

**COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL**

Coordenação  
Carlos Alberto Carmona

# **PRECLUSÃO PROCESSUAL CIVIL**

Atualizado de acordo com a  
Nova Reforma Processual:  
Leis n<sup>os</sup> 11.187/2005, 11.232/2005,  
11.276/2006, 11.277/2006  
e 11.280/2006

Heitor Vitor Mendonça Sica



Não há dúvida acerca da importância de analisar essa questão terminológica, para que os institutos em exame – que estão presentes em cada momento do *iter* processual – sejam devidamente compreendidos e corretamente aplicados. Pois, como bem ensinou PONTES DE MIRANDA, com seu tom sempre cáustico: “Em ciências, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática. Depois dos extraordinários resultados da lógica contemporânea, liberta da mediocridade de alguns filósofos gregos e medievais, abriram-se horizontes que exigem caminhada atenta e segura. A linguagem vulgar pode chamar ‘manga’ à fruta, ao vidro do candelabro ou do candeeiro, ao braço do paletó; e dizer que B, no seu passo lento, manga, ou que dele manga A, que é zombeteiro. Em ciência, não.”<sup>11</sup>

Ou seja, não se pode prescindir do rigor terminológico. Discorrendo justamente sobre a necessidade de apurar justamente a terminologia do instituto da preclusão, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER assinala que “dar a cada coisa o seu nome não é preocupação formalística, mas é exigência para que se crie segurança no manejo dos conceitos jurídicos. Aos conceitos é que acabam por se reduzir os fenômenos jurídicos. De erros, que podem ser de natureza meramente terminológica, podem decorrer sérios prejuízos à já tão imperfeita realização da Justiça entre os homens”.<sup>12</sup>

Enfim, lançadas essas premissas, passamos, nos dois capítulos seguintes, a abordar separadamente cada um dos fenômenos para, depois, realçar todas as diferenças entre os institutos e identificar outras razões para essa confusão de conceitos, além dessas aqui delineadas.

## Posições Jurídicas na Relação Processual

### 6.1 Processo como relação jurídica complexa e as posições jurídicas dos sujeitos processuais

Para que possamos traçar seguramente a diferença entre essas duas faces da preclusão, impõe-se, necessária e previamente, distinguir entre as posições jurídicas do juiz e das partes no processo. Raciocínio semelhante foi por nós trilhado quando tratamos da teoria das invalidades processuais,<sup>1</sup> a fim de demonstrar que os vícios dos atos das partes e os vícios dos atos do juiz têm natureza, consequências e fundamentos diversos. E parece que esse mesmo método de análise permanece perfeitamente válido aqui, como se passará a expor.

Pois bem. Após séculos de discussão, superaram-se as concepções do processo como um *contrato* ou como um *quase-contrato*,<sup>2</sup> e hoje tem-se pacificado o entendimento de que o processo é uma relação jurídica complexa, de caráter público e *autônoma* em relação de direito material,<sup>3</sup> ou, como diz DINAMARCO,<sup>4</sup> “um sistema de vínculos”, que se desenvolve de modo “evolutivo e unitário”.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> No nosso estudo *Contribuição ao estudo das invalidades*, cit., p. 16 ss.

<sup>2</sup> Sobre a histórica polêmica entre WINDSCHEID e MÜLLER, e o posterior advento da obra de Von BÜLOW, confira-se DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit. v. 1, p. 279 ss).

<sup>3</sup> Essa concepção é assente na doutrina estrangeira (e. g., CHIOVENDA, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 95 ss; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 33; SERGIO COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 19) e nacional (e. g., FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 131 e ss; CONTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 282).

<sup>4</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 199.

<sup>5</sup> A corroborar essas duas idéias (de evolução e unitariedade), confira-se a lição de GRASSO (La collaborazione nel processo civile, *Rivista de Diritto Processuale*, p. 585, 1966): “non vè, di regola,

<sup>11</sup> *Dez anos de pareceres*, v. 8, parecer nº 211, p. 171.

<sup>12</sup> *O novo regime do agravo*, p. 318.

É de notar, nesse mister, que, muito embora a afirmação da idéia de processo como relação jurídica autônoma e distinta daquela de direito material que lhe constitui o mérito tenha sido importantíssima na evolução da ciência jurídica processual, atualmente essa função histórica se exauriu.<sup>6</sup> Mas o legado desse esforço de afirmação do processo como ciência (isto é, a visão de processo como relação jurídica) é premissa inafastável de nosso trabalho e, em nosso sentir, o único modo de entender o fenômeno que constitui objeto de nosso interesse, a preclusão.<sup>7</sup>

De fato, somente pensando no processo como sucessão de posições jurídicas encadeadas e coordenadas é que se pode realmente passar a analisar a preclusão tanto sob o ponto de vista *estático* (como fenômeno que incide sobre um particular ônus processual ou sobre uma singular questão resolvida incidentalmente) quanto *dinâmico* (sob o prisma da repercussão da preclusão no desenrolar do processo, tomando-se em conta as atividades processuais ulteriores).

Enfrentar o tema sem ter essa idéia em mente é empreitada que leva a resultados frustrantes. Aqueles que partiram para analisar o fenômeno da perspectiva do processo como *situação jurídica complexa* — como MACHADO GUTMARÊS<sup>8</sup> — acabaram, com poucas diferenças, desembocando em distinções de menor utilidade, como a entre a preclusão em si e a *situação jurídica* que da sua incidência deriva, ao passo que, em realidade, o fenômeno é um só e a preclusão é um efeito impeditivo em si mesmo.

É bem verdade que não se pode negar a utilidade do conceito de situação jurídica, mas não sem harmonizá-lo com a idéia de que o processo é uma *relação jurídica*, na qual seus sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas: a cada posição assumida, cria-se uma *situação jurídica* que, superada, gera uma nova (com as partes novamente em diferentes posições jurídicas), e assim sucessivamente até que o processo chegue ao final.<sup>9</sup> Essa força motriz é, justamente, a preclusão.

Assim, apesar de o processo ser uma relação jurídica unitária, vários são seus sujeitos e cada um nele atua com sua própria qualidade.<sup>10</sup> Assim, devemos tam-

attività svolta dal giudice che non abbia il suo antecedente necessario, immediato o remoto, ne può il convenuto agire altrimenti che ricollegando le sua iniziative all'istanza del attore o ad un provvedimento del giudice", de modo que esses atos vêm coordenados por vínculos do que o autor chama de elos de "presupposizione".

<sup>6</sup> Ressaltando esse interessantíssimo aspecto, GRASSO (Interpretazione della preclusione..., cit., p. 640).

<sup>7</sup> Aqui prossegue, ainda, GRASSO (ibidem, p. 640), realçando, de modo muito fundamentado, a ligação entre o tema do nosso estudo e essa premissa conceitual.

<sup>8</sup> Estudos de direito processual civil, cit.

<sup>9</sup> Nesse exato sentido é a lição de GIOVANNI VERDE (Profili del processo civile, v. 1, p. 270).

<sup>10</sup> Cf. GRASSO (La collaborazione nel processo civile, cit., p. 580).

bém ter em conta as diferenças das posições jurídicas ativas e passivas assumidas por juiz, autor e réu<sup>11</sup> para enfrentar o tema da preclusão. É sob esse prisma que parte nossa análise.

## 6.2 Posições jurídicas processuais assumidas pelas partes

As posições jurídicas que as partes assumem no processo podem ser ativas ou passivas. As primeiras põem o agente em uma posição de atuar na esfera jurídica alheia, com a prática de determinado ato;<sup>12</sup> as segundas colocam o agente em uma situação de sujeição. Usando outras palavras, DINAMARCO<sup>13</sup> define as primeiras como aquelas que deixam o sujeito processual em uma posição de vantagem, ao passo que as segundas em uma situação de desvantagem.

Cumpra observar que, para nossos propósitos, importa analisar as posições jurídicas ativas e passivas das partes, sem ter em conta o correlato vínculo que se forma com os demais sujeitos do processo. Muito embora tal questão seja relevantíssima para entender a completude da relação jurídica processual, para nossos propósitos ela se revela prescindível.

Com efeito, por ora, temos em mira o estudo do fenômeno da preclusão sob seu perfil estático, de modo que se mostra suficiente o enfoque apenas de cada uma das posições jurídicas ocupadas pelas partes, sem ter em consideração aquelas que correlatamente são ocupadas pelos demais sujeitos do processo.

### 6.2.1 Posições jurídicas ativas assumidas pelas partes

Tomando-se por base, por proêmio, as posições ativas das partes no processo, são de ressaltar três premissas básicas.

A primeira premissa, que nos parece inafastável, é a de que qualquer posição jurídica ativa assumida pelas partes visa ao atendimento de um interesse próprio: as partes praticam determinado ato processual porque isso lhes assegura algum tipo de vantagem, por menor que seja, na busca pela tutela jurisdicional reclamada

<sup>11</sup> Desconsideramos as posições de outros sujeitos que eventualmente possam intervir no processo, por entendê-las irrelevantes para o objeto de nosso estudo e interesse.

<sup>12</sup> Cumpra ressaltar que refoge à idéia de processo a existência de direitos potestativos, ou, como preferem alguns, de poderes formativos. Com efeito, não há no processo como a parte agir diretamente na esfera jurídica da parte adversa, criando um vínculo de sujeição. Somente o juiz dispõe de poderes para sujeitar as partes do processo (impondo-lhes decisões); as partes, exercendo suas posições jurídicas ativas, acarretam a produção dos efeitos já previamente programados na lei, e mesmo assim por intermédio da atividade do magistrado.

<sup>13</sup> Instituições..., cit., v. 2, p. 201.

do Estado.<sup>14</sup> Afinal, seria difícil imaginar que algum ato não repercutisse em nada na esfera jurídica própria, ou no desenrolar da atividade processual. Se houvesse algum ato assim, não teria razão alguma de ser praticado.

A segunda premissa, igualmente necessária para abordagem do problema, está em constatar que esse *poder* de exigir um comportamento, de que se acham investidas as partes, não é ilimitado, ao contrário, acha-se adstrito aos termos da lei, que impõe seja o processo uma atividade *típica*, ou, como ensina LIEBMAN,<sup>15</sup> um meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista.<sup>16</sup> Esta idéia fica expressa no art. 2º do CPC brasileiro, em sua parte final, condicionando a prestação da tutela jurisdicional ao requerimento da parte e ao atendimento “das formas legais”.

A terceira e última premissa é a de que o sistema processual garante às partes a liberdade de optar por não exercitar suas posições jurídicas ativas na forma prevista em lei, mas, em contrapartida, impõe que a inobservância do modelo legal *sempre* acarrete *conseqüências* (notadamente *negativas*, em maior ou menor grau) para a parte.

Com essas proposições em mente, podemos então passar à definição de quais são essas posições jurídicas processuais ativas, acerca das quais a doutrina está muito longe de um consenso.<sup>17</sup> É aqui que surge a importância da idéia de *ônus*, e é dela que deve partir a análise dessas classificações.

O germe desse conceito surge justamente na clássica obra de OSKAR VON BÜLOW, intitulada *Das exceções e dos pressupostos processuais*, na qual refutava as teorias que concebiam o processo como espécie de contrato e afirmava que o litigante

<sup>14</sup> Isso vale tanto para o autor como para o réu, pois, ao se defender, logicamente este pleiteia do Estado um provimento que declare a *inexistência* do direito reclamado pelo autor (ou uma sentença declaratória negativa). Assim já há tempos assentou CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 330) e reforçam FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 3, p. 31) e FLÁVIO YARSHIEL (*Tutela jurisdicional*, p. 124).

<sup>15</sup> *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19.

<sup>16</sup> Acrescente-se a esse pensamento a lição de TITO CARNACINI (Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, *Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 2, p. 697): “non v'è invero strumento, per semplice che sia, il quale a sua volta non richieda qualche cosa di chi vuole adoperarlo per il conseguimento dei propri scopi”. Outra passagem relevante para compreensão do tema é colhida na obra de REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 69: “La libera iniziativa della parte deve sot-tomettersi alle regole tecniche che presistono all'uso dello strumento processo e che contempe-rano la realizzazione del proprio interesse, con la salvaguardia degli interessi altrui implicati nella vicenda processuale.”

<sup>17</sup> LIEBMAN (*Problemi...*, cit., p. 142-143) só alude a *poderes*, *direitos* e *ônus*. FAZZALARI (*Processo civile* (direito vigente), *Enciclopédia del diritto*, v. 36, p. 176) fala de *poderes*, *faculdades* e *ônus*. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455) fala de *faculdades*, *ônus* (*absolutos e relativos*) e *poderes*. E por aí vai: cada autor estabelece as categorias de posições jurídicas ativas das partes que lhe parecem mais adequadas.

não pratica atos processuais para atender a dever imposto pelo juiz ou pela parte adversa, mas sim a um próprio interesse.

Depois dele, foi CARNELUTTI<sup>18</sup> quem delineou de forma mais completa o instituto. O autor diferencia os atos *devidos* dos atos *necessários*, sendo os primeiros aqueles que o direito objetivo impõe com a finalidade de tutelar interesse público ou de terceiro, ao passo que os segundos são colocados pelo ordenamento para que a parte a quem compete praticá-los atinja determinado fim correspondente ao seu próprio interesse.

Esse é o núcleo básico da definição de *ônus*: o imperativo de próprio interesse,<sup>19,20</sup> que é hoje assente na doutrina,<sup>21</sup> não só processual.<sup>22</sup> Sem se ter presente a distinção entre os interesses que inspiram as posições jurídicas ativas das partes e do juiz, não há como entender esse núcleo do conceito de *ônus*.

Sob a ótica exclusiva dessa concepção – que, repita-se, é assente – não se poderia estabelecer a dicotomia entre *faculdades* e *ônus*.<sup>23</sup> Aceitá-la significaria dizer que a parte poderia praticar determinados atos processuais sem esperar nenhuma vantagem na relação jurídica processual. Se no núcleo do conceito de *ônus* está o agir para atendimento de interesse próprio (daí diferenciando-se da obrigação), não há sentido contrapô-lo ao conceito de *faculdade*, pois aqui também a parte age para atender a um interesse seu, exatamente como no *ônus*.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> *Sistema...*, cit., v. 2, p. 73-84.

<sup>19</sup> Valendo-nos das palavras de EDUARDO J. COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174).

<sup>20</sup> Está implícita, aqui, a concepção de que o processo se baliza por um “regime de responsabilidades”, conforme as felizes palavras de ANTONIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil*, p. 39) ou, melhor ainda, de *autoreponsabilità*, como leciona REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 50).

<sup>21</sup> Confirmam-se, além dos autores já citados, LENT (*Obblighi e oneri nel processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 151, 1954); SERGIO COSTA (*Manuale...*, cit., p. 203); DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 329 ss, muito embora, na doutrina de língua espanhola, o termo “carga” seja preferido a qualquer outro).

<sup>22</sup> De fato, o conceito de *ônus* não é restrito ao processo, malgrado o fato de que, como vimos acima, seu conceito tenha recebido maior atenção nessa seara e tenha se desenvolvido pela obra de estudiosos do processo. A rigor, trata-se de uma categoria da teoria geral do direito e, por isso, estudada também em outros de seus “ramos”. Confirma-se, a propósito, e à guisa de mero exemplo, ORLANDO GOMES (*Obrigações*, p. 21).

<sup>23</sup> Cf. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 202).

<sup>24</sup> Por isso mesmo é que CÂNDIDO DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 203) teve dificuldades em trazer exemplo de “faculdades processuais puras” (ou seja, aquele determinado ato processual cujo exercício não importa em vantagem para a parte), e mesmo os exemplos colacionados (invocação, pela parte, de precedentes judiciais ou elementos doutrinários que roborem a tese defendida em seus arrazoados, a constituição de mais de um advogado, a redação de peça mais concisa, a redação de peça em computador etc.) não se mostram, em nosso sentir, adequados, pois mesmo todos esses

Independentemente disso, alguns autores passaram a conceber o *ônus* não só sob o ponto de vista ativo (de que o sujeito age para obter uma vantagem), mas também sob o prisma de que o seu adimplemento assegura posição de vantagem e evita uma posição de desvantagem.<sup>25</sup>

Mesmo sendo louvável essa construção, parece-nos que essa segunda parte vinha implícita na primeira. Com efeito, o simples fato de a parte, que inadimpliu um *ônus*, não gozar de determinada vantagem já poderia de certo modo ser considerada uma desvantagem, por não ter ela aproveitado os benefícios que adviriam do adimplemento do *ônus*.

Todavia, na órbita processual, pode haver conseqüência jurídica mais grave pelo inadimplemento de *ônus* do que a simples ausência de obtenção de uma vantagem, que é justamente a *preclusão*, consistente na perda da possibilidade de realizar a atividade processual. Trata-se de elemento que se situa *fora* da órbita do conceito original de *ônus* (e que se aplica apenas na esfera do direito processual, e não de direito substancial).

Assim, e sempre seguindo a primitiva definição do instituto acima delineada, haveria *ônus* cujo desatendimento implicaria uma desvantagem *relativa* (não-obtenção de uma vantagem) e outros cujo inadimplemento geraria uma desvantagem *absoluta* (*preclusão*, ou o efeito que faz com que a parte jamais possa gozar daquela vantagem porquanto excluído do mundo jurídico seu direito a tanto); em outras palavras, sob essa ótica, haveria duas categorias – bem distintas, aliás – de *ônus* processuais: aqueles aos quais se associa a *preclusão* e aqueles em que esse efeito não vem agregado.

Ora, inegável que essa concepção revela a fragilidade da idéia original do instituto: realmente, se a parte puder exercer determinado direito processual a qualquer momento, não há desvantagem alguma pela sua omissão (ou, se há, é ela meramente transitória, e não definitiva, e é eliminada no exato momento em que a parte pratica aquele ato processual acerca do qual havia antes se omitido). Somente a *preclusão* pode tornar *definitiva* essa desvantagem decorrente do inadimplemento do *ônus*.<sup>26</sup>

atos (de menor importância para desenvolvimento do processo) podem garantir à parte alguma vantagem, por menos relevante que seja. Repetindo: se determinado ato não assegura vantagem alguma, não há razão de ser praticado.

<sup>25</sup> “Terceira figura é, definitivamente, o *ônus*, que consiste na necessidade de realizar certa atividade, se se quiser evitar certo efeito danoso ou obter determinado resultado útil” (LIEBMAN, *Manual...*, cit., p. 37).

<sup>26</sup> Se pensarmos no modo como se desenvolve um processo, ainda que não haja *preclusões* no seu curso, limitando o exercício dos poderes das partes, ainda assim, ao final, haverá um efeito impeditivo para esse exercício, consistente na coisa julgada, que seria uma *preclusão* máxima, como se costuma dizer em doutrina (cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 310, e ANTONIO CARLOS MARCATO, *Preclusões: limitações ao contraditório?*, *Revista de Processo*, nº 17, p. 105), dentre outros.

Chegamos então a ponto de questionar a acepção tradicional de *ônus* processual. O adimplemento do *ônus* se dá não só porque a parte almeja a obtenção de vantagem, em atendimento a interesse próprio, mas também porque quer ela evitar a desvantagem decorrente da *preclusão*, isto é, a perda da possibilidade de praticar determinado ato processual. Assim só existe *ônus* se houver *preclusão*.<sup>27</sup>

Contrapõe-se, então, ao *ônus* processual a faculdade, cujo exercício fica a inteiro arbítrio da parte,<sup>28</sup> e sua omissão não a lança a uma situação desvantajosa. A diferença entre os dois institutos não se dá porque, ao adimplir o *ônus*, a parte age para atender a um interesse próprio, e a faculdade não. A diferença se dá, sim, porque ao *ônus* vem associada uma *preclusão*, e às faculdades, não.<sup>29</sup>

Assim, é de afastar a idéia de CHIOVENDA de que a *preclusão* atinge *faculdades processuais*<sup>30</sup> e de se acolher a de que a *preclusão* se identifica propriamente com a idéia de *ônus*.<sup>31</sup>

Na mesma esteira, também podemos não considerar a idéia de que a *preclusão* seria uma sanção,<sup>32</sup> eis que esta é aplicável apenas ao descumprimento dos *deveres processuais*, que, como se verá adiante, atende a interesse estranho ao do agente.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Em linhas gerais, essa concepção vem colhida na obra de CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 34), para quem o *ônus* seria uma “*situazione sogettiva necessariamente correlata alla previsione di una sanzione per il caso dela sua inotemperanza*”.

<sup>28</sup> “Quando se tratar de faculdade, o homem obra como quiser” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 117).

<sup>29</sup> Adiante (item 7.9, *infra*) veremos quais atos das partes não estão sujeitos a *preclusões* (e que, portanto, podem ser considerados, realmente, *faculdades processuais*).

<sup>30</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 220.

<sup>31</sup> Conforme já atentou a doutrina italiana (e. g., GRASSO, *L'interpretazione della preclusione...*, cit., p. 640), e como afirma a generalidade da doutrina pátria, como ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 296), NELSON NERY JR. (*Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 258) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 298), dentre outros.

<sup>32</sup> Essa idéia de *preclusão* como sanção goza de alguma aceitação na doutrina processual. A propósito, confira-se, na Itália, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 19), com referências bibliográficas. Em nossa doutrina, ao contrário, o eco dessa concepção é sensivelmente menor. Assim se posicionaram João BATISTA LOPES (Breves considerações sobre o instituto da *preclusão*, cit., p. 47), o qual invoca em seu auxílio MARTINS DE OLIVEIRA e CRISTINA FERRAZ (*Prazos no processo de conhecimento*, p. 53, que acrescenta lição similar colhida em passagem da obra de José LISBOA GAMA MALCHER, bem como acórdão do STJ relatado pelo Min. Alfredo Buzaid e publicado na RTJ 101/901). José de MOURA ROCHA (*Preclusão – prazo preclusivo*, cit., p. 15) assinala que só encontrara acolhida a tal tese na obra de DE PLÁCIDO E SILVA (*Comentários ao CPC*, v. 1, p. 330).

<sup>33</sup> REMO CAPONI (*La rimessione in termini...*, cit., p. 18) refuta a concepção de *preclusão* como sanção, justamente defendendo a idéia de que sanção se aplica apenas ao descumprimento de um dever jurídico. Entre nós, vale lembrar ainda a lição de BARBOSA MOREIRA: “Um segundo grupo compõe-se dos prazos fixados em contemplação de ato que se pode realizar. Aqui não há dever de ninguém,

Contudo, é de rigor, para finalizar, fazer um pequeno retoque terminológico. O inadimplemento do ônus não implica perda do ônus, mas sim a imposição de consequência negativa ao sujeito inadimplente (ou seja, a perda do direito a ele associado, isto é, a preclusão). Tampouco ônus é a consequência da omissão do agente.

Então, para que os conceitos se mostrem mais adequados, parece-nos correto contrapor às *faculdades* – na acepção há pouco alcançada – os *direitos processuais*, sendo as primeiras poderes cujo exercício não está sujeito a ônus, ao passo que os demais são poderes cujo exercício está sujeito a ônus. Em face do inadimplemento das faculdades, não se prevêem consequências; dos direitos,<sup>34</sup> sim.

Em outras palavras: o ônus é uma figura jurídica que emerge da norma que regula as consequências da inatividade da parte,<sup>35</sup> mas com elas não se confunde:<sup>36</sup> na idéia de ônus está implícita a possibilidade de imposição ao sujeito da perda de uma vantagem (que, em si e conforme conclusões a que chegamos, gira em torno da preclusão).

Acabamos, então, por expressar alguma simpatia pela teoria defendida por muitos processualistas italianos<sup>37</sup> (não porque seja tecnicamente correta, a nosso ver, mas porque ilustra muito bem a questão), de que o ônus seria, ao mesmo tempo, uma posição jurídica ativa e passiva: ativa, por nele estar implícito o exercício de um *direito*, e passiva, porque a omissão quanto ao exercício desse direito implica desvantagem para o sujeito.

senão direito ou mera faculdade. Como se quer que o processo marche sem delongas desnecessárias, põe-se um limite temporal ao exercício do dever ou da faculdade. O titular não está obrigado a agir; se o desejar, contudo, precisará fazê-lo antes do termo final. O advento deste, sem que se tenha praticado o ato, não sujeita o omissor a sanção propriamente dita, porque dever algum foi descumprido; apenas o priva, normalmente, da possibilidade de realizar o ato” (Sobre prazos peremptórios e dilatórios, *Temas de direito processual* – 2ª série, p. 51).

<sup>34</sup> Usaremos, neste trabalho, o termo *direito* como sinônimo de *poder*, não pretendendo entrar nas acirradas discussões doutrinárias que se travam em torno dessa questão terminológica.

<sup>35</sup> De uma forma geral, atentou para essa idéia FAZZALARI (*Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 177), ao afirmar que tanto a faculdade quanto o poder processual podem se revelar como *ônus* dependendo da consequência que o sistema prevê em face da omissão do sujeito processual.

<sup>36</sup> Como bem observam DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 329-330).

<sup>37</sup> Confira-se, nesse mister, com farta referência bibliográfica, GRASSO (*Interpretazione della preclusione...*, cit., p. 641).

## 6.2.2 Posições jurídicas passivas assumidas pelas partes

As posições jurídicas passadas ocupadas pelas partes na relação processual podem ser sinterizadas sob a rubrica de *deveres processuais*,<sup>38</sup> pois representam para o sujeito processual um vínculo de *sujeição*. Aqui, o agente *deve* agir de determinada forma, seja para atender a um interesse público, ou para atender a um interesse de outrem e, ao contrário do ônus, não lhe cabe escolher adimpli-lo ou não. Se eventualmente omitir-se em fazê-lo, sujeitar-se-á a sanções.

Entretanto, essa posição de desvantagem decorrente do dever não a aproxima da desvantagem advinda do inadimplemento do ônus, por quatro razões principais.

A primeira delas é que no inadimplemento do ônus não há *sujeição a uma obrigação*, mas apenas a *ausência de obtenção de uma vantagem* (em caráter definitivo, por força da preclusão).<sup>39</sup>

A segunda diferença reside no fato de que a posição desvantajosa decorrente do ônus só se verifica *se e quando* o direito não é exercido. Da sua parte, a posição de desvantagem originada do dever se dá tendo havido o adimplemento ou não. Se tiver havido, a parte não desfruta de nenhuma vantagem: apenas descumbiu-se do dever, atendendo ao interesse de outrem ou ao interesse público que o inspira; se houver o inadimplemento, a parte será submetida a consequências jurídicas sancionatórias, orientadas para coagir o sujeito ao adimplemento, ou puni-lo pelo inadimplemento.

A terceira diferença entre as posições desvantajosas que decorrem dos deveres e do inadimplemento do ônus já ficou suficientemente clara no item precedente, e consiste no fato de que o dever jurídico se diferencia do ônus porque no primeiro atende-se ao interesse público ou de terceiro, e no ônus a um interesse próprio. Por isso mesmo é que, quanto ao ônus, deixa-se a parte livre para optar por exercer o seu direito ou não (sujeitando-se, nesse segundo caso, à desvantagem que dessa omissão decorre), sendo indiferente para a autoridade jurisdicional se a parte optou por uma ou outra alternativa; quanto ao dever, ao contrário, o inadimplemento implica imediatamente uma reação do sistema, que não aceita aquele comportamento omissivo.<sup>40</sup>

A quarta e última diferença centra-se no fato de que o inadimplemento do direito sujeito a um ônus gera a sua perda, ao passo que a do dever, não; mesmo em face da omissão do agente, o sistema continua querendo dele o adimplemento do dever, e o sujeito continua obrigado a observá-lo. Mesmo quando o agente

<sup>38</sup> Cf. DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., p. 121).

<sup>39</sup> Cf. LENT (*Obblighi e oneri nel processo civile*, cit., p. 150).

<sup>40</sup> Cf., mais uma vez, LENT (*Obblighi e oneri nel processo civile*, cit., p. 150).

recebe penalidades, muitas vezes o adimplemento do dever *normalmente* ainda interessa ao sistema.<sup>41</sup>

Traçadas essas distinções, é preciso observar, ainda, que os *deveres* (ou *obrigações*) processuais são residuais no sistema. No geral, é ele estruturado sobre a imposição de *ônus* às partes, e por razões eminentemente práticas: se o sistema estabelecesse para as partes, sempre, obrigações, a sua omissão geraria, sempre, uma decisão impondo sanções, com a conseqüente possibilidade de discussão pela parte punida e eventual aplicação das medidas punitivas. O processo, assim estruturado, simplesmente não caminhará.<sup>42</sup> Daí por que se coloca à parte o *ônus* de realizar todas as atividades de seu interesse.<sup>43</sup>

Esse rol residual de deveres processuais acaba sendo exíguo (isto é, especialmente se comparado com o rol de *ônus*) e começa pela síntese do art. 14 do nosso CPC, o qual vem completado pelos arts. 17 e 600 do mesmo diploma, que estabelecem condutas tidas pelo ordenamento como transgressoras de deveres processuais, e que, portanto, sujeitam o agente a penalidades previstas nos arts. 18 e 601, respectivamente. Acresçam-se a essa lista outros exemplos, esparsos pelo Código.<sup>44</sup>

Com essas considerações, temos mecanismos seguros para distinguir *ônus* e *deveres processuais* e, para pô-lo à prova, pensemos em dois peculiares exemplos: um colhido na legislação estrangeira, outro na nossa legislação processual já revogada.

O primeiro se encontra na curiosa norma contida no art. 288.1 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, que dispõe que, se o litigante não providenciar

<sup>41</sup> Negando a aplicação da preclusão para os deveres processuais, confira-se também VALLINES GARCÍA (*La preclusión en el proceso civil*, p. 67 ss).

<sup>42</sup> LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 155) ainda faz a interessante observação de que, em determinados casos, se colocaria uma dificuldade a mais no curso do processo: verificar se a parte desatendeu ao comando judicial culposamente ou não (o autor exemplifica que, se o juiz determinasse a produção de uma prova, como a apresentação de um documento, e a parte não o fizesse, seria difícil dizer se a omissão foi ou não culposa).

<sup>43</sup> Não se pode levar em conta, no mister de identificar o que seja *ônus* e o que seja *dever*, a terminologia da lei. De fato, em vários artigos usa-se o verbo "dever", quando se trata de estabelecer um *ônus*. É o caso do art. 245 ("A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão"). Aqui, a parte que se omite em alegar que couber à parte falar nos autos, perde o direito de fazê-lo, e não sofre sanções; daí por que se trata de um *ônus* seu, e não de um *dever*. Do mesmo modo, o art. 286, que dispõe em seu *caput* que "o pedido deve ser certo ou determinado". A rigor, se a parte apresenta pedido incerto e nem sequer determinável, o juiz assinala prazo para emenda (art. 284), e se a parte não cumprir a determinação, perde o direito de emendar a peça inicial (por força da preclusão) e vê a petição inicial ser indeferida (art. 295, I).

<sup>44</sup> Como, e. g., o contido no art. 195 do CPC (que não se dirige exatamente à parte, mas ao seu advogado, impondo-lhe o dever de restituir os autos do processo no prazo legal).

tempestivamente a produção da prova que tenha requerido e tenha sido admitida, não perderá o direito de fazê-lo, mas sujeitar-se-á à multa de 60 a 600 euros. E, segundo, o art. 288.2, o modo de evitar tal penalidade é desistir expressamente da produção da referida prova, ou provar que se omitiu em providenciar o necessário sem culpa.

De modo similar, tinha-se o art. 277 do CPC brasileiro de 1939, que dispunha que, se a parte não argüísse uma nulidade processual na primeira oportunidade em que falasse nos autos, não perderia o direito de fazê-lo, mas responderia "pelas custas, acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta".

Em ambos os exemplos, a rigor, não há um *ônus* processual, pois a parte não sofre o risco de perder o direito processual se não o pratica no prazo legal; há, sim, *penalidade* imposta ao sujeito processual que, de maneira culposa, atrasou o andamento do processo e deixou de realizar determinada atividade (vale dizer, impõe-se ao litigante uma *sanção* por ter violado o *dever* de contribuir para a celeridade processual).

O interesse que ambas as normas tutelam é, certa e unicamente, esse interesse público na celeridade processual, de modo que, se as partes não observarem os referidos preceitos, sofrem conseqüências negativas por isso. Em suma, e para finalizar, em ambos os exemplos as normas não giram em torno, em absoluto, do regime de auto-responsabilidade que inspira o regime de *ônus*, já por nós examinado.

### 6.3 Posições jurídicas processuais assumidas pelo juiz

Diferentemente das partes, o juiz assume na relação jurídica processual um único tipo de posição jurídica, qual seja, o *poder-dever*:<sup>45</sup> o juiz *sujeita* as partes a seus poderes, e *deve* utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em

<sup>45</sup> A expressão é freqüentemente usada por DINAMARCO, para quem os poderes dados ao juiz para realização de atos processuais (*atos-meios*, como os despachos de mero impulso processual e as decisões de questões incidentes e prejudiciais, e *atos-fins*, com a efetiva outorga do bem da vida tutelado a uma das partes) *devem* ser exercidos por aplicação inerente do princípio do controle jurisdicional (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 228). A noção de *poder-dever* não é privativa do âmbito do Poder Judiciário; os demais agentes estatais, ainda que não investidos de jurisdição, exercem *poderes-deveres* no desempenho de suas funções públicas. A propósito, tem-se a lição de HELY LOPES MELLO: "O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo" (*Direito administrativo brasileiro*, p. 89). Outra expressão sinônima encontrada na doutrina é *dever funcional* (e. g., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *Aspectos do novo processo civil português*, cit., p. 179).

observância dos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso *sub iudice* e pacificando as partes em *litígio*.<sup>46</sup>

Tais *poderes-deveres* são correlatos, de um lado, à sujeição das partes às decisões por ele tomadas, incidentalmente ou ao final do processo, e, de outro, ao direito subjetivo das partes à prestação da tutela jurisdicional.

É totalmente estranha à atividade do magistrado a figura do ônus, pois nenhum ato judicial visa a vantagem própria, tampouco a omissão acarreta alguma desvantagem. Isso porque o juiz não age em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito. Isso explica, justamente, por que os juízes não estão sujeitos a prazos *próprios*, mas apenas *impróprios*<sup>47</sup> (como os dos arts. 51, III, 189 ou 281 do CPC), ou seja, o seu descumprimento não acarreta conseqüências para o exercício de seus poderes-deveres no processo (quando muito, gerariam conseqüências extraprocessuais, como a responsabilização de caráter administrativo ou disciplinar do magistrado).<sup>48</sup>

As partes, ao contrário, não têm em mãos nenhum *poder-dever*: guiam-se, no mais das vezes, por interesses próprios, sempre que exercem *faculdades e direitos (ônus) processuais*. Quando não agem por interesses próprios, o fazem no cumpri-

<sup>46</sup> Há diversos autores que atribuem ao juiz *deveres*, na estrita acepção da palavra (e. g. VALLINES GARCÍA, *La preclusión en el proceso civil*, p. 70-74), com o que não podemos concordar, sob pena de se equiparar a situação das partes à do juiz. As razões acima invocadas e adiante reiteradas excluem essa possibilidade.

<sup>47</sup> “Nem todos os prazos são preclusivos, existem também os prazos destituídos de preclusividade. São impróprios todos os prazos fixados para o juiz, muitos dos concedidos do Ministério Público no processo civil e quase todos os que dispõem os auxiliares da Justiça, justamente porque tais pessoas desempenham funções públicas no processo, onde têm deveres e não faculdades” (DINAMARCO, *Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 197). Na doutrina italiana, BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 83) observa que não se poderia imaginar que os prazos para o juiz e seus auxiliares tivessem característica diversa. A inércia do juiz diante de um termo assinado pela lei não pode influir sobre o objeto do processo, diz BALBI, porque a conseqüência jurídica de um ato omissivo de um sujeito do processo (o juiz) não pode ir a dano de outro (a parte).

<sup>48</sup> Como bem aponta MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 90), a sanção se embasaria, ainda, na virtude do descumprimento do dever imposto pelo art. 35, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 1979): “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar”. Poder-se-ia alvitrar, ainda, uma responsabilização civil, ex art. 133, II, do CPC. Na Itália, recente lei estabeleceu penalidades de ordem criminal ao juiz que excedesse injustificada e exageradamente os prazos para prática de seus atos impostos pela lei (conforme narra CIPRIANI, em *Materiali per lo studio dell'ordinamento giudiziario*, p. 117). Em realidade, os prazos estabelecidos para o juiz são considerados *impróprios* porque não se assentam sobre ônus e não acarretam *preclusão*, mas sim se baseiam em *deveres* e comportam *sanções*. Para concluir, é necessário observar que, na prática, a aferição se o atraso se deu por dolo, ou ao menos culpa grave, do magistrado, ou se houve *justa causa*, é bastante subjetiva. Entretanto, apesar de as referidas normas que implicam penalidades aos magistrados acabarem tendo um campo de aplicação bastante restrito, isso não desvirtua a natureza de *dever* de proferir decisões dentro dos prazos assinalados pela lei.

mento de *deveres processuais*, cujo atendimento importa em atender a um interesse público ou a um direito da parte adversa.

A par dessas constatações, há bastante controvérsia se o juiz teria *faculdades*: aqui se está no campo da tão debatida *discrecionarietà judicial*. Prevalece, ao que parece, a opinião de que o juiz não tem *faculdades* dentro do processo, haja vista que não lhe é dada a possibilidade de fazer juízos de conveniência e oportunidade.<sup>49</sup>

#### 6.4 Brevíssimas considerações conclusivas

À vista do acima exposto, emerge perfeitamente claro que as posições jurídicas assumidas pelas partes são totalmente diferentes das posições jurídicas assumidas pelo juiz, de tal sorte que aqui está a gênese de todo o problema concernente à preclusão.

Como vimos, as posições jurídicas ativas das partes se inspiram em *interesses próprios*, ao passo que as do juiz no *interesse público*, de tal maneira que se mostra mais do que oportuno, aqui, invocar a lição de CALAMANDREI em célebre artigo,<sup>50</sup> no sentido de que o processo é um jogo, em que, concretamente, “excluído o juiz no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconfessadamente) com aquele escopo superior”.

Ora, diante dessa discrepância de interesses atendidos pelos sujeitos do processo ao nele atuarem, parece no mínimo lógico e natural que o tratamento legal dado às posições jurídicas por eles ocupadas seja diverso. É sobre essa idéia central que se baseia não só toda a análise acerca das posições jurídicas ocupadas pelos sujeitos processuais empreendida nesse capítulo, como também o próprio exame do instituto da preclusão em suas duas acepções já realizadas.

Dizer simplesmente que “a preclusão atinge não só as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz”, como se tudo fosse apenas um fenômeno, implica ignorar completamente as diferenças existentes entre as posições jurídicas assumidas por este, em comparação às posições ocupadas por aquelas. Com essa corrente afirmação, passa-se à falsa impressão de que o juiz atuaria no processo

<sup>49</sup> Assim, na doutrina estrangeira, para exemplificar, GIUSEPPE LUMIA (*Giurisdizione e politica, Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, p. 127). Entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 204 ss).

<sup>50</sup> Il processo come giuoco, *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2, p. 489, em nossa tradução livre.

também em busca de interesses próprios, sob a carga de ônus, o que evidentemente é uma falácia inescusável.

Daí por que imprescindíveis os conceitos trazidos neste item, a fim de que se possa espancar qualquer dúvida acerca da necessidade de enfrentar separadamente os dois aspectos da *preclusão*: o primeiro aplicável às partes, o segundo, ao juiz. Se os sujeitos do processo ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, o fenômeno que os impede de exercer seus poderes dentro da relação jurídica processual se dá de forma diversa, e informado por princípios próprios.

Essa é mais uma razão que reforça nossa posição de enfrentar separadamente a preclusão dirigida às partes (no Capítulo 7) e a preclusão dirigida ao juiz (no Capítulo 8).

## Preclusão Dirigida à Atividade Processual das Partes

### 7.1 Contornos iniciais

Este capítulo é dedicado à primeira acepção de preclusão acima definida, ou seja, o fenômeno que se consubstancia na extinção de *direitos* das partes em praticar atos processuais (aí incluído, em particular, o direito de *suscitar questões no momento oportuno*).<sup>1</sup>

Para iniciar, parece-nos oportuno lembrar que, sintetizando a precisa lição de Ruccio,<sup>2</sup> a preclusão dirigida às partes tem quatro pressupostos: (a) a existência de uma faculdade processual; (b) a limitação a seu exercício imposta pela lei; (c) a ineficácia da atividade praticada após o advento da preclusão; e (d) o dever de o juiz declará-la.<sup>3</sup>

Quanto ao primeiro desses pressupostos, no item anterior propusemos uma correção terminológica, de modo que se identifique a preclusão sempre com *ônus* processuais, e não com *faculdades*.

<sup>1</sup> Ou, nos dizeres de DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455), “exigir do juiz os atos que antes poderia exigir”, o que, com efeito, parece mais amplo e, tecnicamente, mais acertado, haja vista que os atos do juiz não se limitam àqueles decisórios, como teremos oportunidade de ver adiante. Assim também Ovídio BAPTISTA DA SILVA (*Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 208): “do latim *praeccludere*, fechar, cerrar, impedir, é a perda de uma faculdade processual ou extinção do direito que a parte tivera de realizar o ato, ou de exigir determinada providência judicial”.

<sup>2</sup> *La preclusione processuale penale*.

<sup>3</sup> BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 221) também ressalta a idéia de que o juiz deve pronunciar a ocorrência da preclusão de ofício.