: ‘Não admitir a prova requerida’ é expressão usada em sentido lato. Cabe assim o recurso, não só quando o juiz inicialmente não admite, como ainda quando a admitiu, mas ulteriormente impediu de a produzir” (FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 4, p. 229, com amparo em lição de ALFREDO BUZAD). Hoje, à vista do incremento dos poderes do juiz na direção do processo, com muito mais razão soa-nos lógico admitir essa possibilidade. Mesmo porque o art. 130 do CPC dá poderes ao juiz para indeferir diligências inúteis, e a inutilidade de uma determinada prova pode ser superveniente a seu deferimento quando, por outro meio, o juiz já tenha se convencido do fato incontroverso probando.” No mesmo sentido aqui defendido, pronunciou-se FÁBIO LUIZ YARSHIEL (*Ação rescisória...*, cit., p. 112). No entanto, contrariamente a essa posição manifestaram-se vários monografistas já amplamente citados neste estudo, quais sejam, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 92), TALAMINI (Saneamento do processo, cit., p. 104) e DANIEL ASSUMPTIO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 255-258), todos entendendo haver aí “cerceamento de defesa”. Não atinam referidos autores para o fato de que o prejuízo de decisão desse jaez é meramente potencial, pois a parte que seria beneficiada pela prova cuja produção foi indeferida poderá sagrar-se vencedora independentemente dela, de modo que só se poderia falar em *cerceamento de defesa* após o proferimento de sentença.

194 Ensina-nos BONA CAVALLARI (Le preclusioni e l'istruzione probatoria..., cit., p. 903): “Le attività probatorie, invece, non rappresentando momenti necessari di collegamento o di passaggio da un atto all'altro del procedimento, si pongono alla stregua di un criterio diverso da quello di un ordine cronologico necessario. Il loro compimento è previsto, ma entro stadi o fasi processuali oltre i quali l'assunzione di prove è preclusa.”

poder de agir de ofício no terreno probatório, também é razoável que se desvincule o poder de rever decisão anterior da iniciativa da parte de dela recorrer.¹⁹⁵

Veja-se, aqui, que não pretendemos discutir se os poderes instrutórios do juiz seriam *concorrentes*, *substitutivos* ou *subsidiários*.¹⁹⁶ à iniciativa das partes – até porque estranha é essa questão ao objeto do nosso estudo –, mas simplesmente afirmar que o art. 130 do CPC deixa as decisões nesse terreno a salvo da preclusão, pois dota o juiz – enquanto autoridade a quem compete a direção do processo – de poderes para definir que provas têm de ser produzidas. E essa iniciativa independe daquela das partes.

Contudo, é necessário ressaltar que, como a produção de provas é destinada não só ao magistrado singular, mas também ao tribunal, uma prova que aquele reputou desnecessária pode ser reconhecida útil pelos membros deste, e sua produção pode ser determinada por ocasião do julgamento de um recurso de apelação (pelo instituto, pouco usado infelizmente, da conversão do julgamento em diligência, previsto no art. 560, parágrafo único, do CPC e agora reforçado pelo art. 515, § 4º, introduzido pela Lei nº 11.277/2006).¹⁹⁷ E isso nos parece válido mesmo se a parte a quem a prova poderia beneficiar não tiver recorrido da decisão do juiz *a quo* que a dispensou, e mesmo que não tenha alegado na instância *ad quem* o chamado “cerceamento de defesa”.¹⁹⁸

195 TALAMINI (Saneamento do processo, cit., p. 103) observa justamente que o art. 130 do CPC não dá apenas poder ao juiz de ordenar provas de ofício, mas que seu texto permite a interpretação de que ele não fique amarrado por preclusão, podendo deferir prova que antes houvesse indeferido.

196 Sintetizando a doutrina que estudou o *ônus da prova* em três correntes principais, confira-se PUOLI (*Os poderes do juiz...*, cit., p. 48-50), com vasta referência bibliográfica.

197 Já lamentamos a escassa aplicação prática desse dispositivo de lei no nosso Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 209. Parece-nos que o legislador também atentou a esse detalhe, e resolveu (por meio da Lei nº 11.277/2006) introduzir um novo parágrafo (o 4º) ao art. 515 do CPC, que do ponto de vista técnico nada acrescenta ao art. 560 (exceto pela sua redação mais clara e precisa). Resulta claro que o escopo dessa reforma foi muito mais educativo, do que propriamente técnico, eis que o arcabouço legislativo para a conversão do julgamento em diligência já existia.

198 Aliás, é de notar que, se a parte não recorre da decisão que indefere prova cuja produção querera, não poderá posteriormente acoirar de *inválida* a sentença que lhe for desfavorável sob o fundamento de *cerceamento de defesa*. Nesse sentido, vem acórdão do 2º TAC/SP que entendeu que: “Não há que se falar em cerceamento de defesa, por preclusão da questão, se da sentença que dispensou a produção de prova oral não foi interposto nenhum recurso” (Ap. s/ Rev. 711.197-00/3, 10ª Câm., rel. Juiz Nestor Duarte, j. 03.09.2003). Com efeito, a reforçar os argumentos do aresto citado, seria caso aqui de *nulidade relativa*, pois a parte tem de levantar-se contra a restrição na primeira oportunidade que tiver, sob pena de preclusão, ex vi art. 245 do CPC (nesse sentido, CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 156-157).

Todavia, nem por isso o juiz ficaria impedido de, *a posteriori*, rever, *ex officio*, a decisão que a parte prejudicada deixou de impugnar, máxime porque o art. 130 do CPC lhe dá esses poderes. Por deradeiro, convém observar que a decisão que defere produção de provas antes indeferida não é, propriamente, um reconhecimento da nulidade da decisão anterior (pois, se nulidade alguma havia, foi ela sanada pela inércia da parte interessada), mas sim demonstração do exercício regular de um

Essa parece ser a interpretação do art. 130 do CPC mais consentânea com o princípio basilar do processo, que é servir de instrumento ao *acesso da ordem jurídica justa*, o que influi de modo marcante no regime de preclusões.

8.5.4 Poderes do juiz na utilização dos meios de apoio à execução e à efetivação da tutela antecipada

As recentes reformas processuais dotaram o juiz de poderes antes quase desconhecidos em nosso sistema. E dentre eles destacam-se, justamente, os *meios de apoio* para a execução definitiva de obrigação de fazer e não fazer (art. 461), dar coisa (art. 461-A), bem como, no que couber, para a efetivação das medidas anticipatórias de tutela dessa natureza (ex art. 287 do CPC).

A tônica dessas modificações é, sem nenhuma sombra de dúvida, privilegiar a *execução específica* das obrigações, tornando-a sempre preferível à conversão em ressarcimento de danos.

Para tanto, o sistema permite ao juiz valer-se de duas ordens de meios: os de *sub-rogação* e os de *coerção*. Os primeiros substituem a vontade do devedor recalcitrante e promovem o cumprimento do comando judicial mediante ordem a ser cumprida por auxiliares da justiça.¹⁹⁹ Os segundos agem no íntimo do agente, compelindo-o a adimplir o dever que lhe é exigido para afastar situações desvantajosas para si.

Para demonstrar que o exercício de tais poderes não se sujeita à preclusão, o primeiro dado relevante, aqui, é que o exercício de tais poderes independe de pedido da parte. De fato, o art. 461 do CPC, que trata da execução das obrigações de fazer e não fazer, dispõe em seu *caput* que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Mais explicitamente, no seu § 4º vem disposto que o juiz poderá impor multa diária ao réu “independentemente de pedido do autor”. Ademais, o rol de medidas trazido no § 5º pode ser utilizado “de ofício ou a requerimento”. E, finalmente, o § 6º dispõe que o juiz pode, “de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. No § 3º do art. 461-A, instituído pela Lei nº 10.444/2002, relativo à execução das obrigações de dar coisa, aplica-se subsidiariamente o art. 461.

Poderíamos seguir a mesma lógica que permeou os itens anteriores, e afirmar que em se tratando de matérias que o juiz conhece de ofício, desconsiderando-

poder (-dever) do magistrado, que, uma vez inspirado no interesse público, não se condiciona pelo princípio dispositivo que informa as posições jurídicas das partes. Sob essa perspectiva, põe-se em relevo novamente a idéia de que preclusão de ônus processuais é diferente da preclusão que recai sobre questões incidentais.

199 Vide, a propósito, MARINONI (*Tutela específica*, p. 71-77).

se a inércia da parte em alegá-las, também seria forçoso desconsiderar a inércia da parte interessada em recorrer de decisão que verse referidas questões. Assim, poderia o juiz revogar ou modificar decisão anterior nesse mister, de ofício, e a qualquer tempo. Entretanto, não só isso nos conduz à conclusão de inexistir, na espécie, preclusão.

De fato, as normas acima referidas orientam-se pelo (ouvável) propósito de efetivação prática das decisões judiciais. Desse modo, até que esse resultado seja alcançado, pode o juiz tomar todas as medidas que se apresentarem como necessárias para o caso concreto. O espírito que norteia esses dispositivos, sem dúvida, inspira-se no interesse público de eliminar uma crise de satisfação e extirpá-la definitivamente do mundo dos fatos, como condição para a pacificação social e restabelecimento da ordem jurídica.

Ademais, o § 5º do art. 461 do CPC – aplicável às execuções de obrigação de fazer e não fazer, e aplicável às execuções de obrigação de dar (ex § 3º do art. 461-A) – faz uma enumeração meramente exemplificativa dos meios de apoio,²⁰⁰ de maneira que outros não contemplados no texto da lei podem ser empregados pelo magistrado, desde que – como leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO – “se mostrem necessários, suficientes e proporcionais”.²⁰¹ É o que se convencionou chamar de *atipicidade dos meios de apoio*.

Com isso, o legislador atende à natureza dinâmica que os fatos concretos ostentam, e permite que, à vista dessas características, o juiz tenha liberdade para eleger o meio de apoio que, ao caso concreto, mais pareça adequado.

De outro lado, se aquele determinado meio de apoio eleito demonstrar-se incapaz de produzir o resultado prático que do processo se espera, é lógico que o juiz está livre para substituí-lo por outro, mesmo sem requerimento da parte. Trata-se de dado intrínseco ao sistema, que se revela, ademais, no art. 461, § 6º (que contém permissão de elevação ou diminuição do valor ou da periodicidade da multa cominatória imposta ao devedor). Tem-se, afinal, o que DINAMARCO chamou de *princípio da adaptabilidade*.²⁰²

Assim, emerge absolutamente indubitoso que o juiz, ao valer-se desses meios coercitivos ou sub-rogatórios, não poderá estar amarrado pela preclusão, de tal maneira que, mostrada a ineficiência de um determinado meio de apoio eleito, pode o magistrado substituí-lo por outro, até que se obtenha a execução específica ou equivalente.

Aliás, tecnicamente (e de acordo com as premissas lançadas no item 8.3.1, *supra*), é de se ver que não se poderia cogitar de preclusão para o juiz *alterar* o

200 Cf., v. g., TALAMINI (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 268-270).

201 *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1413, destaque do original.

202 *Instituições...*, cit., v. 4, p. 455.

meio de apoio eleito para uma execução de obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa para que seja ele mais efetivo, já que a decisão sobre a alteração da medida de apoio se embasa em uma situação fática diversa daquela que havia quando o meio foi originalmente eleito. Sendo diferentes as bases fáticas de uma e de outra decisão, sequer se poderia cogitar de preclusão. Está aqui implícita a mesma idéia que permeia tanto o art. 471, I, quanto o art. 805, ambos do CPC.

8.5.5 Poderes administrativos do juiz

É comum ouvir que o magistrado, além de exercer poderes jurisdicionais, também desempenha poderes *administrativos*, e que estes não estariam sujeitos à preclusão.²⁰³

Sem adentrar no emaranhado de classificações acerca dos provimentos judiciais – inclusive para não nos desviarmos do nosso foco de atenção –, realmente não há dúvida de que o juiz não só desempenha funções jurisdicionais, mas também administrativas. BARBOSA MOREIRA²⁰⁴ faz essa exata observação e arrola, como exemplo, os “poderes de polícia” previstos no art. 445 do CPC, como “manter a ordem e o decoro na audiência” (inc. I), “ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente” (inc. II) e “requisitar, quando necessário, a força policial” (inc. III).

Para tentar confirmar a assertiva lançada no primeiro parágrafo deste item, pensemos, por exemplo, nas decisões tomadas pelo magistrado ao determinar às partes que paguem custas ou emolumentos judiciais.

Aqui, pode-se considerar que a atividade do juiz tem conteúdo administrativo, não jurisdicional, pois não diz respeito à entrega de um bem da vida em litígio, mas sim ao controle arrecadatório de uma tarifa pública, que é paga pela prestação do serviço público pelo próprio magistrado e seus auxiliares.

Caso tenha o magistrado se olvidado desse mister, por exemplo, despachando a petição inicial que não veio acompanhada do comprovante de pagamento de custas judiciais, ou ordenando citação mesmo a despeito de a parte não ter pago as despesas necessárias, ou de qualquer forma tenha reputado válido pagamento que não o tenha sido, nada o impedirá de voltar atrás, independentemente de recurso ou pedido da parte interessada.

Aqui não se aplica a preclusão porque existe a absoluta preponderância do interesse público, que gira em torno do controle da regularidade da arrecadação de um preço público, não se justificando em absoluto esteja o juiz amarrado por preclusões. Franqueia-se, assim, ao magistrado tanto a iniciativa de tratar dessa

²⁰³ Cf. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 153-161).

²⁰⁴ Reformas processuais e os poderes do juiz, *Temas de direito processual – oitava série*, p. 55.

matéria de ofício como de modificar ou revogar decisão anterior a respeito independentemente de recurso da parte interessada.

Essa discussão pode suscitar a delicada questão da impugnação ao valor da causa. De fato, o Código impõe ao réu o ônus de impugnar o valor da causa atribuído pelo autor, estipulando, em seu art. 260, um prazo peremptório (o mesmo da contestação) e uma forma específica (apresentação em peça apartada à contestação, para atuação em apenso).

Ora, uma das principais repercussões da atribuição do valor da causa é, sem dúvida, o pagamento da taxa judiciária (em alguns casos, como na justiça cível paulista e na justiça cível federal, não só das custas iniciais, pagas quando do aforamento da ação, mas também do preparo do recurso de apelação).

Se assim é, parece razoável que, para fins de controle de arrecadação dessa tarifa, o juiz esteja investido de poder para ordenar, de ofício, a correção do valor da causa para maior, quando devido independentemente da impugnação ao valor da causa. E, tendo em vista o interesse público que inspiraria tal medida, é razoável que não haja preclusões. Não faz sentido realmente que nesse caso em específico (correção do valor da causa para maior) se deixe ao alvedrio do réu impugnar o valor da causa (ainda mais dentro de prazo preclusivo), se a este também pode interessar a manutenção do valor da causa em patamares inferiores ao devido, por ser a base de cálculo de eventual preparo de apelação.

Por isso justifica-se que, havendo a finalidade arrecadatória, o juiz possa atuar para maior o valor da causa, de ofício, e sem incidência de qualquer tipo de preclusão, tendo em vista a preponderância do interesse público e o caráter administrativo dessa atuação. Aliás, de forma geral, sempre que a alteração do valor da causa atender ao interesse público (já que tal critério serve de parâmetro para definição de competência dos juizes, ou a definição do procedimento, por exemplo), justifica-se que o juiz possa agir *ex officio*, não podendo deixar ao arbítrio do réu promover o incidente de impugnação.

Entretanto, a despeito disso, a doutrina e a jurisprudência, provavelmente ainda apegadas a uma concepção ainda residualmente privatista do processo, e sem levar em conta a natureza desse ato judicial em especial, têm assentado que o juiz pode proceder de ofício, nessa hipótese, logo que recebesse a peça inicial. Depois disso, haveria preclusão. MONIZ DE ARAGÃO²⁰⁵ leciona justamente nesse sentido.

Não há, contudo, como avalizar tal opinião. Ou o juiz está agindo como agente arrecadador de recursos destinados ao erário (e, dessarte, não pode ficar amarrado pela preclusão, podendo ordenar de ofício e a qualquer tempo a majoração do valor da causa e consequente recolhimento de diferença de custas devidas), ou se deixa à disposição do réu provocar a revisão do valor atribuído à causa, não cabendo ao juiz proceder de ofício (seja antes, seja depois de despachar a peça inicial).

²⁰⁵ Preclusão (processo civil), cit., p. 181.

Justamente por isso é que também não podemos concordar com aresto do STJ que assentou que: “As regras sobre o valor da causa são de ordem pública; porém, não o modificando o juiz de ofício, nem o impugnando a parte contrária, preclui para esta o direito de discutir a matéria posteriormente.”²⁰⁶

A prevalecer a opinião consagrada no v. acórdão do STJ supra-aludido, bem como aquela defendida por MONIZ DE ARAGÃO, teríamos uma preclusão por omissão do juiz em decidir, ou então uma preclusão recaindo sobre uma decisão implícita, o que não se admite.

No item 8.3.5, *supra*, tivemos ensejo de refutar a idéia de que haja preclusão sobre decisão implícita ou preclusão da questão por omissão do juiz, lá afirmando que decisões implícitas não existem e que o juiz não pode perder o direito de proferir uma decisão, pois não se sujeita a nenhum ônus processual. Exemplificamos com a situação da incompetência relativa (item 8.1.3, *supra*) e da nulidade relativa (item 8.5.2 *supra*). A presente hipótese, por ser análoga aos exemplos anteriores, recebe a mesma solução.

Ademais, se o sistema reconhece ao juiz o poder de obrar de ofício quanto a tal matéria, não se pode conceber que haja, para ele, limites temporais para assim proceder, depois dos quais ocorreria a extinção do poder respectivo. Admitir isso seria aceitar que o juiz estaria sujeito a prazos próprios, o que a doutrina unanimemente rejeita.

Se o interesse que move o juiz em determinar a revisão do valor da causa é público, pode ele proceder de ofício, sem se cogitar da preclusão.

Se, de outro lado, não há interesse público a ser tutelado, a revisão do valor da causa só pode ocorrer mediante a provocação do réu, na forma e tempo previstos na lei. Nesse segundo caso, o juiz não pode agir de ofício porque a lei lhe veda esse poder e sujeita seu exercício à iniciativa da parte, não se podendo falar em *preclusão da questão por omissão do juiz*, ou muito menos de *decisão implícita coberta pela preclusão*. Simplesmente, para isso, o juiz está desprovido de poder.

Superada essa questão, podemos também observar a ausência de preclusão de questões nos processos de jurisdição voluntária, pois, afinal, aqui há apenas “administração pública de interesses privados”.²⁰⁷

Assim, não só o exercício dos poderes das partes é diverso,²⁰⁸ mas também o do juiz. E isso especialmente porque nos processos de jurisdição voluntária o exercício dos poderes-deveres do magistrado tem conteúdo administrativo e vem informado pelo art. 1.109, que dispõe que “o juiz não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita”.²⁰⁹

Isso nos autoriza a afirmar que o juiz pode rever suas decisões tomadas no curso de processos de jurisdição voluntária, mesmo que a parte interessada não tenha recorrido tempestiva e regularmente da referida decisão. Note-se, contudo, que isso só vale para os processos de jurisdição voluntária por excelência, em que não se verificar nenhum traço de litigiosidade.²¹⁰

8.5.6 Considerações conclusivas sobre as questões não sujeitas à preclusão – regra e exceção

O traço comum de todos os casos citados é um só: a preponderância do interesse público sobre o privado.

De fato, seja quando se trata do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (item 8.5.1, *supra*), seja também quando se enfoca o controle da regularidade formal do processo (item 8.5.2), seja ainda quando se cuida dos poderes instrutórios (item 8.5.3), coercitivos (item 8.5.4) ou administrativos do juiz (item 8.5.5), a lei determina que a ausência de iniciativa da parte seja desconsiderada e que o juiz possa conhecer de tais questões de ofício e a qualquer tempo.

Em alguns dos casos tratados, há dispositivo legal expresso que confere ao magistrado tais poderes(-deveres),²¹¹ e, quanto a alguns que não há estão previstos e, norma nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando cada vez mais que as decisões que tenham por objeto matéria processual podem

²⁰⁸ Como vimos no item 7.9, *supra*.

²⁰⁹ Isso não significa, de outra parte, que os atos dos sujeitos processuais nos processos de jurisdição voluntária estejam totalmente livres de qualquer formalidade e que poderiam bem reger-se como os atos jurídicos de direito privado (cf. BIENVENIDO GONZÁLEZ POVEDA *(La jurisdicción voluntaria, esp. p. 121 ss)*). Formalidades evidentemente há, pois a atividade judicial nos processos de jurisdição voluntária é pública, mas a norma processual referida acima atenua os seus rigores.

²¹⁰ De fato, certos procedimentos, embora encartados como de jurisdição voluntária, apresentam litígio e, dessarte, deveriam ser enquadrados como de jurisdição contenciosa. É o caso do processo de alienação de coisa comum que, como ressalta BÉDQUE, foi erroneamente inserido no item reservado aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (*Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 2602).

²¹¹ Isso é válido para o controle das condições da ação e dos pressupostos processuais (*ex vi* dos arts. 267, § 3º, 301, §§ 4º, 13, 113, todos do CPC), para exercício dos poderes instrutórios (arts. 130, 342, 382, 418, 437, 440 e 1.107, todos do CPC) ou coercitivos (art. 461, esp. §§ 4º, 5º e 6º do CPC).

²⁰⁶ 3ª Turma, v. u., E4-ASP 1793/173, citado por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 320, nota 258, 1b).

²⁰⁷ Conforme expressão da doutrina tradicional, como bem ressaltam, dentre outros, FREDERICO MARQUES (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 97 ss); CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 153); DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 319). Ainda a robar tal entendimento de que a jurisdição voluntária, a rigor, não tem conteúdo *jurisdicional*, mas sim *administrativo*, confira-se, na doutrina estrangeira, BIENVENIDO GONZÁLEZ POVEDA (*La jurisdicción voluntaria*, esp. p. 61-66).

(e devem) ser verificadas de ofício, a qualquer tempo, independentemente da provocação da parte.

Todavia, como já ficou claro na exposição até agora feita, parece razoável entender a aplicação dessas normas para desconsiderar a omissão das partes também para recorrer de determinada decisão que trate de referidas matérias, de modo que a ausência de recurso, pela parte interessada, não opera a preclusão sobre a questão decidida, podendo o juiz revogar ou modificar a decisão a qualquer tempo e de ofício.

É de se ter presente que a idéia que permeia a autorização de conhecimento de ofício de determinadas questões é a de que a ordem jurídica quer sejam elas enfrentadas e resolvidas corretamente. Por isso, o fato de a parte interessada não atuar seu direito de alegá-las não pode impedir o juiz de aplicar o direito objetivo escorreitamente.

Ora, se o juiz equivooca-se ao enfrentar pela primeira vez tais questões, não se pode dizer que “exauriu” sua função nesse mister, pois o ordenamento – ao conferir-lhe poder(-dever) de desconsiderar a iniciativa da parte e agir *ex officio* – toma por premissa a idéia de que, para restabelecimento da ordem jurídica, aquela determinada questão deve ser corretamente resolvida mesmo se o litigante interessado ficou inerte. Somente depois de ter dado à questão (de ordem processual, sobretudo) uma decisão conforme o direito objetivo é que o juiz terá restabelecido a integridade do ordenamento.

E veja-se que a possibilidade do juiz em equivoocar-se se baseia na constatação óbvia de que se trata de um ser humano e, como tal, sujeito a uma natural e atávica falibilidade.²¹² Já vimos que não é por outra razão que o sistema institui uma série de meios de impugnação às decisões judiciais: o faz, porque tem por premissa a possibilidade de que os magistrados se enganem.

Assim, se se desconsiderou a inércia da parte em suscitar determinada questão para que ela pudesse ser resolvida *ex officio* pelo juiz, caso ela não tenha sido corretamente decidida, não pode o ordenamento contentar-se com a omissão da parte interessada em recorrer. Pelos mesmos princípios que regem, nesses casos, a iniciativa oficial do juiz em analisar referida questão, justifica-se que, mais uma vez, se desconsidere a omissão do litigante em impugnar referida decisão, e possa o juiz alterá-la ou modificá-la a qualquer tempo, livre de preclusões.

212. O processualista português JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA (*Impugnação das decisões em processo civil*, p. 15) leciona que “o julgador, como todos os homens, embora imensamente rico de cabedais de inteligência, prudência e bom senso, mesmo que, no seu foro íntimo, se considere com a grandeza intelectual do sábio e a elevação moral do justo, esquecendo que no mundo tudo é vaidade, como advertia Salomão, não se acha liberto da mácula do engano”.

Sobre todas as decisões judiciais que, como atos de Estado que são, recaem uma presunção de legalidade,²¹³ e a regra geral é a de que só pode ser elidida pela impugnação da parte interessada (não havendo essa impugnação, não poderão as partes furtarem-se de render obediência e respeito àquele comando judicial). Todavia, o próprio magistrado que proferiu referida decisão deve estar autorizado a revogá-la ou modificá-la de ofício, de maneira que reconheça a ilegalidade da decisão anterior, e, quebrando a presunção que sobre ela recaía, exare em seu lugar outra, mais uma vez coberta da mesma presunção de legalidade.

Quando a questão analisada pelo magistrado de modo inadequado é de cunho processual, aquela mácula pode dar ensejo a um grave *error in procedendo* que, se não for reconhecido no curso do processo, pode pôr em risco a validade da sentença que vier a ser proferida, que passará a ficar exposta, por exemplo, a uma ação rescisória.

É exatamente nesse sentido a advertência de BARBOSA MOREIRA, a qual se mostra extremamente oportuna: “Os *errores in procedendo* costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesas, para o litigante que tem razão. Basta pensar nas decisões equivocadas acerca da competência, às quais se segue sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes”.²¹⁴ Essa razão, ainda, justifica a ausência de preclusão.

Mas, do mesmo modo que o sistema atribui ao juiz esse poder, ele o tira no momento em que sobrevém sentença e esta passa em julgado. Aí, sim, operar-se-ia, em caráter definitivo, a impossibilidade de o juiz se pronunciar sobre aquelas matérias, com a “sanatória geral das invalidades”.

Aplica-se, aqui, percutiente pensamento de LIEBMAN, colhido em um de seus últimos (senão último) escritos:²¹⁵ “enquanto de um lado as leis prevêem meios oportunos para garantir que as sentenças sejam o quanto mais possível justas e conformes ao direito, do outro lado, um esforço mais forte e intenso é dirigido a pôr um limite no prolongamento das lides”. É a exigência de que aos litígios seja posto um fim, consubstanciado na coisa julgada. Deixa-se aberta a porta, apenas,

213. Essa presunção de legalidade (de resto, inerente aos atos dos agentes do Estado, sejam eles do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo), explica, por exemplo, a necessidade de que seja, sempre, declarada a invalidade dos atos judiciais que desatenderem as prescrições legais (mesmo quando se trata de uma nulidade absoluta). A propósito, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 592).

214. Reformas processuais e os poderes do juiz, *Temas de direito processual* – oitava série, p. 65.

215. Unità del giudicato, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 235, 1986, em nossa tradução.

da ação rescisória, e mesmo assim com requisitos legais taxativos, e pelo exíguo prazo bienal.

Poder-se-ia dizer – fazendo coro à doutrina majoritária – que a ausência de preclusão se justificaria pelo fato de que determinadas matérias seriam de “ordem pública”. Entretanto, o direito positivo jamais se preocupou em delimitar quais matérias seriam de “ordem pública” e quais não. Ademais, esse conceito é extremamente vago e impreciso, tendo sido por algumas vezes empregado por regimes ditatoriais para justificar supressão de direitos dos cidadãos.²¹⁶ Finalmente, a doutrina afirma que não haveria coincidência absoluta entre o rol de matérias de “ordem pública” e o elenco de matérias cognoscíveis de ofício, sendo que o segundo abrangeria o primeiro, mas não se esgotaria nele.²¹⁷

Satisfaz-nos a idéia de que se a matéria é cognoscível de ofício – sendo de ordem pública ou não – a decisão judicial que a enfrenta está livre da preclusão. Vale repetir ainda uma vez: se o sistema reputou irrelevante a inércia da parte em arguir a questão, há de consecutariamente reputar irrelevante a omissão do interessado em dela recorrer. Para nossos propósitos não importa se há em jogo normas de “ordem pública” ou não.

Seja como for, ao cabo desse item, percebe-se claramente que o número de matérias livres da preclusão é vastíssimo, muito maior do que o número de casos em que se aplica a regra preclusiva geral. Isso se deve, contudo, a duas circunstâncias básicas: a *primetra* é a de que a esmagadora maioria das decisões proferidas no curso do processo versa matéria processual e a *segunda* é a de que as normas processuais são, salvo raríssimas exceções (que tivemos até dificuldades de apontar) normas cogentes, em que impera o interesse público (como, aliás, em todas as normas de “ramos públicos” do Direito, por assim dizer, como é o processo civil). Isso não afeta, contudo, a premissa básica da qual partimos: como regra, o juiz não pode se retratar de suas decisões.

Parece-nos, então, ter ficado evidenciado o fio que conduz a interpretação aqui empreendida, a respeito da identificação das questões que não estão sujeitas à preclusão.

²¹⁶ De fato, o ditador espanhol Franco editou em 30 de julho de 1959 a “Ley de Orden Público” que estipulava julgamentos sumários de atos que se consideravam atentatórios da “ordem pública”. A ditadura salvadoreña editou, em 1978, a “Ley de defensa y garantía del orden público”, igualmente com a finalidade de suprimir direitos civis. A versão brasileira desse tipo de diploma baseava-se em outro conceito vago, que outorgava amplos poderes ao Estado em detrimento de garantias individuais, qual seja o de “segurança nacional” (vide arts. 89-91 da Constituição Federal de 1967 e o Decreto-lei nº 314/67).

²¹⁷ A propósito, confira-se a profunda incursão de MAURÍCIO GIANNICO nesse terreno pantanoso, com apoio nas lições de BARBOSA MOREIRA, TERESA ARRUDA ALYIM WAMBIER e outros (*A preclusão...*, cit. p. 162-175).

8.6 Preclusão de questões e sobrevivência dos pedidos de reconsideração

Como vimos,²¹⁸ sob a égide das Ordenações do Reino português, franqueava-se ao juiz o poder de rever, de ofício, toda *sentença interlocutória* a qualquer tempo (Ord. Af., 3.67.2; Ord. Man., 3.48.pr; e Ord. Fil., 3.65.pr). Isso representava uma contradição incontornável: se o juiz poderia rever a decisão interlocutória de ofício a qualquer tempo, não haveria razão para que se vedasse à parte que pedisse essa revisão por requerimento formulado em qualquer momento. Vale dizer: por que impor à parte prazos peremptórios para exercer o ônus de interpor o recurso de agravo das interlocutórias inapeláveis, se o juiz pode mudar aquela decisão sempre que reputar conveniente? Anteriormente concluímos que isso se deve à gênese do recurso de agravo como pedido de reconsideração, sem forma de juízo, inicialmente proibido, mas que a prática passou a admitir, até redundar em sua ordinarização.

Essa contradição já não se encontrava no Código de Processo Civil de 1939, em que pese a influência que esse diploma ainda sofreu das Ordenações. Como vimos, à vista do seu art. 288 (“Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios...”), a doutrina, embora criticando sua imperfeição técnica, nele identificava o princípio de que as interlocutórias das quais não cabia recurso poderiam ser modificadas pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte a qualquer tempo.²¹⁹

Assim, sob aquela sistemática, era inevitável que houvesse pedidos de reconsideração das interlocutórias irrecuráveis (que, diferentemente dos recursos, não estão sujeitos a termos ou prazos, já que o poder do magistrado de rever as questões incidentais não teria limites), para não falarmos de outros remédios de impugnação não recursais, como a correição parcial e o mandado de segurança.

Das demais interlocutórias, tipificadas em seus arts. 842 e 851, contra as quais cabia agravo de instrumento ou no auto do processo, respectivamente, a omissão da parte em recorrer importava em *preclusão*. Ou seja, já se fazia, desde aquela época, a associação entre a irrecurabilidade das interlocutórias e sua imutabilidade.

A partir do momento em que, pelo Código de Processo Civil de 1973, se instituiu o regime de ampla e irrestrita recorribilidade das interlocutórias, consagrou-se definitivamente o primado de que, *se a parte não recorrer de qualquer das interlocutórias lançadas no curso do processo, opera-se a preclusão*. Contudo, a atual lei processual passou a afirmar que determinadas questões (como as relativas às condições da ação e pressupostos processuais, conforme o art. 267, § 3º, do CPC) podem ser analisadas pelo juiz a qualquer tempo.

²¹⁸ Item 2.5.7, *supra*.

²¹⁹ Item 2.8, *supra*.

Assim, somos forçados a concluir que a contradição existente nas Ordenações do Reino português, que havia sido superada pelo Código de Processo Civil de 1939, revigorou-se em nosso atual ordenamento processual.

De fato, várias questões estão a salvo da preclusão, o que significa dizer que o juiz pode revê-las *ex officio*, e a qualquer tempo, mas todas as interlocutórias são recorríveis. Afinal, séculos depois de evolução da ciência processual, voltamos à mesma situação encontrada nas Ordenações lusitanas, pois as partes têm o ônus de recorrer de determinadas decisões apesar de os juizes poderem revê-las de *ofício* a qualquer tempo.

Por tudo isso é que o fato de existirem questões que não se sujeitam à preclusão implica que, quanto a elas, se admitam os pedidos de reconsideração que, apesar de comuns no cotidiano forense, não têm previsão legal. Essa conclusão decorre de razões puras e simplesmente lógicas: se o juiz pode rever a decisão de *ofício*, o que impediria a parte de provocar o exercício desse poder?²²⁰

É nesse sentido a acurada lição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:²²¹ “Pode-se dizer que o fato de haver ou não pedido de reconsideração é tecnicamente irrelevante. Em verdade, pois, ao pedido de reconsideração só pode seguir-se a alteração da decisão nos casos em que o juiz poderia, até mesmo sem o pedido, alterar sua decisão. E a alteração da decisão há de ser fundamentada, como se de outra decisão se tratasse, porque, na realidade, é outra decisão” (destaques do original).

Adiante a autora exemplifica: “Nada impede que a parte que viu seu pedido de produção de determinada prova indeferido, entre com um pedido de reconsideração. E o juiz, embora ‘provocado’ por este pedido, pode reconsiderar mas por que se terá convencido da importância da prova. Dessa forma, há de fundamentar esta nova decisão, que só poderá ser proferida porque a primeira não terá gerado preclusão, e não propriamente por causa do pedido de reconsideração.”²²²

Portanto, o pedido de reconsideração seria um mero ato de provocação do poder imanente que o magistrado detém, o qual poderia ser utilizado mesmo sem

220 É, *mutatis mutandi*, a mesma ideia que permeia o art. 303, II, do CPC, isto é, se o juiz pode conhecer de determinadas matérias de *ofício*, o réu pode provocar o exercício desse poder mesmo se sua contestação não versou sobre referidas questões. E tanto é verdade que o sistema aceita essa ideia de que a parte pode provocar uma decisão que o juiz poderia tomar de *ofício*, que o art. 267, § 3º, *fine*, do CPC prevê uma penalidade (pagamento das custas pelo retardamento) para a parte que não suscita na primeira oportunidade (pagamento das matérias referidas nos incisos IV a VI do mesmo artigo, isto é, falta de condição da ação ou de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, perempção, litispendência e coisa julgada).

221 O novo regime do agravo, p. 308.

222 *Ibidem*, p. 319.

esse pedido. E, como assevera TERESA WAMBIER, o exercício desse poder não é feito para atender ao pedido da parte.^{223,224}

Assim, o tal pedido de reconsideração não apresenta autonomia científica alguma, ou sequer previsão legal, não impõe seja exercitado em contraditório e nem está sujeito a formas ou prazo, mas é logicamente insito ao sistema, quando se trata de enfocar questões que não se sujeitam à preclusão.

Desenhado esse quadro, conseguimos, mais uma vez, enxergar traço de distinção entre a preclusão de ônus processuais e a preclusão de questões: uma vez transcorrido o prazo para agravo de decisão que, por exemplo, rejeita preliminar de falta de interesse processual, sucede a preclusão do direito ao recurso; mas a questão resolvida, por sua natureza, não ficará preclusa, e o juiz poderá reanalisá-la de *ofício* (ou por provocação da parte, a qual não se revestirá das formalidades de um agravo).²²⁵

223 Ovídio BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 217) tece consideração que, *mutatis mutandis*, se aplica muito bem à argumentação por nós expendida: “O princípio da preclusão, todavia, não alcança as nulidades absolutas das quais o juiz poderia conhecer de *ofício* (artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil), nada impedindo, nestes casos, que a própria parte, que deixara de alegar oportunamente a existência de nulidade, o faça tardiamente. Contudo, nesta hipótese, a intervenção da parte corresponderia mais a uma colaboração sua do que propriamente a um pedido de decretação de nulidade”.

224 Realmente, ao formular um pedido de reconsideração, a parte não está exercendo um direito textualmente assegurado pela lei. De fato, não se poderia cogitar uma interpretação extensiva do art. 303, II, do CPC, de modo a autorizar a parte não só a suscitar pela primeira vez a questão cognoscível de *ofício* a qualquer momento, como também provocar o poder do juiz em revê-la. A norma refere-se apenas à alegação *novae*, e não à repetição de alegação já feita, enfrentada e superada pelo juiz. Não cabe, na espécie, um paralelo com a interpretação que se deu a vários dispositivos, como aos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC (conforme 8.5.1, *supra*), isto é, de maneira a afirmar que o juiz não está limitado pela iniciativa da parte somente para conhecer da questão pela primeira vez, como também para rever decisão nesse mister que tenha restado irrecorrida. A interpretação desses últimos dispositivos aludidos, como se viu, governa-se por princípios diversos justamente porque têm em foco os poderes-deveres do juiz e a necessidade que o sistema impõe de que referidas questões recebam correta decisão, inobstante a inércia da parte interessada em fazê-la valer. Assim, essa mesma interpretação extensiva, *mutatis mutandis*, não valeria para os ônus das partes insculpidos nos arts. 300 e 303 do CPC, haja vista que as posições jurídicas por essas ocupadas são bastante diversas daquela assumida pelo juiz.

225 Acolhendo precisamente esse entendimento, tem-se acórdão proferido em 21.09.1993 pela 13ª Câmara de Direito Privado do TJSP sob relatoria do Des. Corrêa Vianna, nos autos da Apelação 218699-2, e publicado na RJ 149/22: “Em se tratando de pressupostos processuais e das condições da ação, pode haver preclusão para a parte, não porém para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição, reexaminá-los, não estando exaurido seu *ofício* na causa.”

E tanto esse pedido é plenamente dispensável que a sua apresentação não gera efeito algum de interrupção ou suspensão do prazo para agravo, conforme, aliás, assenta a torrencial jurisprudência de nossos tribunais.²²⁶

Por derradeiro, poder-se-ia pensar que essa possibilidade de formulação de pedidos de reconsideração seria um direito assegurado pelo sistema à parte e que sua prática, ainda que reiterada, não poderia gerar pena, por exemplo, por litigância de má-fé (tratar-se-ia de uma excludente de ilicitude, consistente no exercício de direito assegurado pela lei).

Entretanto, tal afirmação não pode ser aceita. Primeiramente, como vimos, o pedido de reconsideração não tem embasamento legal (nem mesmo no art. 303, II, do CPC), mas surge, como decorrência do modo como o sistema é estruturado. De outro lado, ainda que se pudesse reconhecer que o direito ao pedido de reconsideração estaria implícito no sistema, a saída está em distinguir o uso regular do uso abusivo do direito, sendo este último aquele manifestamente desproporcional aos fins que a lei lhe destina, e que, dessarte, se equipara ao ilícito, na esteira, aliás, do art. 187 do CC vigente.

Assim, aquele que, invocando sempre as mesmas razões, procura provocar a retratação de decisão que, expressamente, as rejeitou está agindo de modo abusivo e, portanto, pode ser reputado como litigante de má-fé.²²⁷

8.7 Preclusão relativa às decisões sobre tutelas de urgência²²⁸

Discute-se muito se haveria preclusividade acerca das decisões liminares que concedem tutela jurisdicional de urgência, ou seja, se a decisão que denega limi-

nar pleiteada pode ser posteriormente desconsiderada para concessão da medida, e vice-versa, bem como se é possível (nos termos do art. 273, § 4º, e art. 807, ambos do CPC) alterar decisão liminar anteriormente prolatada.

Alguns defendem que a liminar poderia ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo juiz, sempre que este se convencesse de que a medida não fosse acertada, seja no terreno das medidas cautelares,²²⁹ seja em antecipação de tutela.²³⁰ Todavia, a questão já foi objeto de nossa preocupação anteriormente, oportunidade em que chegamos a conclusão diversa²³¹ – na esteira, aliás, de robusta doutrina²³² –, ou seja, de que a revogação ou modificação de liminar anteriormente concedida (assim como, parece-nos, a concessão da liminar anteriormente denegada) só tem lugar quando o estado de fato se alterou, ou se foram coligidos aos autos outros elementos probatórios, permitindo um aprofundamento na cognição judicial.

Há, portanto, preclusão. Explicamos.

É milenar a concepção de que as decisões judiciais devem tornar-se estáveis, a fim de evitar a eternização dos litígios (e das incertezas jurídicas) e suas consequências negativas para a agregação da sociedade. Tanto assim que, desde a Antiguidade, todas as sociedades civilizadas que atingiram alguma evolução na distribuição da justiça criaram mecanismos para impedir que litígios, já resolvidos, fossem novamente repetidos, de maneira que o bem da vida atribuído ao litigante vencedor ficasse definitivamente em seu poder, imune a ataques do litigante vencido. Exatamente por isso que se costuma dizer que a coisa julgada, antes de

²²⁶ RSTJ 95/271; JTA (RT) 85/410, 97/251, 104/347; JTA 97/251; RT 595/201, e ainda, no STJ (2ª T. – Resp 13.117-CE – rel. Min. Hélio Mosimann – j. 16.12.1991 – v. u. – BAASP 1738/108, de 15.4.1992); no TJSP (3ª Câmara de Direito Privado – AI 83.786-4-SP – rel. Des. Antonio Mansur – j. 11.8.1998; v. u. – JTJ 228/213) e no 2º TAC/SP (5ª Câmara – AI 502.018-0/8 – rel. Juiz Dyrceu Cintra – j. 27.8.1997 – v. u. – BAASP 2027/77-e, de 3.11.1997).

²²⁷ Conforme já entendeu a jurisprudência: JTA 172/69; JTJ 162/79, conforme THEOTONIO NEGRÃO, notas 19 e 28 ao art. 17 do seu Código de Processo Civil, e legislação processual em vigor, p. 120-121.

²²⁸ Em que pese o longo esforço doutrinário de se afirmar a autonomia do processo cautelar (e, consequentemente, da diferença da liminar nele concedida e da antecipação de tutela ex arts. 273 e 461 do CPC), a reforma operada pela Lei nº 10.444/2002, ao inserir o § 7º do art. 273, deu à questão conformação diversa, tornando despicenda, a essa altura, qualquer tentativa de diferenciação entre as espécies. E isso sobretudo em face do entendimento doutrinário de que a *fungibilidade* de meios prevista nesse novel dispositivo seria de “mão-dupla” (assim, DINAMARCO, em *A reforma da reforma*, p. 92). O capítulo presente trata, então, do gênero *tutela de urgência*, com clara devoção ao trabalho de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).

²²⁹ V. g. GALENO LACERDA (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, p. 280-281).

²³⁰ Há muitos autores que se limitam a afirmar a revogabilidade ou modificabilidade da decisão antecipatória a qualquer tempo, sem nenhuma ressalva (v. g., NERY JR. e ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 651, nota 36 ao art. 273).

²³¹ “Na seara das liminares (tanto no âmbito cautelar quanto no da antecipação de tutela), a doutrina pacificou o entendimento de que, apesar de sua natureza intrinsecamente provisória e precária, a revogação da liminar concedida, ou a concessão da liminar antes indeferida, só pode ocorrer quando houver uma mudança no estado dos fatos objeto do litígio, ou quando o aprofundamento da cognição apontar situação diversa daquela que embasou a decisão concessiva ou denegatória anterior” (Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 183, nota 72).

²³² Defendendo a mesma tese ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 410-411); CALMON DE PASSOS (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, p. 47); J. E. CARREIRA ALVIM (A tutela antecipada na reforma processual, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 91) e JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, t. 1, p. 292-293), dentre outros.

ser uma exigência jurídica, é uma imposição sociológica,^{233,234} ou mesmo de ordem lógica.²³⁵

Ora, se é verdade que a pacificação social exige a coisa julgada como fator que confere estabilidade à detenção de determinada situação jurídica ou bem da vida pelo litigante vencedor, em face do vencido, é evidente que as tutelas de urgência – que também asseguram ao contendor beneficiário o gozo de uma situação jurídica ou de um bem da vida, ainda que provisoriamente –, devem ter uma estabilidade similar, por não se poder aceitar a insegurança que se provocaria se o juiz pudesse, a todo o momento, alterar essa atribuição provisória a um dos litigantes, sem qualquer tipo de freio.

Nesse diapasão observa DANIEL ASSUMPTÃO NEVES²³⁶ que “a insegurança jurídica advinda de mudanças de opiniões de juízes seria mais prejudicial do que a manutenção de certas situações que ocasionem prejuízo a uma das partes, ainda que fundadas em erros de interpretação do juiz quando analisa a liminar”. O autor ainda adverte dos riscos que a sucessiva mudança de juízes – tão comum nas grandes comarcas – poderia gerar aos processos em curso.²³⁷

E nem se diga que a exigência de fundamentação, prescrita pela parte final do art. 273, § 4º, do CPC para as decisões que modificam ou revogam provimentos antecipatórios de tutela, já seria suficiente para permitir que o juiz alterasse decisões nessa seara quando lhe conviessem.

²³³ Nesse sentido é a emblemática lição de CHIOVENDA: “Savigny osservò giustamente che questo istituto non ha nulla di assoluto e necessario. Infatti, dal concetto dell'ufficio del giudice deriva bensì naturalmente che la sentenza debba mandarsi ad esecuzione forzata, finché essa sta, ma non che debba tenersi in futuro come norma immutabile dal rapporto deciso: il riesame indefinito della controversia parrebbe anzi più conforme a giustizia. Sono ragioni d'opportunità. Riguardi all'utilità sociale, che fanno porre un termine alla indagine giudiziaria, e trattare la sentenza come legge irrevocabile pel caso concreto. [...] Solo di mano in mano, col moltiplicarsi dei rapporti, coll'estendersi dei commerci, si frena quella libertà di critica, fino a restringerla a termini perentorie. Cominciano dunque col liberarsi dall'idea, spesso ritornante ancora nei nostri scritti, che la cosa giudicata sia un istituto di ragion naturale 'comune a tutti i popoli'” (Sulla cosa giudicata, cit., p. 409).

²³⁴ O processo da *common law* (tecnicamente muito diferente do processo de base romano-germânica) também abraça a necessidade de estabilidade das decisões: “Litigation is troublesome and expensive, not only for the litigants themselves, but also for society in general, some of whose impartial members may be directly involved as jurors. The parties should not be allowed to litigate the same matter again. One fair day in court is enough. There must be an end to litigation” (CASAD, *Res Judicata...*, cit., p. 2-3).

²³⁵ “Non si dovrebbe, secondo me, costurare una teoria del giudicato senza prima cercar di pensare il valore logico; il valore giuridico ha, invero, nel valore logico del giudicato la sua premessa” (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 255).

²³⁶ *Preclusão pro iudicato...*, cit., p. 181.

²³⁷ *Ibidem*, p. 203.

Essa regra não se mostra apta a garantir segurança jurídica aos litigantes, seja porque a exigência de fundamentação é inerente a qualquer decisão judicial (ex vi do art. 93, IX, da CF), seja porque cada “mudança de idéia” do juiz acerca da situação fática deduzida em juízo pode ser tão ou mais fundamentada que a anterior, seja ainda porque uma mesma situação litigiosa pode acolher dois ou mais pontos de vista iguais e plenamente sustentáveis sob os prismas fático e jurídico,²³⁸ e as *inclinações* do magistrado por um ou por outro ao longo do *iter processual* não podem implicar modificação ou revogação pura e simples das decisões anteriormente lançadas.

Enfim, por melhor que seja a motivação da decisão que revoga ou modifica a decisão antecipatória anteriormente proferida, ainda assim a exigência de segurança jurídica impõe uma interpretação mais restritiva e responsável quanto ao art. 273, § 4º, do CPC.

A exigência de fundamentação feita pelo dispositivo processual citado, quando muito, servirá para que os jurisdicionados fiquem cientes de quais elementos probatórios novos contribuíram para que a decisão antecipatória fosse modificada ou revogada (ou para que a liminar, antes negada, seja concedida), ou para que se demonstre de que modo a nova situação fática que deu ensejo à segunda decisão implicou entendimento diverso daquele esposado na primeira. A falta de elementos novos (fáticos ou probatórios), qualquer fundamentação, por melhor que seja, recairá sobre os mesmos elementos que havia quando prolatada a decisão anterior.

De outro lado, não se pode negar que a controvérsia acerca da existência ou não de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para concessão de medida liminar em ação cautelar, ou da existência de “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável”, para antecipação de tutela ex art. 273, I, do CPC, não deixa de ser *questão*, na acepção do termo acima delineado (item 8.2.1, *supra*), de tal modo que, resolvida, não pode ser alterada.

E isso sem falar nas medidas liminares que, a despeito de antecipatórias de tutela, não se fundam nos requisitos do art. 273 do CPC. É o caso das liminares em ações possessórias de força nova (art. 927 do CPC). Uma vez reconhecido que a posse invocada pelo autor não é de menos de ano e dia – mesmo depois de produzida a prova cabível, inclusive em audiência prevista no art. 928 do CPC –, e a decisão respectiva reste irrecorrida, opera-se a imutabilidade da questão.

Assim, a decisão do juiz que afirma ou nega a existência de força nova encerra solução de questão que – apesar de não fazer coisa julgada material (com efeitos extraprocessuais sobre demandas de *eadem re* futuras), por não se tratar de sen-

²³⁸ Sobre tudo se comungarmos do entendimento de EROS ROBERTO GRAU (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 35), de que “a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada”.

tença de mérito, como prevê o art. 467 do CPC – não pode ser revista no curso do processo, seja a requerimento das partes, seja por iniciativa do julgador.²³⁹

DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES²⁴⁰ põe justamente em relevo, com amparo em vasta doutrina, que a revogabilidade da liminar em ação possessória difere substancialmente da revogação de decisão antecipatória de tutela baseada no art. 273 do CPC, e TERESA WAMBIER²⁴¹ cita inúmeros julgados nesse sentido,²⁴² afirmando tratar-se de corrente majoritária.

Mas nem por isso se nega a natureza provisória e precária dos provimentos concessivos ou denegatórios das tutelas de urgência em geral, dentro de determinados parâmetros.

Com efeito, aprofundada a cognição judicial sobre os fatos controvertidos (com colheita de novas provas), ou alterado o estado de fato que havia embasado o provimento anterior, concessivo ou denegatório da liminar, não há impedimento algum para que a mesma questão volte a ser apreciada.²⁴³ Não fosse assim, estaríamos admitindo o absurdo de que decisão proferida com base em cognição superficial e, muitas vezes, sem exercício do contraditório vincule o juiz que a proferiu em momentos subsequentes, em que já houve aprofundamento da cognição.

Presentes tais circunstâncias (alteração fática ou probatória), não se cogita de preclusão da questão, pois sequer haveria identidade entre a primeira e a segunda decisão acerca da tutela de urgência pleiteada por um dos litigantes: a primeira baseou-se em um estado fático e probatório; a segunda embasou-se em uma situação diversa (seja porque a produção probatória lançou novas luzes sobre a cognição judicial, seja porque a alteração do estado de fato torna diversa a análise dos pressupostos necessários à concessão ou revogação de uma medida de urgência). TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER entende, de modo irrepreensível a nosso ver, que, “neste caso, não se trata propriamente de *alteração* de decisão anterior-

²³⁹ Assim há tempos lecionou CÂNDIDO DINAMARCO: “quando o E. Tribunal confirmou a denegação da liminar possessória – que se qualifica como medida antecipatória de tutela – e a partir de quando essa decisão se tornou irrecorrível, abateu-se sobre essa questão uma inafastável preclusão, a impedir que a ela se tornasse. Tal é o que emana de clara disposição contida no artigo 473 do CPC” (*Pfundamentos...*, cit., v. 2, p. 1343). Nesse exato mesmo sentido se pronunciou o STJ (RSTJ 42/494).

²⁴⁰ *Preclusão pro indicato...*, cit., p. 169-170.

²⁴¹ *O novo regime do agravo*, p. 325.

²⁴² *V. g.*, RT 561/140, 585/162, 589/224, 611/220, 639/166, 639/167; JTACSP (RT) 91/280.

²⁴³ Não pretendemos adentrar na espinhosa questão se é ou não possível a concessão de tutela antecipada *ex officio*, por ser absolutamente estranha ao objeto do presente trabalho. Pensemos, então, genericamente, na possibilidade de o juiz voltar a apreciar a questão, sem se cogitar se houve ou não provocação da parte.

mente proferida, mas de *nova decisão*, o que distancia esta hipótese da problemática da preclusão”.²⁴⁴

No terreno das medidas cautelares, há norma expressa nesse sentido, qual seja, aquela contida no art. 805 do CPC: “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”

Mas, ainda que não houvesse dispositivo desse jaez, podemos, para sustentar tal posição, traçar uma analogia com o que dispõe o art. 471, I, do CPC: pensando à relação processual e as relações jurídicas de direito material que nele vêm deduzidas como situações dinâmicas e mutáveis, o sistema não pode aceitar que a imutabilidade de uma decisão tomada com base em determinado suporte fático e probatório se mantenha se houve alteração dos fatos ou da prova. O mesmo entendimento acharia acolhida pelo art. 462 do CPC.

Assim, parece-nos serem essas as diretrizes que levam a uma interpretação mais razoável dos arts. 807 e 273, § 4º, do CPC, atenuando-se os excessos que sugeririam uma interpretação literal e mais afoita,²⁴⁵ sobretudo da expressão *a qualquer tempo* contida em ambos os dispositivos citados.

Enfim, avalizamos a precisa síntese de CASSIO SCARPINELLA BUENO, “Ao contrário do que é bastante comum ver na jurisprudência e, mais ainda, na ‘prática’, nem o ‘revogar’, nem o ‘modificar’, podem ser entendidos como um ‘pensar de novo’ ou, pior, ‘pensar melhor’. Esse luxo, de aprimorar pensamentos e decisão, não é dado a magistrado nenhum”.²⁴⁶

Poderiam dizer alguns que a interpretação aqui alvitrada é excessivamente rígida, se considerado que o juízo acerca da concessão ou não da tutela de urgência é sempre lastreado em cognição superficial, sem análise mais acurada do caso, e muitas vezes sem exercício do contraditório.

Mas a necessidade de conferir alguma estabilidade às decisões liminares recorre a interpretação por nós aqui defendida. Com efeito, se o réu não traz nenhum elemento fático ou probatório novo, no momento em que contesta a ação e formula pedido de reconsideração de liminar *inaudita altera parte* anteriormente concedida, é porque a cognição judicial desenvolvida no momento de deferimento da liminar já fora exauriente (abrangendo todos os elementos de fato e de prova pertinentes) e não superficial.

²⁴⁴ *O novo regime do agravo*, p. 319.

²⁴⁵ Para usarmos, aliás, a feliz expressão de JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, p. 289).

²⁴⁶ *Tutela antecipada*, p. 66.

Do mesmo modo, a falta do exercício do contraditório no momento de concessão de liminar *inaudita altera parte* não pode autorizar o juiz a simplesmente “voltar atrás”, porque se “arrendeu” da decisão anterior. O controle do desacerto da decisão liminar pode ser feito pela eficácia via do agravo de instrumento, na qual o interessado terá plena oportunidade de demonstrar o engano ocorrido.

Poder-se-ia pensar que o magistrado, como ser humano que é, está sujeito à natural falibilidade. Ora, a falibilidade humana pode gerar sentenças e acórdãos equivocados em qualquer órgão do Poder Judiciário (o que, aliás, serve de argumento para que se defenda a existência e manutenção de recursos variados em nosso sistema).

Dessa forma, esse argumento não se mostra apto, em absoluto, à defesa da completa modificabilidade das decisões em questão de tutelas de urgência, de modo que estamos plenamente convencidos da aplicação da preclusão nesse terreno, atenuando-se os excessos a que uma interpretação literal dos arts. 273, § 4º, e 807 do CPC conduziria.

8.8 Eficácia e autoridade das decisões sobre questões incidentais

O título deste item é abertamente inspirado no título da clássica monografia de LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*,²⁴⁷ pois nos parece que as conclusões a que lá chegou o processualista servem-nos, com os devidos temperamentos, ao objeto do nosso estudo no presente capítulo.

De fato, tomando-se por base a teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada – que é largamente aceita na doutrina brasileira e segundo a qual, ao lado da eficácia normal da sentença, temos a coisa julgada, identificada com a *imutabilidade* de seus efeitos, como qualidade deles –, podemos traçar um paralelo para explicar a relação entre preclusão de questões incidentais e eficácia das decisões interlocutórias.

Ressalve-se desde já que, propositalmente e para fins didáticos, desconsiderou-se que a coisa julgada material, e apenas ela, se alarga extraprocessualmente, e a simples preclusão de questões opera apenas endoprocessualmente.

Como bem ensinou LIEBMAN, o fato de a sentença ter sido prolatada já gera uma eficácia normal, enquanto ato imperativo de Estado, ainda que não seja ela imutável, por não ter havido trânsito em julgado, ou seja, sua eficácia não depende do advento da coisa julgada. Essas constatações não se anulam à vista do fato de que a eficácia natural da sentença possa ser obstada por um recurso (como o de apelação que, em nosso sistema, por força do art. 520, *caput*, do CPC, suspen-

de via de regra a eficácia da sentença),²⁴⁸ e uma evidência disso é a existência da hipoteca judiciária (art. 466 do CPC), como efeito secundário da sentença.

Com os comandos emergentes das decisões interlocutórias, podemos identificar fenômeno similar. A decisão interlocutória, assim como a sentença, é dotada desde logo de eficácia e pode de imediato produzir efeitos, estando preclusa ou não. Se interposto o recurso de agravo, evita-se o surgimento da *preclusão* sobre a questão, mas sua eficácia só ficará obstada na excepcional hipótese de o agravo ser de *instrumento*, e lhe for concedido *efeito suspensivo*.

Caso o recurso seja retido ou, mesmo de instrumento, se processe sem efeito suspensivo, a decisão será plenamente eficaz e produzirá todos os seus efeitos, mas nem por isso será imutável (justamente porque não foi coberta pela preclusão). É eficaz, porquanto ato imperativo emanado de autoridade estatal, mas não imutável, pois não imunizada pela preclusão.

Para termos idéia da repercussão que essas assertivas trazem ao processo, pensemos no caso de uma decisão interlocutória que acolhe uma exceção de incompetência relativa (decorrente de critério territorial). Atacada essa decisão por agravo retido, ou por agravo de instrumento que não recebeu efeito suspensivo, a decisão começa a produzir efeitos desde logo, de modo que a partir de então o processo deverá ser remetido ao juiz declarado competente.

A decisão, nessa hipótese, produziu seus efeitos normais; entretanto, a questão não está preclusa, ou seja, não é *imutável*, de modo que ulterior provimento do agravo retido ou do agravo de instrumento importará no *reenvio do processo ao primeiro magistrado que nele oficiou*. E, tratando-se de *error in procedendo*, a decisão agravada restará *anulada*, assim como todos os atos processuais que se lhe seguiram, e que não puderem ser aproveitados, nos termos dos arts. 248 e 249 do CPC.

Seria, em linhas gerais, o mesmo raciocínio aplicável à execução provisória. Realmente, já desde a reforma operada pela Lei nº 10.444/2002, a execução provisória pode dar azo à satisfação efetiva do credor; ou melhor, a eficácia do título no qual se embasa é equiparável àquela da sentença transitada em julgado, mas, como não é definitiva, sua revogação ou modificação implica o retorno das partes ao estado anterior (quando isso for materialmente possível).

²⁴⁸ Apenas uma ressalva deve ser feita a essa construção: BARBOSA MOREIRA observa, com agudeza, que a sentença sujeita à apelação não tem sua eficácia *suspensa* em razão da apelação: a eficácia já estaria repressada no momento do proferimento (ou *sob condição suspensiva*, aguardando-se o transcurso do prazo para apelação), de tal modo que o advento do recurso apenas daria continuidade a essa suspensão (*Comentários...*, cit., p. 255). Parece-nos, contudo, que isso não negaria a doutrina de LIEBMAN, já que, em razão de a sentença não produzir efeitos durante o prazo em que se aguarda a interposição de recurso pelo vencido (ou o trânsito em julgado), significa, em nosso entender, apenas um reconhecimento do fato de que a mera possibilidade de haver o recurso dotado de efeito suspensivo desaconselha que se realizem quaisquer dos efeitos da sentença.

²⁴⁷ Tradução de Alfredo Buzaid e Benvenuto Aires.

Com essas considerações, cremos ter avançado mais um passo na conceituação de preclusão, equiparando-a à coisa julgada no sentido de que ambas geram para a decisão sobre a qual recai uma “imunização de efeitos”.

8.9 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais

As conclusões alcançadas no item 7.1.1, *supra*, aplicam-se igualmente a essa segunda acepção de preclusão, isto é, a incidente sobre as questões processuais. De fato, e pelas mesmas razões invocadas naquela passagem, são de descartar as concepções de que essa modalidade de preclusão seria *fato processual*²⁴⁹ ou *sanção*.²⁵⁰

Assim, também essa modalidade de preclusão representa manifestação de um *princípio* (por apresentar-se como uma viga de estruturação do sistema processual, que decorre de uma interpretação sistemática das normas que o disciplinam, e que serve como base de orientação da regulação dos poderes do juiz no processo), sem deixar de ser um *instituto* (por apresentar contornos próprios, que o diferenciam de outros fenômenos processuais, e que podem ser entabulados cientificamente, como estamos aqui fazendo), e se revela uma *técnica processual* (pois, ao instituí-la, o legislador se inspira no propósito de dar objetividade e racionalidade no desenvolvimento do processo, cingindo os poderes do juiz dentro de determinados limites, impedindo-o de voltar a tratar de matérias que já tenha enfrentado e que a parte legitimada e interessada não tenha impugnado).

Todavia, o tema desenvolvido no item 8.8 *supra* suscita a equiparação da preclusão de questões com a coisa julgada. Partindo do mesmo raciocínio, poder-se-ia cogitar qual seria a natureza da preclusão de questões incidentais a partir dos estudos que, ao longo de inúmeros anos de elaboração doutrinária, foram desenvolvidos para explicar a natureza jurídica da coisa julgada.

Se a nossa doutrina processual amadureceu a ponto de abandonar vetustas teorias que explicavam a autoridade da coisa julgada como presunção (absoluta de verdade, ficção jurídica, verdade formal, ou coisa que o valha, em prol de uma concepção processual do fenômeno – consistente na *imunização* de efeitos da sentença de mérito (ou do comando nela contido), eliminando a incerteza e tornando virtualmente inútil perquirir se seria possível outra solução para o litígio –, com

²⁴⁹ A impossibilidade de o juiz rever determinada questão incidental é consequência jurídica da inatividade da parte interessada em recorrer da decisão (ou da inadequação do recurso apresentado). E esse dado, do qual decorre a preclusão sobre questões, pode, sim, ser considerado um fato processual.

²⁵⁰ Vale aqui acrescentar, com maior ênfase, que ilógico seria entender que o juiz fosse *penalizado* com a impossibilidade de rever uma decisão incidental em face da omissão da parte em dela recorrer.

muito mais força é de notar a natureza *processual* do fenômeno que implica esta-bilização das questões resolvidas no curso do processo.

Aqui, nem mesmo os adeptos de teorias substanciais da coisa julgada material poderiam alvitrar que a decisão sobre questões processuais seria apta a cons-tituir verdade formal, presunção ou ficção de verdade; simplesmente imuniza-se aquela decisão tomada no curso do feito, de maneira que não possa mais ser ela modificada ou revogada.

A parte pode perder o direito à prática de um ato, seja pelo decurso do tempo (*preclusão temporal*), ou por ter tomado atitude incompatível em momento anterior (*preclusão lógica*). Todavia, não se pode dizer que o juiz possa “perder” um “direito” de resolver questão incidental anteriormente resolvida, simplesmente porque o juiz não tem “direito” de decidir, e sim um “poder-dever” de fazê-lo. Além disso, não há “perda” pela omissão,² mas tão-somente “exaurimento” pelo exercício.³

Por isso é que, apesar de termos por princípio evitar confusão entre a preclusão que recai sobre a atividade das partes e sobre os poderes do juiz de reapreciar questões incidentais já superadas, e a despeito ainda de refutarmos a existência da preclusão consumativa para os direitos das partes, essa figura parece adequada justamente para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais,⁴ já que o único meio de obstar o poder do juiz de decidir alguma questão se baseia exclusivamente no fato de já tê-lo feito antes.

Ademais, como ressalta a unanimidade da doutrina, é impossível pensar em limitações *temporais*, pois o juiz está sujeito a chamados “prazos impróprios” (cujo descumprimento não acarreta qualquer consequência processual),⁵ tampouco em limitações *lógicas*, pois não pode haver, na atividade do juiz, a prática de atos incompatíveis uns com os outros.⁶ A idéia de preclusão de questões refere-se apenas

cit., p. 23-24) afirma: “É evidente, entretanto, que, por ser sujeito processual com atuação diversa das partes, os atos praticados pelo juiz no processo são diferenciados, mas não o suficiente para ser criada uma preclusão particular a ele.” No mesmo sentido pronunciou-se MAURÍCIO GIANNICO (*A preclusão... cit.*, p. 48).

2. Essa é mais uma razão para reforçar o quanto foi dito no item 8.1.3, *supra*, que fenômeno de todo diverso da preclusão de questões incidentais, tal como delimitada neste trabalho, é a impossibilidade de o juiz apreciar questão que não tenha sido proposta oportuna e regularmente pela parte. Nesse segundo caso, a lei não conferiu poder ao magistrado de enfrentar referida questão de ofício (se trata de uma ausência de poder), ao passo que o primeiro fenômeno decorre do exaurimento do poder de decidir determinada questão. Assim, a preclusão que advém do fato de a parte não ter suscitado oportunamente uma questão ou instalado determinado incidente processual projeta efeitos somente para ela própria, e não para o juiz. Se este não pode apreciar a referida questão, não é porque se operou, para ele também, uma preclusão, mas sim porque a lei jamais lhe conferiu poderes para apreciar a questão de ofício e sem provocação da parte.

3. Cf., na Itália, ATTARDI (Per una critica..., cit., p. 5) e, entre nós, BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 516).

4. Assim entende MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão ...*, cit., p. 25).

5. Item 6.3, *supra*.

6. Cf. preceituam ARENHART e MARINONI (*Manual do processo de conhecimento*, p. 656). De fato, o juiz está impedido de modificar decisão anterior irrecorrida pelas partes não porque o sistema repudia eventual falta de coerência lógica entre elas, mas porque a preclusão importa na *imutabilidade da decisão* (impedindo, então, que haja até mesmo uma alteração que não seja logicamente conflitante com a decisão original). Em todos os casos em que a lei permite que o juiz reveja sua decisão (seja em via de retratação provocada pelo agravo, seja quanto às matérias sobre as quais não se opera a preclusão), não se cogita de qualquer impedimento lógico, pois a lei investe o juiz de poder(-dever).

9

Diferenças entre a Preclusão de Ônus Processuais e a Preclusão de Questões Incidentais: Proposta de Acomodação dos Conceitos

9.1 Diferenças entre a preclusão dirigida à atividade das partes e a preclusão de questões incidentais

Depois das considerações tecidas nos últimos três capítulos, podemos extrair algumas conclusões parciais:

- (i) as posições jurídicas processuais das partes, de um lado, e do juiz, de outro, são essencialmente diversas, em razão dos interesses a que cada um deles atende (as partes atendem imediatamente a interesses próprios, o juiz ao interesse público);
- (ii) a preclusão dirigida às partes impede-as de realizar certos atos processuais (dentre os quais suscitar determinadas questões no momento oportuno), podendo ser *omissiva* (derivar da omissão da parte) ou *comissiva* (surgir em razão de ato da parte em momento antecedente), isto é, pode ser a preclusão temporal ou lógica; e
- (iii) a preclusão que recai sobre as questões incidentais tem a finalidade de impedir que o juiz redecida questões já resolvidas, não afetando *diretamente* as partes.

Assim, emerge claro que o fenômeno que impede que as partes pratiquem atos processuais em determinadas circunstâncias dá-se de modo e por razões diferentes daquelas que obstem o juiz a redecidir questões incidentais já superadas.¹

1. Contrariamente entende a maioria da doutrina. MONIZ DE ARAGÃO (*Preclusão...*, cit.) é enfático ao afirmar que a preclusão atinge, sim, o juiz e que seria o mesmo fenômeno que alcança as partes. MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO sugere que se abandone o “preconceito” de que a preclusão não se dirigiria também ao juiz (*A preclusão...*, cit. p. 24). DANIEL ASSUMÇÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato...*