

Preclusão Processual Civil

Este livro traz uma contribuição ao estudo da preclusão processual civil, revendo criticamente as teorias acerca do seu conceito, enfocando o papel da preclusão na dinâmica da relação jurídica processual e estruturando diretrizes para a interpretação das normas que regem o instituto em consonância com a busca pela efetividade do processo.

A exposição enoca a *preclusão processual civil* sob duas perspectivas diferentes: a dirigida aos direitos das partes na relação processual, e a dirigida ao juiz, proibindo-o de reanalisar questões incidentais solucionadas no curso do procedimento.

Atualizada segundo a última reforma processual, a obra preocupa-se com a reinterpretação das normas processuais à luz dos avanços da ciência processual, inspirados pela busca de efetividade do processo. Ademais, aborda também algumas teses que podem ser consideradas inovadoras na literatura jurídica nacional, em especial no tocante à flexibilização do instituto da preclusão, como a defesa da inexistência do conceito de *preclusão consumativa*, tão disseminado na doutrina e na jurisprudência.

Coleção Atlas de Processo Civil
Coordenação: Carlos Alberto Carmona

Preclusão Processual Civil

Heitor Vitor Mendonça Sica

2ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2008

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 obstam o juiz a redecidir questões incidentais já superadas.¹

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 reafirmarmos 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

1 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 GUARNICCO (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 delineada 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, ARRABDI (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. preceitnam AGENHART e MARINONI (Manual do processo de conhecimento, p. 656). De fato, o juiz está impedido de modificar decisão anterior incorrida pelas partes não porque o sistema repudia eventual falta de coerência lógica entre elas, mas porque a preclusão importa na *inmutabilidade 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”

1 Contrariamente entende a maioria da doutrina. MÔNIZ DE ARAÚJO (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 dirige à parte também ao juiz (A *preclusão...* cit., p. 24). DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES (Preclusão pro iudicato...,

àquelas efetivamente decididas pelo magistrado, que restam estabilizadas pela inércia da parte em impugná-las.

Todas essas constatações já desaconselhariam a utilização do termo *preclusão* para ambas as situações. Mas não são as únicas que militam nesse sentido.

Como vimos, para as partes, a preclusão recai sobre direito de suscitar incidentes processuais em geral e, em particular, sobre o direito de suscitar determinadas questões no momento e forma oportunos. Ora, a preclusão que se dirige aos poderes do juiz recobre questões incidentais efetivamente por ele decididas, tenham sido suscitadas ou não, já que há inúmeras questões que o juiz conhece de ofício, independentemente de provocação das partes, como ficou demonstrado.

Além disso, é conveniente lembrar que a perda da possibilidade da parte em suscitar questões oportunamente se opera *ipso facto*, independentemente de decisão judicial (art. 183 do CPC). Aqui, basta a omissão para que se caracterize a preclusão. O mesmo se diga quanto à preclusão lógica: aquilo que extingue o direito da parte é a prática de ato com ele incompatível. O reconhecimento do juiz a esse respeito, ocorrido em momento posterior, tem efeito meramente *declaratório* (*ex tunc*).

Já a preclusão que recai sobre as decisões incidentais se opera somente após terem sido proferidas e ter se escoado o prazo para interposição do recurso cabível, pela parte. Daí por que podemos explicar a associação (mais comum alhures do que entre nós, como vimos) da preclusão de direitos das partes e a decadência⁷ (com as ressalvas intransponíveis de que o primeiro instituto é de direito processual e o segundo, de direito material,⁸ e de que a preclusão se dá não só pelo transcurso do tempo, mas também com a prática de ato incompatível em momento antecedente).⁹ Do mesmo modo, a preclusão de questões surge assemelhada à coisa julgada, como imunização dos efeitos das decisões interlocutórias.¹⁰

Outro aspecto que merece menção, no propósito de realçar a distinção entre as duas modalidades de preclusão *sub examine*, reside no estudo do direito (ônus) de recorrer. Passado o prazo para recurso, a parte perde a possibilidade de praticar esse ato processual específico (preclusão de ônus processual), fica impedido de rever a questão decidida. É o que sucede com as partes que, na petição inicial e na contestação, podem ser contraditórias (em atenção ao princípio da eventualidade), sem que se cogite a preclusão lógica, justamente porque há norma expressa autorizando essa postura (vide itens 7.4.4.1 e 7.10, *supra*).

⁷ Atinando para essa aproximação entre o conceito clássico (chiovendiano) de preclusão como "impossibilità di esercitare" um direito processual e o conceito de decadência para o direito material, tem-se passagem de estudo de Luigi Paolo Comocino (Preclusioni istruttorie..., cit., p. 972).

⁸ Item 4.2, *supra*.

⁹ Esta ressalva também é feita por Comocino (Preclusioni istruttorie..., cit., p. 973).

¹⁰ Item 8.8, *supra*.

dida de rediscuti-la, seja de que forma for. Nos casos em que se trata de matéria disponível – que, como vimos, é restrita no campo do processo –, esse transcurso do prazo para recurso gera também para o juiz a preclusão (impossibilidade de revisão, pela imunização de efeitos).¹¹

Assim, verificam-se dois diferentes fenômenos coincidindo no tempo: o primeiro é o transcurso do prazo, que *inexoravelmente* leva à perda da faculdade da parte em impugnar a decisão;¹² o segundo *pode ou não estar presente*, e consiste na imutabilidade da decisão (vale dizer, na impossibilidade de o juiz revê-la de ofício ou após ser instado pelo litigante interessado).

Esses dois fenômenos diferentes, *no mais das vezes*, são jungidos em uma relação de antecedente e consequente. Fica fácil visualizar essa idêntica tendo-se em conta que, com o transcurso do prazo para apelação, opera-se a preclusão temporal do direito a recorrer e, concomitantemente, surge a imutabilidade dos efeitos da sentença, *i. e.*, a coisa julgada.¹³

No entanto, *nem sempre* há essa relação entre preclusão à apelação e o advento da coisa julgada: o escoamento do prazo para apelação é *necessário* para que haja a formação da coisa julgada, *mas não suficiente*. É como no caso da sentença sujeita a *reexame necessário*: independentemente da teoria que se adote para explicá-lo, tem-se que o simples decurso do prazo para apelação gera efeitos, unicamente,

¹¹ CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 277-278), com precisão e acuidade, distingue o efeito da ausência de recurso da possibilidade de o próprio juiz revogar sua decisão, demonstrando serem fenômenos distintos: "Esclusa la possibilità di una (ulteriore) impugnazione rimane la possibilità della revoca. Invero, la revoca è un rimedio contro l'ingiustizia dell'atto, oltre l'impugnazione: impugnazione e revoca sono due rimedi diversi, tra i quali non esiste alcuna logica dipendenza. Non è pertanto logicamente escluso che lo stesso giudice, il quale ha pronunciato la decisione, prima o dopo che questa sia impugnata, in quanto si comunica di aver commesso un'ingiustizia, la ripari revoca in luogo della precedente." E demonstra que a exigência de segurança jurídica justifica que a possibilidade de revogação fique condicionada à iniciativa da parte (no fenômeno que chamou de absorção do poder de revogação pelo recurso): "Altro è il problema sul piano pratico quando si tratta di processo contenzioso, in quanto la revoca è scongiata dalla esigenza della composizione della lite: se il giudice potesse, con o senza istanza di parte, revocare, riconoscere la ingiustizia, la sua decisione, la lite finirebbe per riaccendersi e il fine del processo sarebbe frustrato. Per questa ragione, che è propria del processo contenzioso, avviene un fenomeno, che si definisce come assorbimento della revoca nell'impugnazione: in forza di ciò il giudice non può revocare la propria decisione se non in certi casi ammessi nella legge" (*Diritto e processo*, p. 277-278).

¹² Excetuada a excepcional prova de justa causa, *ex vi* do art. 183, § 1º, do CPC.

¹³ A construção já havia, em linhas gerais, sido trazida por CAROVANDA (Cosa giudicata e preclusione, cit., p. 234): "poissiamo dire che la cosa giudicata ha sempre la sua base in una preclusione". No mesmo sentido, entre nós, CINTRA, GRANOVSK e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 310): "alguns autores não distinguem coisa julgada formal e preclusão, entendida aqui como a perda de facultades processuais pelo decurso do tempo. Mas na verdade a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente".

para as partes, mas não para a relação jurídica processual, pois a coisa julgada só aparecerá depois de cumprido o que preceitua o art. 475 do CPC.¹⁴

Imaginemos que se tenha escoado o prazo para que o réu interpusse agravo contra decisão interlocutória que rejeitou preliminar de ilegitimidade de parte. A partir de então, o demandado não poderá mais agravar, porquanto esse ônus processual foi fulminado pela *preclusão*. Todavia, como já enfatizamos,¹⁵ nem por isso a questão deixará de ser passível de reanálise pelo juiz, por se tratar de matéria que, a teor do art. 267, § 3º, do CPC, pode ser conhecida “em qualquer grau de jurisdição”. O direito de a parte recorrer foi extinto pela preclusão, mas a questão não está preclusa.

Reafirma-se, então, a idéia de que a preclusão que atinge a parte não é a mesma que alcança o juiz. Quando a parte não impugna determinada decisão incidental, isso não implica *necessariamente* preclusão para o juiz.

Portanto, o engano recorrente na doutrina está em identificar, *sempre*, a preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em impugná-la, quando *apenas como regra a segunda é causa da primeira*.¹⁶

Resulta de todo o exposto que um fenômeno é a parte perder seu ônus ou direito de impugnar a decisão que soluciona determinada questão e outro, que *pode ou não* lhe estar associado, é a impossibilidade de o juiz rever essa mesma questão de ofício em momento posterior.

E esse efeito preclusivo, incidente sobre a iniciativa do juiz, é afastado em uma série de casos tratados anteriormente (item 8.5).

Especialmente quando se trata de decisão sobre matéria processual, para que se opere a preclusão para o juiz, a norma respectiva deve tutelar preponderantemente o *interesse da parte*, não o *interesse público*, de maneira que a revisão da questão dependa de provocação do litigante interessado. Quanto a essas matérias, justifica-se a limitação dos poderes do juiz pela iniciativa da parte. No mais, quanto às matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz – segundo rol elencado no item 8.5,

¹⁴ Aliás, para reforçar o argumento convém lembrar do teor da Súmula 423 do STF: “Não transitada em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considerava interposto ‘ex lege’”.

¹⁵ Item 8.5.1, *supra*.

¹⁶ Trecho da obra de TERESA AREUDA ALVIM WAMBIER (*O novo regime do agravo*, p. 303) serve de exemplo a respeito do que ora estamos discutindo: “Esta situação processual, ou seja, a preclusão, pode ter lugar num campo a que nós chamamos *positivo*, e noutro, que denominamos *negativo*. Esse campo positivo refere-se à atividade das partes, consistente em *criar* elementos, baseados nos quais o juiz deverá proferir decisão de mérito. Esses elementos são, *grosso modo*, a produção de provas, a dedução de argumentos, e a formulação de pedidos. Já o campo negativo diz respeito à possibilidade de a parte praticar atos com escopo de *arguir defeitos do processo* [...] É justamente nesse campo negativo que nós inserimos a preclusão de questões, no sentido de que não se pode rediscutir, quanto às partes, e rededidit (quanto ao juiz) o que já foi argüido, respondido e decidido.”

supra –, não se opera a preclusão, porque aí se justifica que a iniciativa da parte seja desconsiderada, e o juiz tenha liberdade de decidir e rededidit de ofício.

Esperamos assim ter demonstrado que a utilização do mesmo termo para dois fenômenos essencialmente diversos contribui decisivamente para tornar nebuloso o nosso campo de estudos. Cumpre-nos, então, investigar que razões levaram os estudiosos a avaliar essa concepção dúbia do instituto.

9.2 As razões da (equivocada) unificação dos fenômenos sob o mesmo conceito

Todos os fatores mencionados no Capítulo 5 ajudam a entender por que os dois fenômenos em exame são, via de regra, tratados em conjunto, sem que os estudiosos tenham dado importância para as diferenças já identificadas. De fato, inegável que ambos os institutos se voltam precipuamente a reger a marcha processual, e têm por fundamentos o princípio da celeridade e o da segurança jurídica, como vimos anteriormente.

Todavia, essas semelhanças parecem não ser suficientes a explicar esse verdadeiro imbróglio doutrinário. Realmente, há explicação mais profunda que aquelas já encontradas para se compreender o porquê de dois institutos processuais que apresentam diferenças tão significativas entre si serem tratados sob a mesma denominação.

Após a longa análise empreendida até esse momento, estamos convencidos de que a identificação da preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em recorrer ou suscitar incidentes processuais deve-se a uma concepção privatista do processo, pois se baseia no condicionamento da atividade do juiz à iniciativa da parte.

Colocar toda a atividade do juiz no curso do processo sob o jugo da iniciativa da parte é postura que, hoje, não se pode mais aceitar, à luz das modernas doutrinas processuais que põem o juiz como protagonista do processo e o interesse público como seu pano de fundo, sobreposto ao interesse particular dos litigantes.

De fato, como muito bem anota José Carlos B. Puoti,¹⁷ apesar de os operadores do direito terem há muito tempo despertado para o fato de que o juiz é agente do Estado, que visa, mediante o processo, aplicar o direito e pacificar a sociedade com justiça, isso “não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente”.¹⁸

¹⁷ *Os poderes do juiz...*, cit., p. 21.

¹⁸ É justamente esse ranço privatista que conduz ao entendimento de que a preclusão seria fenômeno que importa na impossibilidade de modificar decisão acerca de questão resolvida por decisão incidental quando a parte interessada dela não recorre. Como vimos, o que sucede é

Mesmo quando a doutrina atenta para o fato ora posto em foco, a perspectiva de análise da superação dessa arraigada herança privatista não tem sido, a nosso ver, totalmente adequada. Dizem então os doutrinadores que essa nova concepção do processo civil, baseada principalmente no incremento dos poderes do juiz, seria fruto da atenuação do “princípio dispositivo”,¹⁹ com o que não podemos concordar.

O enfrentamento dessa questão é importante para que possamos nos aprofundar no estudo das diferenças entre as duas faces do fenômeno preclusão. Façamos, pois, uma digressão sobre o conceito de *princípio dispositivo*.

Primeiramente, tem-se por premissa que a idéia de princípio dispositivo vem sempre associada à de processo, como – nos dizeres de LEBMAN²⁰ – uma regra “que as partes devem observar para adequar-se às exigências próprias do mecanismo que elas mesmas puseram em movimento”.²¹ O problema é, então, delimitar seu conteúdo.

Não se olvida que a denominação *princípio dispositivo* é ampla e pode conduzir a equívocos,²² máxime porque vem, amíúde, embaraçada com outros princípios, como o *princípio da demanda* e seu correlativo *princípio da congruência entre pedido e sentença*.

BARBOSA MOREIRA²³ tenta enfrentar esse problema terminológico, defendendo que a denominação *princípio dispositivo* deveria ser reservada para a *disponibilidade da relação litigiosa*, e não para a disponibilidade sobre o desenvolvimento do processo.²⁴

que *nem há sempre* essa inmutabilidade decorrente da omissão da parte, de modo que lançar os dois fenômenos (perda do direito da parte em impugnar a questão e inmutabilidade desta para o próprio prolator) sob o mesmo termo mostra-se-nos equívocado no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual.

19 Para exemplificar, confira-se, na doutrina estrangeira, JOSE RODRIGUEZ URACA (*Autoridad del juez y principio dispositivo*, p. 122) e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 62) e, entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 52).

20 Fundamento del principio dispositivo, p. 554.

21 Na esfera do direito privado, a expressão *princípio dispositivo* é estranha: ao contrário, fala-se de *autonomia da vontade*, mas com contornos bem diversos daqueles em que o princípio dispositivo se aplica ao processo, sobretudo porque nele as relações jurídicas são de direito público e inspiradas fortemente pelo conceito de ônus, em vez de simplesmente direitos subjetivos.

22 A confusão ocorre inclusive em outros sistemas processuais. Para se ter uma idéia, veja-se que há doutrinadores portugueses que diferenciam o *princípio dispositivo* (relativo ao fim que se espera obter do processo, ou seja, o *pedido* ou *demandado*) e o *princípio da disponibilidade* (relativo aos meios para atingimento desse fim, seja no domínio sobre os fatos a alegar, seja sobre os meios de prova a utilizar). Assim, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA (*Aspectos do novo processo civil português*, cit., p. 177).

23 Em *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e as partes*, cit., p. 7-14.

24 Para entender essa idéia, indispensável transcrever o seu pensamento: “figura-se lógico referir a disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem

Outros autores – dentre os quais, por exemplo, MAURO CAPPELLETTI, que se dedicou ao assunto com inigualável profundidade²⁵ – preferem, contudo, alargar a expressão para qualquer situação em que a parte pode livremente dispor de seus direitos, seja antes de dar início a um processo e fixar-lhe os limites, bem como no seu desenvolvimento, e finalmente quanto ao seu termo final. Nessa gama ampla, poder-se-ia fazer ainda a distinção entre *princípio dispositivo material* (tocante ao direito material objeto do litígio) e o *princípio dispositivo processual* (para os casos em que o objeto de disposição é um direito processual).²⁶

Sem negar a validade dos esforços pelo aprimoramento terminológico, e sem esquecermo-nos da advertência que fez BARBOSA MOREIRA em utilizar o *princípio dispositivo* como “*slogan*” cômodo, capaz de dar solução rápida a uma série de questões”, preferimos adotar tal expressão como a regra geral que permite às partes livremente dispor tanto de direitos materiais que constituam o fundo da demanda quanto de direitos previstos na órbita do processo em si.

No núcleo da idéia de princípio dispositivo está a possibilidade (expressa em uma faculdade ou, como melhor convém falar no âmbito do processo, em um ônus) de a parte livremente dispor dos direitos que o ordenamento lhe confere.²⁷ Isso é válido tanto para o direito material quanto para o processual.

divida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível –, mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado “dispositivo”. Quanto aos outros, que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para dizer o menos, a propriedade da correlação” (O problema da “divisão do trabalho”..., cit., p. 11). Na mesma esteira, colhe-se a lição de JOSÉ ROBERTO BEDAQUE, para quem, “diante de uma polémica em torno da terminologia adequada, para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo na exata configuração deles, preferível que a denominação ‘princípio dispositivo’ seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial” (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 68). A conclusão é também acolhida por PUCCI (*Os poderes do juiz...*, cit., p. 26).

25 *La testimonianza*, p. 308 ss. No mesmo sentido, na Espanha, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 60), em Portugal, ANTONIO SANTOS ARAVANTES GERALDES (*Temas da reforma do processo civil*, v. 1, p. 29 ss) e, no Brasil, CAROLINA ESTEVES (*Da disponibilidade do direito processual civil*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de José Roberto dos Santos Bedaque, p. 106-109).

26 Em sentido similar, com amparo na doutrina alemã, MONTEIRO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 68-69).

27 Assim, na doutrina estrangeira, ERKEBERNIA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 24); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117) e BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 67 ss).

Ademais, se focarmos o princípio dispositivo somente sobre os direitos materiais em litígio, que nome se daria ao princípio que rege a disponibilidade, pela parte, do direito de recorrer de uma decisão, ou de pedir a produção de determinada prova, por exemplo? Não há como se dissociarem as hipóteses, pois o mesmo fenômeno explica a disponibilidade de ambas as esferas de direitos dentro do processo.

Finalmente, entendemos que a expressão *princípio dispositivo* já é consagrada na mentalidade jurídica do processualista com a acepção ampla a que nos referimos, de tal sorte que, para nossos escopos, a reputamos adequada.

Assim, definido o conteúdo do *princípio dispositivo*, a primeira distinção que impende ser feita é entre este e o *princípio da demanda*: este último impõe seja o processo iniciado por impulso da parte (arts. 2º e 262, ambos do CPC) e que a ela incumbiria delimitar seu conteúdo, o qual também condicionaria a sentença (arts. 128 e 460).²⁸

Os dois princípios (da demanda e dispositivo) realmente não se confundem, pois o primeiro foca apenas o momento inicial do processo, ao passo que o segundo aplica-se em qualquer momento da relação processual.²⁹

Ademais, e principalmente, mesmo quando o direito em litígio for indisponível (vale dizer, o seu titular não pode dele abdicar no curso do processo), para que o processo tenha início é necessária a provocação da pessoa legitimada, em face do princípio da *inércia do poder jurisdicional* (a qual é praticamente absoluta e excepcionada em raríssimos casos),³⁰ ao passo que o âmbito de atuação do princípio dispositivo no curso do processo é consideravelmente maior (em qualquer das duas acepções acolhidas na doutrina, como se viu anteriormente).³¹

²⁸ CINTRA, GRUNOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 60-64) preferem contrapor ao princípio dispositivo o *princípio da disponibilidade*, este último relativo, sim, à possibilidade de o interessado optar por deduzir em juízo sua pretensão ou não.

²⁹ Podemos dizer que, em linhas gerais, o *princípio da demanda* seria uma das primeiras (e uma das mais importantes) manifestações do *princípio dispositivo* (assim, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES, *Derecho procesal*: introducción, p. 60).

³⁰ Acha-se esse rol de exceções em RUI PORTANOVA (*Princípios do processo civil*, p. 117).

³¹ Conforme leciona PORTANOVA (ibidem, p. 117), com apoio em obras de MAURO CAPPELLETI e DAU AGNOL JR., a disponibilidade do direito da parte assume uma feição antes de movimentada a máquina do Judiciário (consistente na possibilidade de intentar ou não a ação e definir-lhe os limites) e após a ação ter sido aforada (sujeitando-se a parte “às exigências próprias de um instrumento estatal posto à sua disposição”).

Outra idéia recorrente na doutrina é contrapor o *princípio dispositivo* ao *princípio inquisitório*,³² enfocando a questão relativa à *instrução probatória*.³³ No entanto, a vinculação não no equívoco de esquecer que a disponibilidade da parte na órbita do processo não se resume à questão probatória e inclui uma série de outros direitos processuais (a começar pelo direito de recorrer). Assim, a contraposição entre os dois princípios induz a uma errônea redução do âmbito de incidência do princípio dispositivo.³⁴

Finalmente, não é demais registrar uma opinião – razoavelmente disseminada na doutrina – de que a característica inquisitória do processo (ou seja, a atribuição ao juiz de poderes para investigação da verdade acerca dos fatos litigiosos) está *intrinsecamente* relacionada aos sistemas que, ao longo da história, previram a instauração do processo civil de ofício.³⁵ Em verdade – e muito embora essa questão não esteja diretamente relacionada ao tema deste livro –, nada impede que se mantenha no sistema o princípio da demanda, mas se atribuam ao juiz poderes instrutórios (exatamente como ocorre no processo civil brasileiro).³⁶

Em suma, assentado o que, para nós, pode ser entendido como princípio dispositivo, e tendo sido ele diferenciado de outros princípios que lhe estão em torno, podemos então refutar o argumento da doutrina de que o incremento do *ativismo judicial* importa em eliminação ou redução do *princípio dispositivo* sobre a esfera dos direitos processuais.

³² E. g., CARNAGINI (Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, cit., p. 762-764); entre nós, Ovídio BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 62) e CINTRA, GRUNOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 64).

³³ Segundo essa concepção, que é a tradicional, não haveria sistema puramente dispositivo, tampouco exclusivamente *inquisitório*, mesclando-se ambos os princípios, e prevalecendo em maior ou menor grau em cada situação (vale dizer, em causas em que os direitos fossem indisponíveis, predominaria o segundo; do contrário, o primeiro).

³⁴ Os espanhóis Cortés DOMÍNGUEZ, Gimeno SENDRA e Moreno CATTENA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 26), com amparo na doutrina alemã, anotam que, de um lado, contrapõem-se os princípios da “aportación” e da “investigación” (aqui, sim, tratando da iniciativa para a apresentação dos fatos litigiosos e a produção da prova a eles relacionada) e, de outro, contrapõem-se os princípios “dispositivo” e “oficial”. No entanto, muito embora esses dois binômios de princípios sejam separados entre si e encontrem fundamentos diversos (o princípio dispositivo se fundaria em razões econômicas, derivadas do reconhecimento do direito de propriedade, ao passo que a aplicação do princípio da “investigación” se deveria a razões políticas, ligadas à medida de intervenção do Estado na sociedade), é comum ocorrer que em um processo dominado pelo princípio da “aportación” prepondera o princípio dispositivo, do mesmo modo que em um processo marcado pela aplicação da “investigación” normalmente vem consagrado o princípio oficial.

³⁵ V. g., DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal*: introducción, p. 68-69).

³⁶ Constatção similar é feita por Bedaque (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 68 ss).

Malgrado o notável incremento dos poderes do juiz na condução do processo e na busca da mais justa solução para o litígio que lhe for submetido, *as partes continuam investidas do poder de livremente dispor, dentro dos limites da lei, não só do direito material que constitui objeto do litígio, mas também dos direitos processuais conferidos pelo sistema.*

Com efeito, a evolução do ativismo do juiz não interferiu no exercício das posições jurídicas processuais das partes, de modo que o processo continua a ser iniciado por provocação delas, a quem cabe delimitar o objeto litigioso do processo (sobre o qual recairá a sentença, não podendo ela se afastar, sob pena de nulidade, *ex vi* dos arts. 128 e 460 do CPC), e continuam elas livres para dispor sobre o objeto do litígio (de regra podendo o autor, a qualquer momento, renunciar ao direito reclamado e o réu reconhecer juridicamente o pedido contra si formulado), bem como podem os litigantes renunciar ao direito de praticar determinado ato processual na tutela de seus próprios interesses (ou omitir-se, ou ainda praticá-los em desacordo da forma prevista em lei, o que, em todos os casos, dá no mesmo, já que os litigantes continuam sujeitos à preclusão e, de um modo geral, ao preenchimento dos pressupostos processuais e forma em sentido amplo).

A idéia de *ônus*, que é ínsita à maioria dos atos que as partes praticam no processo,³⁷ traz consigo, necessariamente, a de *princípio dispositivo*.³⁸ De fato, se a parte pode escolher exercer determinada atividade ou não, é porque o princípio dispositivo inspira essa posição jurídica por ela ocupada.

A única diferença é que essa ampliação dos poderes judiciais implica a *desvinculação da iniciativa do juiz em relação às partes, quando se trata de aplicar as normas processuais*.³⁹

Essa nova ótica acerca da dinâmica dos poderes processuais do juiz implica, justamente, que este não fique dependente da iniciativa das partes, podendo se retratar quanto a uma decisão incidental equivocada e contrária a uma norma processual independentemente do recurso do litigante interessado, ou determinar de ofício as providências necessárias para que a situação litigiosa receba a mais justa decisão, *mesmo que as partes tenham renunciado ao direito de pedir referidas*

³⁷ Excepcionalmente apenas as faculdades (ou faculdades puras), raríssimas, como vimos no item 6.2.1, *supra*, e os deveres, que são residuais no sistema (conforme conclusões a que chegamos nos itens 6.2.1 e 6.4, *supra*).

³⁸ Cf. anotou FREDERICH LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 156).

³⁹ Parte dessa idéia veio captada na já referida obra de Cortés DOMÍNGUEZ, GIMENO SANJA e MORENO CATEA (*Derecho procesal civil, parte general*, p. 28), cujo excerto vale aqui transcrever: "En estrecha relación con el principio de investigación se encuentra el de 'examen de oficio de los presuestos procesales' (*von ans wegen*), cuya vigencia en un ordenamiento procesal autoriza el órgano jurisdiccional a sugerir, de oficio, a las partes su subanación, o a estimar su ausencia, con independencia de que hayan sido o no evidenciados por la parte interesada. La vigencia de este subprincipio en modo alguno contradice el principio dispositivo, ni el de aporación."

*providências, ou se omitido em fazê-lo regularmente.*⁴⁰ Pelo mesmo princípio, opera-se um alargamento das questões cognoscíveis de ofício, mesmo sem provocação da parte.⁴¹

Se aceitássemos a idéia de que as modificações que o processo civil vem sofrendo nos últimos tempos importam em atenuação do princípio dispositivo, teríamos que admitir também que as partes estão cada vez menos sujeitas a ônus processuais quando, em verdade, *quase nada mudou quanto a suas posições jurídicas*; apenas desvinculou-se a iniciativa do juiz da iniciativa das partes para uma enorme gama de matérias.

Essa é, portanto, mais uma constatação que denota que os processualistas não têm dado a devida importância para a distinção entre as posições jurídicas ocupadas pelas partes daquelas em que o juiz se encontra; e, mesmo dizendo-se despidos de concepções privatistas ultrapassadas, continuam a analisar fenômenos processuais sob a mesma ótica, isto é, condicionando a atividade do juiz à iniciativa ou provocação da parte.

9.3 Proposta de acomodação dos conceitos

Chegamos, finalmente, ao ponto em que devemos optar pela adoção de uma das proposições terminológicas existentes na doutrina, quais sejam, continuarmos chamando indistintamente os dois institutos analisados de *preclusão*, denominar o primeiro de *preclusão* e o segundo de *preclusão judicial* (reservando a expressão *preclusão "pro iudicato"* para as situações para as quais REDEVITI a cunhou),⁴² adotar *preclusão para as partes* em contraposição à *preclusão para o juiz*, ou finalmente adotar o conceito de coisa julgada interna para o segundo fenômeno, como na

⁴⁰ MICHELE TARUFFO (*La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, p. 252) assinala, com acuidade, que o princípio dispositivo pode continuar imperando mesmo se o juiz tem poderes de direção do processo (que incluem poderes "inquisitórios"), haja vista que esse papel do magistrado não implica interferência na autonomia das partes. Em sentido similar, TESORIENE (*Contributo...*, cit., p. 154-155) afirma que a acentuação do caráter inquisitório do processo não significa abandono do princípio dispositivo, mas apenas a limitação de seus efeitos com relação ao juiz.

⁴¹ Os exemplos dessa afirmação são inúmeros. Pensemos em todas as questões que o juiz conhece de ofício a despeito da omissão das partes em suscitá-las e debatê-las (itens 8.5.1 e 8.5.2, *supra*). Observou-se ainda, no item 8.5.3, *supra*, a possibilidade de colheita de provas, mesmo se a parte deixou de requerê-las ou não o fez adequadamente. Lembra-se ainda da suspensão do juiz, que, se não foi suscitada pela parte oportuna e regularmente, nem por isso o juiz necessariamente deixará de conhecê-la. E assim por diante.

⁴² Como sugeriu, de modo inovador, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (*Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*, p. 16-19).

doutrina italiana (que usa a expressão *giudicato interno*). Todas as opções apresentam inconvenientes, mais ou menos graves.

A primeira solução, como já vimos, peca por chamar de *preclusão* dois institutos que são *diferentes entre si*, não deixando transparecer, em absoluto, essa distinção.

A segunda carece de base científica, já que o termo *preclusão* “*pro iudicato*” foi cunhado para situações particulares de eficácia *extraprocessual* de determinadas decisões não passíveis de ser cobertas pela coisa julgada *material*. Não há como equiparar a situação à simples imutabilidade *endoprocessual* de uma questão incidental.

A terceira, apesar de embasada em raciocínio irrepreensível, introduz conceito estranho à doutrina, e que, justamente por não ser reconhecido, perde sua razão de ser. Quicá no futuro (e fazemos votos disso) a expressão se generalize. Afinal, como aponta Cruz e Tucci, “qualquer definição contida em um vocabulário processual tem valor hoje e aqui [...] amanhã, a aceção pode transformar-se”.⁴³

Os inconvenientes da quarta opção terminológica já foram por nós postos em destaque no item 8.1.4, *supra*.

A quinta e última talvez seja própria para o direito italiano apenas, mas não para o nosso. A palavra *giudicato*, se traduzida como *julgado*, não teria sentido em nossa experiência jurídica processual, e se traduzida como *coisa julgada*, identificar-se-ia imediatamente com *sentença*, ante a definição que nossa lei processual traz acerca do instituto. Isso não ocorre na Itália.⁴⁴ Ademais, o âmbito de incidência do *giudicato* (*sostanziale*) trazido pelo art. 2.909 do *Codice Civile* é consideravelmente mais amplo do que aquele oferecido por nossa lei pátria (lá se dispõe genericamente sobre qualquer sentença que contenha um *accertamento*, mesmo as *non definitive*, ao passo que aqui apenas sobre a sentença de mérito com as limitações do art. 469 do CPC).⁴⁵ Isso sem falar que o processo italiano apresenta casos de *giudicato interno* com efeito extraprocessual, inclusive sobre matéria processual,⁴⁶ o que nos é absolutamente estranho.

Assim, entre nós é imprescindível o conceito *autônomo* de *preclusão* sobre questões incidentais, mesmo porque, conforme mais uma vez Cruz e Tucci, “as pe-

⁴³ *Tempo e processo*, p. 42.

⁴⁴ Para Pugliese (*Giudicato civile* (diritto vigente), cit., nº 1, tradução inédita de Ricardo de Barros Leonel): “‘Giudicato’ é, sob este aspecto, termo mais neutro, porque se refere a um qualquer elemento que tenha sido objeto de julgamento, mesmo se não compreenda a íntima relação litigiosa e não tenha, portanto, os caracteres para ser qualificado ‘lide’ ou ‘controvérsia’, mas constitua, por exemplo, uma questão contida na lide ou a esta prejudicial.”

⁴⁵ Ainda que se entenda que seja necessário, no processo italiano, um *accertamento* de mérito para que se verifique o surgimento da coisa julgada substancial.

⁴⁶ Item 3.2, *supra*.

culiaridades da linguagem valem, apenas, no âmbito de um ordenamento legal específico”.⁴⁷

Em vista de toda a exposição – e como já se poderia inferir dos títulos dos Capítulos 7 e 8 –, preferimos falar em *preclusão dirigida à atividade das partes* e *preclusão sobre questões incidentais*, com a consciência do rebuscamento de tais definições, mas sem romper totalmente com a terminologia científica corrente e sem deixar de expressar as idéias por nós defendidas.⁴⁸

Note-se, por fim, que a terminologia proposta acaba por reconhecer que entre os dois institutos há semelhanças, por nós antes já ressaltadas (Capítulo 5, *supra*), porquanto vem mantido em ambos o termo *preclusão*, mas com inseparáveis indicativos acerca do objeto sobre o qual recaem.

⁴⁷ *Tempo e processo*, p. 42.

⁴⁸ Em sentido um tanto similar, essa distinção foi também proposta por Maurício Giannico, que sugere uma classificação da preclusão, quanto ao objeto, entre “preclusão de ônus processuais (ou de direitos das partes” e “preclusão de questões (ou de poderes do magistrado)” (*A preclusão...*, cit., p. 129).

10

REPERTE

Preclusão e Dinâmica do Processo

10.1 Considerações iniciais

Até agora, enfocaram-se as duas faces da preclusão sob o ponto de vista estático, vale dizer, como fenômeno processual que fulminará o direito da parte à prática de determinado direito processual, ou que torra inmutável questão incidental individualmente considerada.

Todavia, apesar de o fenômeno *preclusão* possuir enorme valor em si mesmo, sua importância realmente sobressai se analisado no conjunto de atos encadeados no procedimento.¹ Sem ter essa visão, a abordagem do instituto acaba revelando-se insuficiente, porquanto limitada à sua definição, classificação e distinção de figuras afins (falta, no geral, preocupação com o aspecto dinâmico do instituto). Para esses objetivos, pouco importa de qual das acepções de preclusão se está falando. Apesar das fundamentais diferenças entre ambos, ainda assim as senhancas autorizam que possamos fazer um tratamento até certo ponto conjunto das espécies não só no presente capítulo, como também no próximo, concernente à *interpretação* das normas acerca da preclusão.

10.2 Impulso processual

Impossível pensar em dinâmica processual sem mencionar a quem incumbe seu *impulso*.

Cada processo, de cada país e de cada época histórica, atribui o impulso processual, em maior ou menor medida, ou às partes, ou ao juiz. Está-se, aqui, diante de um dos principais aspectos do que BARBOSA MOREIRA² chamou de “divisão do trabalho” no processo.³

Já há muito a doutrina processual apregoa que, em virtude do caráter *público* das normas processuais e da atividade jurisdicional, o impulso do processo não deve ficar a cargo das partes, que não podem, como se diz habitualmente, fazer dele “coisa privada”.⁴

Com efeito, abandonadas as concepções individualistas e liberais, vigentes no século XIX, e desenvolvida a concepção científica do processo como *meio público de solução de controvérsias*, apto a gerar *uma relação jurídica própria, entre autor réu e juiz, diversa daquela de direito material que lhe constitui o mérito*, perde totalmente o sentido permitir aos litigantes que exerçam total controle sobre a marcha do processo (tal como ocorria no Código de Processo Civil napoleônico, e mesmo, ainda que em menor grau, no Código de Processo Civil italiano de 1865, na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola em sua redação original de 1881, e na ZPO alemã, em sua redação original de 1877 (itens 3.1, 3.4 e 3.3, respectivamente)).

Vigora no nosso processo civil – assim como na maioria dos ordenamentos atuais – a regra do *impulso oficial*, como deixa expresso o art. 262 do CPC (“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”),⁵ o qual é reforçado pelo art. 125. II (“o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio”).

Contudo, *impulso oficial* não significa (diferentemente do que uma leitura mais apressada dos artigos supracitados sugeriria) *impulso pelo juiz*. De fato, a marcha é ditada, em muito maior medida, pelas *normas processuais*, do que propriamente pela atividade pessoal do juiz (ele se limita a aplicá-las).

Salta realmente aos olhos que a fixação de prazos preclusivos para as partes – *que é obra da lei processual e não propriamente do juiz* – não é outra coisa senão

² O problema da “divisão do trabalho”..., cit., p. 7-14.

³ A ideia de que o processo é uma divisão de trabalho já vem impressa na obra de CAVENUTI (*Diritto e processo*, p. 124), que afirmava: “Giurisdizione e azione, azione e giurisdizione sono le due forze, centripeta e centripeta, che fanno muovere il meccanismo processuale. Si spiega, con quello che è stato detto nel capitolo precedente, che il processo è lavoro: lavoro del giudice, delle parti e dei loro ausiliari.”

⁴ Usam esta recorrente expressão, dentre outros, PUGLIESE (*Giudicato civile* (direito vigente), cit., p. 834); GRASSO (*Interpretazione della preclusione*, cit., p. 645), TESORIENE (*Contributo...*, cit., p. 12) e, na Espanha, MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 44).

⁵ Nesse ponto, DINAMARCO faz a precisa distinção entre *iniciativa* e *impulso* (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 132).

¹ É nesse sentido a precisa constatação de TESORIENE (*Contributo...*, cit., p. 11-12).

manifestação do princípio do impulso oficial, daí por que a íntima relação do tema com o objeto deste livro.⁶

Ao limitar a atividade das partes à *forma* (em sentido amplo) prescrita em lei, o nosso ordenamento processual inegavelmente retira das partes o poder de dispor sobre a cadência do procedimento. Ao juiz cabe, apenas, verificar a regularidade de tais atos, *a posteriori*, já que a lei é que impõe às partes limitações aos seus direitos processuais.

Por isso mesmo é que ao processo de impulso oficial se contrapõe àquele denominado pelo chamado *princípio da liberdade*.⁷ Mas em um ou outro caso a ordem dos atos processuais existe (isto é, existe impulso processual): a única diferença – repetimos – é a quem incumbe o impulso, se preponderantemente oficial (por meio das normas processuais concernentes ao procedimento e que impõem preclusões) ou às partes.^{8,9}

De outra parte, impende ressaltar que dificilmente existe – ao menos no âmbito do processo civil – um processo cuja marcha seja exclusivamente *oficial*, a começar pelo *ato inicial* do processo, que é justamente a *veiculação da demanda*. Para a prática desse ato é indispensável a iniciativa da parte, exceto em raríssimos casos,¹⁰ em razão do princípio da inércia do Poder Judiciário.

Dessarte, quando se fala em *impulso oficial*, deve-se entender que não pode ser ele absoluto, pois, como bem apontou CALAMANDREI,¹¹ adotar o princípio do *impulso oficial* é aceitar que o impulso processual feito pelas partes seja *meramente residual*, praticamente relegado ao início (demanda) e final (recursos contra a sentença final).¹²

⁶ Precisamente, no *Diccionario de derecho escrito* pelo espanhol Luis Ramó Durán, o verbete *impulso procesal* vem associado ao verbete *preclusión*, explicando-se o primeiro conceito dessa forma: “los derechos [...] que habieran podido ejercitarse y non lo fueran, se considerarían abandonados; este efecto del impulso procesal se denomina preclusión” (p. 327).

⁷ Cf. anota Moniz de Aragão (Preclusão..., cit., p. 151).

⁸ No procedimento regido pelo *principio da liberdade*, “la legge considera facoltativa l’osservanza dell’ordine stabilito”, conforme leciona Grasso (L’interpretazione della preclusione..., cit., p. 643).

⁹ Do mesmo modo, é a lei que estabelece que a decisão interlocutória, uma vez tendo restado irrecorrida, torna-se inatível, inclusive para o juiz que a prolatou. As normas de direito processual impõem esse efeito preclusivo, sempre no intuito de impulsionar o processo (ou melhor, de impedir que sua marcha retroceda). Aqui fica ainda mais claro que *impulso oficial não é exatamente impulso pelo juiz, mas sim impulso pela lei processual*.

¹⁰ Vide referência no item 9.2, *supra*.

¹¹ *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 323.

¹² Nessa esteira, em linhas gerais, vem a lição de Courture (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 172-173): “Se denomina impulso procesal al fenomeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”, o qual por vezes compete às partes (“cargas procesales”) e às vezes ao juiz (estabelecendo por si próprio, ou impondo o prazo da lei,

Os momentos em que o impulso processual incumbe às partes são justamente aqueles em que materialmente se mostra impossível ao juiz dar o direito à prática de determinado ato por precluso e dar prosseguimento ao processo até final, bem como nos casos em que o interesse particular prepondera completamente sobre o público.

Esse primeiro aspecto ressaltado se comprova à vista do fato de que a aplicação do disposto no art. 267, III, do CPC se faz presente apenas em casos excepcionais, em que – como aponta com precisão Araújo Cintra¹³ – houver atos e diligências “cuja omissão constitua obstáculo intransponível para o funcionamento do impulso oficial e, por conseguinte, para a marcha do procedimento”.¹⁴ E mesmo assim, conforme preconizam doutrina¹⁵ e jurisprudência,¹⁶ deve ficar evidenciada a intenção do autor de abandonar o processo, devendo o réu requerer que o processo seja extinto (conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 240).

Nesses raros casos, não se pode dizer que a preclusão estaria afastada, pois ao juiz se impõe, apenas, tomar uma providência mais complexa antes de dar o ato por precluso e aplicar à espécie outro efeito associado ao preclusivo, qual seja, a extinção do processo sem apreciação de mérito. Isto é, após intimado o advogado para promover o ato necessário, e este tenha se omitido, o juiz determina a intimação pessoal da parte. Mas, passadas as 48 horas dessa intimação, operam-se a preclusão (perda do direito de praticar o ato) e, associada a ela, a extinção do processo sem exame de mérito.¹⁷ Novamente se mostra pertinente aqui a distinção entre a preclusão e outros efeitos a ela associados (item 7.6, *supra*).

Em todo e qualquer outro caso, a perda do direito da parte em praticar o determinado ato ocorre de *imediatu* e pelo *simples decurso do prazo*. O processo não é extinto e caminha, então, com o impulso oficial.¹⁸

¹³ sob pena de *preclusión*, de maneira que “el propio interés de las partes el que les mueve a realizar los actos dentro del término que los señala”.

¹⁴ Abandono da causa..., cit., p. 171.

¹⁵ Também no processo civil espanhol o fato de se instituir o impulso oficial não exclui de toda a possibilidade de que o processo seja extinto por inatividade das partes. Como leciona Javier Serrano Prado (*Ley de enjuiciamiento civil*, v. 1, p. 540), ainda existe margem, ainda que limitada, para que se verifique a “caducidad en la instancia”.

¹⁶ E.g., Moniz de Aragão (Comentários..., cit., v. 2, p. 422).

¹⁷ E.g., RF 132/431 e RT 162/114.

¹⁸ Como preceitua Araújo Cintra (Abandono da causa..., cit., p. 172).

¹⁹ Talvez a única exceção a essa tese que poderia ser levantada diz respeito ao pagamento, pelo autor, de despesas para realização de prova determinada de *ofício* ou requerida pelo Ministério Público (art. 19, § 2º, do CPC). Conforme entendem Araújo Cintra (Abandono da causa..., cit., p. 172-173) e Cruz e Tucci (*Temas polémicos...*, cit., p. 24), se o autor omitir-se na prática deste ato, mesmo

Quanto ao segundo aspecto ressaltado (preponderância do interesse privado sobre o público), é de se ver que são raros de ocorrer no processo.

Logo que a petição inicial é entregue à autoridade jurisdicional, verifica-se, apenas, uma relação entre o subscritor da peça e o Estado, cujo conteúdo é o exercício do direito de ação, ainda sem participação do réu. Há renomados doutrinadores que entendem que, somente após determinada e realizada a citação pelo ente estatal, a relação jurídica processual pode efetivamente se instalar, com a participação dos três sujeitos (*iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*).¹⁹ Outros, ao contrário, sustentam que já existe processo antes da citação, mas apenas a relação jurídica ainda não se “angularizou” entre os três sujeitos.²⁰

Seja como for, o conteúdo dessa fase “pré-citação” (que, segundo a teoria tradicional, faz parte da fase postulatória, como veremos adiante) tem contornos diversos daquela que se instala posteriormente ao ato citatório; naquela é muito mais marcante o *princípio dispositivo*, facultando-se ao autor não só emendar a petição inicial quando determinada (art. 284 do CPC), como também alterar livremente o pedido e a causa de pedir (art. 294), e desistir da ação, independentemente da aquiescência do réu (art. 267, § 4º).

Depois da citação, nenhum desses atos é mais permitido: a alteração do pedido é vedada (exceto com a concordância do réu, mas mesmo assim somente até o saneamento do processo, a teor do art. 264, parágrafo único, do CPC)²¹ e a desistência da ação depende de aquiescência deste (mesmo se for ele revelar, *ex vi* do art. 321 do CPC).

depois de pessoalmente intimado, o juiz estaria autorizado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, III, do CPC. Todavia, há acórdão do TJSP (publicado em *JTJ* 166/193) que entendeu que, se a prova cuja produção foi determinada de ofício interessa ao réu, ele deve adiantar a despesa respectiva (o que, *data venia*, é um contra-senso, pois não há como saber, de antemão, se o resultado da prova será favorável ao réu ou ao autor).

¹⁹ A respeito, cumpre transcrever as palavras de José Frederico Marques: “a ação é o direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado no tocante a uma pretensão insatisfeita. Seu instrumento formal é a petição inicial onde o litigante, dirigindo-se ao juiz, formula pretensão, com seus fundamentos, e requer a citação do outro litigante, para que se instale a relação jurídica processual” (*Manual...*, cit., v. 1, p. 169). Nessa linha de raciocínio, existiria ação sem processo, eis que “da ação é que nasce a relação jurídica que se forma com o processo” (*Ibidem*, v. 1, p. 170). Comunicam do mesmo entendimento CARRA, GINOWER e DINAMICO (*Teoria geral do processo*, p. 256): “sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional”.

²⁰ Assim, e com essas palavras, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 11, p. 98). Na mesma esteira, TESTENIER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 84), que acrescenta que “o réu é réu simplesmente porque o autor contra ele formulou pedido. Assim melhor se explicam as eliminações que o juiz eventualmente intervir no processo, mesmo antes da citação”.

²¹ Esse dispositivo demonstra, particularmente, que o processo é “coisa pública” e não privada, pois, uma vez estabilizado o objeto do litígio, nem mesmo o consenso das partes é capaz de mudá-lo.

É como se, antes da citação, a relação jurídica entre particular e Estado fosse *menos pública* que após a citação (com o perdão da expressão inadequada, mas ilustrativa), de tal sorte que tanto o regime de preclusões quanto o rigor do controle quanto à forma dos atos processuais se tornam mais flexíveis.

Flexíveis, porém, não significam *inexistentes*, como parece óbvio.²²

Antes da citação, o principal ato processual praticado pelo autor é, evidentemente, a petição inicial. Quando este ato se apresenta inadequado quanto à forma (em sentido estrito), e houver possibilidade de corrigi-lo, o juiz não o indefere (abstenendo-se de reconhecê-lo inadmissível) de plano. Ao contrário, o juiz assina prazo para a emenda (art. 284 do CPC) e, se a parte não atende à determinação judicial, o juiz “indeferirá a petição inicial” (art. 295, VI) e extinguirá o processo sem exame de mérito (art. 267, I). Do mesmo modo sucede nesta fase pré-citação, quando o autor deixa de demonstrar estar preenchido qualquer pressuposto processual a ele concernente e passível de emenda. A preclusão incide apenas após dada essa chance de correção.

Ao lado dessas situações de preponderância do interesse particular sobre o público – que já são excepcionais –, existem outras em que há verdadeiro *domínio* do interesse privado. Essas são ainda mais raras.

O advento da Lei nº 11.232/2005, ao suprimir (quase por completo²³) a autonomia da liquidação de sentença e da execução de título judicial, convertendo-as em meras fases do “processo sincretico”, não se desvinculou da regra de que ambas exigem iniciativa da parte (vide os arts. 475-A, § 1º, e 475-B, § 1º, quanto à liquidação, e o art. 475-J, *caput* e §§ 3º e 5º, todos do CPC, a respeito do cumprimento de sentença). Aqui, tem-se uma clara ressalva ao *impulso oficial*.

Chama também a atenção o preceito contido no art. 791, III, do CPC, em que a falta de indicação, pelo credor, de bens do devedor para penhora no prazo que o juiz estipular não acarreta a perda do direito de fazê-lo (*preclusão*), tampouco importa em extinção da execução de título extrajudicial (*efeito associado à preclu-*

²² Mesmo nos procedimentos *elásticos*, como era o italiano antes da *Novella* de 1990, a aplicação da preclusão se fazia sentir, mas de maneira atenuada: ou nas palavras de GASSO (Interpretazione della preclusione... cit., p. 642), nesses sistemas “gli effetti dell’inservanza dell’onere sono ridotti al minimo”.

²³ Diz-se que o abandono dessa dicotomia não foi completo, porque continua a existir a execução de título judicial autônoma contra a Fazenda Pública (arts. 730-731 do CPC), e tendo por objeto sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória (da qual constem valores de dano líquidos), bem como acordo extrajudicial homologado judicialmente (art. 475-N, inc. II, IV, V, VI, do CPC), nas quais não se cogia de prévia fase de conhecimento perante o juiz que processará os atos executivos. Nesse sentido, J. E. CARREIRA ALVIM (Execução de sentença penal arbitral e estrangeira (art. 475-N, parágrafo único, do CPC) – Processo de execução ou execução sincretizada (cumprimento)?, *Aspectos polémicos da nova execução*, p. 330-338).

são), mas simplesmente a *suspensão* de seu trâmite.²⁴ A razão para essa particular disposição legal gira em torno do art. 569 do CPC, que prevê a *libre disponibilidade* da execução.

Do mesmo modo, em vários procedimentos de jurisdição voluntária – exceto naqueles poucos iniciados por obra do juiz ou do Ministério Público e naqueles em que se verifica, ainda que residualmente, litígio²⁵ – há uma completa flexibilização do princípio da preclusão. Aqui, por não haver qualquer litígio a ser dirimido, mas tão-só “administração pública de interesses privados”, é natural que o interesse público se apresente esmaecido. Se não há litígio a ser composto, o sistema não exige que o procedimento se encaminhe de modo acelerado para o seu final, e, dessarte, não se aplica a preclusão. Aliás, o art. 1.109 do CPC – que autoriza o juiz, nos processos de jurisdição voluntária, a não aplicar a *legalidade estrita* – é justamente a base para essa ausência de preclusividade.

Nos processos de arrolamento e inventário, a questão mostra-se um pouco mais delicada. Analisá-los em face do princípio do *impulso processual* significa falar das incumbências do *inventariante*, sobretudo aquelas contidas nos incisos III a VI do art. 991 do CPC. Se este se furtar de apresentar as declarações e documentos exigidos pela lei (leia-se *se este se omitir quanto ao impulso do processo*), quais são as consequências dessa omissão?

Parece de se descartar a hipótese de *extinção* do processo sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, II ou III, do CPC, e a jurisprudência é enfática nesse sentido.²⁶ Não é para menos, afinal o art. 995, II, do CPC é expresso em afirmar a possibilidade de remoção do inventariante caso não lhe dê andamento regular.²⁷ Assim, quando muito poder-se-ia promover o incidente de remoção, pelo inte-

²⁴ Parece-nos que essa hipótese de suspensão é taxativa, isto é, nos demais casos em que a execução se paralisar, por inércia do exequente em praticar determinado ato indispensável à marcha do processo, poderá ser ele extinto, respeitando-se previamente o que dispõe o art. 267, § 1º, do CPC, em homenagem à aplicação subsidiária do Livro I do Código ao Livro II, prevista no art. 598. É o que defende Araújo CUNHA (Abandono da causa..., cit., p. 175), dando como exemplo o pagamento de despesas de avaliação do bem penhorado.

²⁵ Como o processo de alienação de coisa comum que, como ressalta Budaque, foi erroneamente inserido no item reservado aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (Código de processo civil interpretado, cit., p. 2602). Aqui, pode haver litígio quanto ao valor do bem a ser alienado.

²⁶ Vejam-se como exemplo dois acórdãos do TJSP assim ementados: “*Inventário – Extinção por abandono – Inadmissibilidade – Recurso provido*” (Apelação Cível 124.885-4 – Guarulhos, 10ª Câm. de Direito Privado, rel. Maurício Vidigal, j. 14.12.1999, v. u.) e “*Inventário – Extinção do feito – Determinação de arquivamento dos autos que não equivale na espécie à extinção do processo sem julgamento do mérito nos moldes do art. 267, VIII, do CPC. Possibilidade de extinção apenas quando inexistirem bens a inventariar. Recurso provido para dar prosseguimento ao feito*” (Al 196.923-4/3-00-Igape-SP 1ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Elliot Akel, j. 10.4.2001, v. u.). BAAASP 2240/474-e, de 3.12.2001.

²⁷ Exige-se, contudo, que se demonstre que haja omissão culposa do inventariante (RT 479/97 e Bol. AASP 877/273).

ressado ou de ofício.²⁸ Não existiria propriamente *preclusão*, tampouco o efeito a ela associado, que é a extinção do processo sem julgamento do mérito. Haveria, apenas, a substituição do inventariante (por um dos herdeiros ou legatários, ou inventariante dativo).

Contudo, a prática admite largamente a *suspensão* do curso do inventário, mesmo que tal alternativa não encontre abrigo em nenhuma das hipóteses do art. 265 do CPC.

Só há um meio de entender essa saída, tão comum na prática. Quando se trata de herdeiros capazes, e não há litígios entre eles, ou entre estes e terceiros intervenientes, a paralisação do processo, mesmo que por desídia do inventariante, não justifica a extinção do processo, já que aqui se está diante de um *procedimento de jurisdição voluntária por excelência*, desaconselhando-se a extinção do feito sem exame de mérito,²⁹ no esteio, inclusive, do art. 1.109 do CPC.

Enfim, deve-se ter presente a idéia de que o impulso processual caberá exclusivamente à parte, excluindo-se a preclusão, somente nos raríssimos casos em que o interesse privado for *absolutamente dominante*. Quando houver *relativa preponderância* do interesse privado sobre o público, o regime de preclusões mostra-se *mais elástico*, mas ainda assim presente.

É curioso notar, ainda, que em determinados casos a preclusão é atenuada também em atenção à prevalência absoluta do interesse público quanto ao objeto do processo.

Na ação popular e na ação civil pública, por exemplo, o abandono do processo pelo ente legitimado não implica *necessária e imediatamente* a extinção do processo sem apreciação do mérito. Em realidade, em virtude do disposto, respectivamente, no art. 9º da Lei nº 4.717/1965 e no art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/1985, pode ocorrer a *substituição* do pólo ativo pelo Ministério Público (e, no caso da ação popular, também por qualquer cidadão).

O mesmo sucede com as causas de interdição, em que o Ministério Público pode assumir o processo abandonado pelas pessoas legitimadas e referidas pelo art. 1.177 do CPC, desde que o feito verse uma das causas do art. 1.178.³⁰ Revela-se, então, o interesse público na tutela dos direitos do incapaz, que pode emer-

²⁸ Como admite a jurisprudência: RTJ 109/751 (maioria); RJTJESP 132/309; JTJ 192/205.

²⁹ Com efeito, apesar de o inventário e o arrolamento virem encartados no Título I do Livro IV do Código (jurisdição contenciosa), a doutrina (e.g., MARCATO, *Procedimentos especiais*, p. 165-166) os considera de *jurisdição voluntária*, sobretudo por estar mitigada a matéria objeto de controvérsia e decisão àquelas questões referidas no art. 984 do CPC, remetidas as demais (denominadas de “alta indagação”) às vias ordinárias.

³⁰ Assim, entendem Nery Jr. e Rosa Nery (Código..., cit., p. 1242), com amparo na jurisprudência (JTJ 164/111).

gir em outros casos por nós não lembrados aqui, em que o *Parquet* substituiria a parte desidiosa.

Assim, apesar de se operar a preclusão com respeito à pessoa ou ente responsável pelo abandono das referidas causas, o principal efeito associado a ela previsto em lei (extinção do processo nos termos do art. 267, III, do CPC) é excluído e o ente omissor é substituído na titularidade da demanda e, por conseguinte, na incumbência de dar impulso ao processo, praticando o mesmo ato sobre o qual o demandante original se omitiu.

Aqui se revela a idéia de que a preclusão dos direitos das partes atende a um escopo publicista, à medida que determina a marcha do processo adiante, mas se funda na idéia de que as partes podem livremente dispor de seus direitos na órbita do processo. Vale dizer, *a preclusão tem fundamento publicista, mas se assenta sobre o princípio dispositivo, que é consagração do aspecto privatista que continua a inspirar as posições jurídicas ocupadas pelas partes no processo.*

Todavia, quando não há necessidade de que o processo caminhe aceleradamente para o seu final (nas hipóteses, reveladas anteriormente, em que prepondera o interesse da parte), a aplicação da preclusão é mais flexível.

Do mesmo modo, quando, ao contrário, o interesse público prepondera relativamente ao objeto do processo (como em causas que versam direitos transindividuais ou dos incapazes), a preclusão *para o autor* continua aplicando-se, pois, quando este abandona a causa e é substituído por outro ente legitimado, não poderá mais nela intervir e praticar o ato sobre o qual antes se omitira. Mas o ente legitimado poderá, sim, praticar o ato que o demandante original deixou de executar, e, no mais, a lei subtrai os demais efeitos associados à preclusão sobre a relação jurídica processual (notadamente a extinção do processo sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, III, do CPC).

10.3 Decisão de questões e fases processuais

Convém agora enfrentar a seguinte (tormentosa) questão: *nosso processo é, de fato, dividido em fases, como se costuma dizer?*

Tomando-se por paradigma o procedimento comum ordinário, que serve de base a todos os demais (art. 272, parágrafo único, do CPC), é possível identificar com razoável clareza em que fases é ele estruturado, sobretudo em razão do fenômeno da preclusão.

A primeira delas seria a fase postulatória, que — consoante assinala MONIZ DE ARAÇÃO³¹ — é perfeitamente delimitada por dois dispositivos: o art. 264 e o art. 303,

caput, ambos do CPC, que encerram a postulação das partes na inicial e contestação, vedando-se seja ela diferida para momento posterior, justamente em função da regra da *preclusão*.

Duas outras fases são delimitadas pelas audiências: a ordinatória pela audiência de saneamento (art. 331 do CPC) e a instrutória pela audiência de instrução (art. 448 do CPC). Uma está centrada no saneamento do processo (ato pelo qual se declara que o processo está livre de vícios e que concorrem os pressupostos necessários ao julgamento do mérito, definem-se os pontos de fato controvertidos e defere-se a produção de provas necessárias para esclarecê-los), mas compreende as providências preliminares de que tratam os arts. 327 e 329 do CPC. A outra compreende todos os atos pelos quais se dá a produção da prova (incluindo, por exemplo, a intimação de perito para estimar honorários e dar início a seu trabalho pericial, a expedição de intimações a testemunhas arroladas pelas partes, a realização da inspeção judicial etc.).³²

Encerrando o que antes se chamava de “processo de conhecimento”, tem-se ainda a fase decisória, que se inicia com as alegações finais (orais, ao final da audiência de instrução, ou, como mais comumente acontece, substituídas por memoriais escritos), abrange o proferimento de sentença, e para alguns alcança até mesmo a oposição e julgamento de embargos declaratórios.

Agora, com o advento da Lei nº 11.232/2005, há que se reconhecer a possibilidade de existência de duas outras fases, uma eventualmente dedicada à *liquidação* de uma sentença genérica, e outra para o seu *cumprimento* forçado. Todavia, não nos interessa, para os objetivos deste trabalho, esmiuçar nenhuma dessas duas “fases” do “processo sincrético” (que antes giravam na órbita do processo autônomo de execução de título judicial).

Feita essa análise, forçoso reconhecer as inúmeras provas de que essas fases são razoavelmente flexíveis.

A primeira delas — aclamada no início de vigência do Código de Processo Civil de 1973 — repousa justamente sobre o “julgamento antecipado da lide”, permitindo que, se a matéria em debate for apenas de direito, ou se os fatos já estiverem superados pela incontrovérsia ou por quadro probatório suficiente, a fase instrutória seja descartada, passando-se diretamente à decisória.³³

³² Conceção similar é hoje adotada pelo Código de Processo Civil italiano, após a *Novella* de 1990: como ensina BONA CAMILIANI (*Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 887), a primeira fase, de introdução da demanda, é regida pelo art. 180 do CPC, a segunda, denominada *trattazione*, e prevista no art. 183 (a qual se dá em audiência e marca a fixação do objeto litigioso do processo), e uma terceira, de instrução propriamente dita, conforme o art. 184.

³³ Essa alternativa do Código de Processo Civil de 1973 foi recebida com festa, pois sob a égide da lei processual anterior o procedimento ordinário era pauteado por excessiva rigidez, sendo impossível o julgamento antecipado do processo (DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 277). LEBMAN, enquanto esteve no Brasil, defendeu o julgamento do mérito no despacho saneador, sob a égide

³¹ Preclusão..., cit., p. 153.

Outra constatação que derruba o mito de que as fases do procedimento comum são rígidas e estanques decorre do fato de que *não apenas no saneamento do processo o juiz faz a verificação da concorrência dos pressupostos processuais e condições da ação e realiza o controle da regularidade formal do processo.*

Com efeito, nada impede – pelas razões já expostas em momento precedente deste livro³⁴ – que o juiz que haja declarado saneado o feito reconheça a posteriori que o autor carece da ação, ou que falta algum pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, ou mesmo que pronuncie invalidade que antes passara despercebida. E, consoante as conclusões a que já chegamos, esse poder não se resume a conhecer das questões pela primeira vez, de ofício e independentemente da iniciativa da parte interessada, mas se estende também para a possibilidade de revogação e modificação de decisões tomadas nesse mister, mesmo sem oportuna provocação da parte (por meio do recurso de agravo). Aplicadas essas regras, afrouxa-se, por óbvio, a divisão do processo em fases.

Ademais, algumas inovações apresentadas pelas recentes reformas processuais alteraram profundamente a dinâmica do processo. Notadamente aqui está a generalização da antecipação de tutela – consoante os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC –, que pode trazer para qualquer das fases do processo a outorga (ainda que provisória) de bem da vida reclamado por um dos litigantes. O impacto dessa modificação sobre o procedimento é brutal, sobretudo porque pode abrir uma fase de execução da tutela antecipada no bojo do mesmo processo de conhecimento (inclusive nos mesmos autos). E isso sem trazer novamente à baila o § 6º no art. 273 do CPC, oferecido pela Lei nº 10.444/2002, e as implicações do novo conceito de sentença ditado pela Lei nº 11.232/2005, que, segundo vimos (itens 8.3.4 e 8.3.6), abrem margem para sentenças parciais de mérito.

Por tudo isso é que a estruturação do processo em fases estanques é incompatível com a atual (e aparentemente irreversível) tendência de aumento dos poderes do juiz. Fechar o processo em fases, a cada qual cabendo um rol estrito de questões, significa limitar a atividade do juiz. E a principal ferramenta *endoprocessual* para operar tais limitações é, justamente e como já asseveramos em momento oportuno, a preclusão.³⁵

do Código de Processo Civil de 1939 (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 81 ss), mas ao que consta essa teoria não foi aceita pelos estudiosos e pela jurisprudência pátria (cf. afirma DINAMARCO, Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 65).

³⁴ Itens 8.5.1 ss, *supra*.

³⁵ Oportuno lembrar da lição de CARNEUTTI (*Diritto e processo*, p. 157), no sentido de que o *principio da elasticidade do procedimento* (o qual permite que, dependendo da causa, seja o procedimento alongado ou reduzido e que justifica, em nosso sistema, o “julgamento antecipado da lide”) só consegue se implementar se ao juiz são conferidos amplos poderes ordinatórios (“É claro que uma estrutura elástica, nel senso ora indicato, non si può dare al procedimento se non mediante una larga attribuzione al giudice della potestà ordinatoria”).

Enfim, que há fases no processo, certamente que sim, mas apenas quando se segue o modelo padrão previsto no Código, pois a aplicação de diversos dispositivos nele previstos desfigura esse sistema dito rígido e, conseqüentemente, altera o regime de preclusões sobre questões incidentais.

10.4 Sistemas rígidos e flexíveis

Dependendo da maior ou menor liberdade franqueada às partes quanto ao exercício de seus poderes e faculdades processuais é que surge a conhecida distinção entre sistemas processuais *rígidos* e *flexíveis*.³⁶ Para essa doutrina tradicional, as “ferramentas” com as quais os legisladores trabalham para definir a rigidez do sistema são, principalmente, a *regra da eventualidade* e a *preclusão*.

Parece-nos, contudo, que duas razões principais impõem seja essa distinção recebida com ressalvas.

A primeira delas é a de que certamente não lograríamos encontrar sistemas puramente rígidos e sistemas flexíveis, e sim graus diferentes de rigidez.³⁷

A segunda e mais importante delas é a de que a distinção é feita tomando-se por base principalmente a questão da estabilização do objeto litigioso do processo, isto é, do momento em que se tolhem do autor o direito de alterar os pedidos que deduziu e as respectivas causas de pedir e do réu os meios e razões que lhe tocam para resistir à pretensão do demandante. Contudo, esse é apenas um dos aspectos que confere rigidez à dinâmica do processo de conhecimento.

A análise da rigidez ou flexibilidade do sistema, focada que está na estabilização do objeto litigioso do processo, desconsidera o regime de preclusões sobre as demais atividades das partes (além da dedução dos meios de ataque e defesa) e, sobretudo, das questões incidentais.

A preclusão, como emerge evidente do quanto já foi aqui exposto, não atua apenas no momento de fixação do objeto do litígio. É também fundamental no desenrolar das demais fases processuais, especialmente nos direitos das partes quanto à produção de provas.

³⁶ Cf., *e. g.*, Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 140); Dinamarco (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455 ss) e, profundamente, Junior Alexandre Moreira Pinto (*Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda, Causa de pedir de pedido no processo civil (questões polêmicas)*, p. 63).

³⁷ Assim também pondera Marelli (*La trattazione della causa...*, cit., p. 18).

Por isso mesmo, e como já vimos,³⁸ a associação da preclusão com o princípio da eventualidade, tão recorrente, não nos parece adequada, pois o segundo fenômeno é consequência de apenas uma das manifestações do primeiro.

E, por fim, o outro erro de perspectiva dessa conceituação é deixar de lado a preclusividade que incide sobre os poderes do juiz de reapreciar o que já tiver sido decidido.

Também esse aspecto influi sobremaneira na maior ou menor rigidez do procedimento, já que, seja de ofício, seja por meio de pedidos de reconsideração, a ordem dos atos encadeados no procedimento pode se flexibilizar, permitindo-se que retorne a fases anteriores para reanálise de questões que já haviam sido superadas.

E quando atenta para esse aspecto da maior rigidez ou não do procedimento, não raro a doutrina afirma que em sistemas rígidos as partes têm pouca liberdade para suscitar matérias de ataque e de defesa e de pedir a produção de provas, e também o juiz estaria impedido de retornar a questões incidentais anteriormente resolvidas.³⁹

Evidencia-se, aqui, a influência da concepção há muito sedimentada na mente dos estudiosos (a qual já foi por nós reafirmada nos itens 8.5.1 ss e Capítulo 9, *supra*): a de que a preclusão do poder da parte em impugnar determinada questão incidental opera para o juiz, *invariavelmente*, a impossibilidade de rever a decisão. Como vimos, esses fenômenos estão ligados entre si por uma relação de causa e efeito, mas não são indissociáveis. Em suma, a rigidez do procedimento quanto à atividade das partes e aquela quanto à atividade do juiz não necessariamente apresentam-se ao mesmo tempo no sistema.

Um sistema pode ser mais rígido quanto à fixação do objeto litigioso do processo e rígido quanto ao regime de preclusão das questões incidentais (como no processo de conhecimento regido pelo Código de Processo Civil brasileiro ou o processo civil espanhol, posterior à LEC de 2000),⁴⁰ rígido quanto à fixação do objeto litigioso e flexível quanto às questões incidentais (como no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na Lei nº 9.099/1995),⁴¹ flexível quanto ao princípio da eventualidade e rígido quanto às questões incidentais (como no processo civil alemão, anterior à reforma que entrou em vigor em 1977)⁴² e fle-

³⁸ Item 7.10.1, *supra*.

³⁹ Confira-se, à guisa de exemplo, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 18).

⁴⁰ A rigidez do sistema brasileiro no que toca à estabilização das questões incidentais vale como regra geral, mas, como vimos, as exceções a ela são tantas, de modo que, assim interpretado, nosso sistema não é absolutamente rígido como a doutrina costuma dizer.

⁴¹ Vide, a propósito, o item 10.5, *infra*.

⁴² Vide item 3.3 *supra*.

xível nas duas disciplinas (como no processo italiano, após a *Novella* de 1950 e antes da de 1990).⁴³

Essas considerações nos parecem pertinentes para que se tenha a exata dimensão da dicotomia sistemas rígidos e sistemas flexíveis.

10.5 Sistemas escritos e orais

Já tivemos oportunidade de ressaltar em estudo anterior⁴⁴ que a oralidade em nosso processo civil é, historicamente, mitigada, em que pese ter tido ardorosos defensores.⁴⁵

O Código de 1939, que se proclamava instituidor de um processo oral,⁴⁶ de fato trazia alguns institutos que, em teoria, contribuiriam para a implementação desse princípio.⁴⁷ Todavia, outras normas forçavam a predominância da escrita e o alongamento do processo em diversas fases.⁴⁸ Isso sem falar que, na prática

⁴³ Vide item 3.2, *supra*.

⁴⁴ Recorribilidade das interlocutórias... cit., p. 173 ss.

⁴⁵ O primeiro, e mais notável deles, como é curial, foi CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 167 ss), o qual lançou as bases doutrinárias para definição desse princípio processual (e seus quatro corolários básicos, isto é, *imediatez, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias*) e até hoje suas lições influenciam fortemente processualistas de seu país ("*Ideale ... è espresso da queste tre parole: concentrazione, oralità, immediatezza*"). São essas as enfáticas palavras de SERGIO LA CHINA para defender a oralidade na Itália (*Diritto processuale civile*, p. 2).

⁴⁶ Na Exposição de Motivos, subscrita por FRANCISCO CAMPOS, dizia-se: "recomendei desde o princípio que o futuro Código não poderia deixar de afeiçoar-se ao sistema a que quase todos os Códigos de Processo no mundo se vêem progressivamente conformando, tão uniformemente se fazem sentir por toda a parte as inconveniências do processo escrito tradicional. Impunha-se uma reforma de fundo do nosso processo. [...] a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente". Adiante, a Exposição abre o título "Críticas e objeções ao processo oral", destinado exclusivamente a rebatê-las, sob a idéia de que "tais objeções fundam-se, porém, no desconhecimento do sistema e, particularmente, ao nome que lhe foi geralmente atribuído". Ressaltava-se o chamado "poder das palavras".

⁴⁷ Leia-se: recorribilidade restrita das interlocutórias (arts. 842 e 851), unicidade de audiência (art. 270), identidade física do juiz (art. 170) e, como é curial, o despacho saneador.

⁴⁸ MACHADO GUIMARÃES (*Estudos de direito processual civil*, p. 9) chega a dizer que o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 1939 só era oral a partir do despacho saneador, pois antes disso vinha estruturado em fases inteiramente escritas e marcadas pela preclusão (no mesmo sentido, e acrescentando que o procedimento ordinário não era concentrado, e sim pautado por excessiva rigidez, especialmente porque impossível o julgamento antecipado do processo, moderadamente DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 277).

judiciária, as normas que determinavam a prática de atos oralmente eram sistematicamente inobservadas.⁴⁹

Com o Código de 1973, o princípio da oralidade foi ainda mais abandonado,^{50,51} e nem mesmo a Lei nº 8.952/1994, que reformou o procedimento comum ordinário e instituiu a *audiência preliminar*, conseguiu reverter esse quadro. Prevaleram as históricas dificuldades de aplicar o processo oral.⁵² Tanto que a Lei nº 10.444/2002 restringiu as hipóteses em que esse ato se realiza.⁵³

Trata-se de fator que influi decisivamente na amplitude do regime de preclusões, já que a adoção do princípio da oralidade implica a aceitação de seus corolários básicos (*concentração, imediatidade, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias*)⁵⁴ e, conseqüentemente, a estrutura do procedimento recebe uma conformação completamente diversa.

Assim, não podemos concordar com ANTONIO ALVES BARBOSA, ao afirmar que “o que resulta do exposto, de resto, é que, se é evidente a importância da preclusão no processo escrito, também o é no processo oral [...] é de se concluir que muito

49 José FREDERICO MARQUES, em 1958, já afirmava que: “Infelizmente o foro brasileiro não se acomodou de todo ao sistema oral. O Código é violado, neste particular, com progressivas infrações. A princípio, eram os memoriais escritos apresentados em audiência. Posteriormente, a preguiça ou a complacência de alguns juizes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua intervenção efetiva, e tão-só com os advogados das partes. Hoje, quase tudo está postergado, como se o procedimento escrito tivesse sido restaurado” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 130).

50 A própria Exposição de Motivos do Código de 1973 procurava demonstrar alguns inconvenientes da oralidade e as dificuldades de aplicá-lo à ríscia em um país com as dimensões territoriais do Brasil, a fim de justificar as diversas normas nele instituídas que atentavam contra esse princípio: “O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender as peculiaridades da extensão territorial do país” (Capítulo IV, Seção II, item 13).

51 A começar pelo princípio da ampla recorribilidade das interlocutórias, mas também maiores restrições ao princípio da identidade física do juiz (art. 132), e as exceções aos princípios da concentração e imediatidade (§ 3º do art. 454).

52 BARBOSA MOREIRA já havia assinalado essa e outras variadíssimas dificuldades da efetiva implementação de um procedimento por audiências, como o despreparo técnico dos magistrados para conduzir a tentativa de conciliação, a imensidão territorial do país e as dificuldades de locomoção, a precariedade dos prédios onde se realizam as audiências, a má distribuição de advogados pelo Brasil etc. (Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências, *Temas de direito processual – sexta série*, p. 95-106).

53 Para uma análise mais completa a esse respeito, confira-se o nosso Recorribilidade das interlocutórias... cit., p. 178-179.

54 A conexão dos temas “processo oral” e preclusão é recorrente na doutrina (e.g., SERGIO LA CHINA, *Direito processual civil*, cit., p. 2; DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PECAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 73).

menos à forma do procedimento – oral ou escrito – e muito mais à estrutura do processo está vinculada a preclusão”.⁵⁵

Segundo entendemos, quanto mais concentrado for um processo, maior será o rigor preclusivo para as partes no exercício de seus direitos processuais e menos importância terá o problema da estabilização das questões incidentais.

Para entender essa afirmação, pensemos em um processo exclusivamente oral, apenas para orientar nosso raciocínio, embora saibamos que não existe processo que não conte com atos escritos, e que não apresente uma certa divisão em fases. Nessa hipótese extrema, se reuniriam em uma única audiência a articulação da demanda e da defesa, a instrução probatória, a solução de questões incidentes e o proferimento de sentença, de modo que as partes só poderiam exercitar seus direitos processuais nesta audiência, ao mesmo tempo em que as questões incidentes seriam resolvidas quase que simultaneamente ao proferimento da sentença, não havendo tempo para que o juiz sequer cogitasse a reapreciação do que já passara.⁵⁶

Ou seja, a adoção da oralidade não implica, necessariamente, que o procedimento abra mão de uma ordem das atividades e, por conseguinte, da preclusão.⁵⁷ Muito pelo contrário: a concentração de todas as atividades das partes em um único ou em poucos momentos dentro do processo só tem condições de se implementar se for mantida a regra da preclusão (impedindo as partes de ditar a marcha do procedimento e dilatar a sua duração para praticar atividades sobre as quais se omitiram no momento apropriado). Em síntese, a ordem procedimental desenvolvida sob a oralidade se mantém: apenas reduzem-se os intervalos entre um ato e o seu sucessivo.

No que toca à preclusão sobre questões incidentais, é evidente que, quanto mais concentrado o procedimento, menos tempo terão as partes para recorrer em separado de cada decisão incidental, do mesmo modo que haverá menos tempo para que o juiz possa cogitar a revisão de decisões anteriores. Mais uma vez se

55 *Da preclusão...*, cit., p. 94-95.

56 No item destinado ao estudo do processo romano (2.2.2), observamos que a concentração do procedimento implicava acentuação da preclusividade, mesmo à falta de uma regra processual específica a respeito. A rigidez preclusiva decorria naturalmente do modo como o processo vinha estruturado. Adiante, tratando da adoção do “Modelo de Stuttgart” pelos tribunais alemães no século XX (item 3.3, *supra*), notamos que a doutrina identificou uma acentuação do caráter preclusivo do processo. Mas isso ocorreu não porque as normas previam preclusões (além daquelas já presentes no ordenamento), mas sim porque a concentração dos atos não dava às partes outra alternativa senão praticar todos os seus atos de uma só vez, pois, uma vez proferida a sentença, a oportunidade de fazê-lo restava invariavelmente superada (nesse sentido, CAUÉ E TUCCI, *A causa petendi...*, cit., p. 107). Ou seja, com esses dois exemplos, colhidos de momentos históricos absolutamente distintos, extrai-se a evidente conclusão de que a concentração do procedimento leva inextravelmente ao aumento da rigidez preclusiva.

57 Como afirmam DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PECAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 62).

mostra irreprensível a lição de CHIOVENDA, estabelecendo como um dos corolários sobre os quais se assenta o princípio da oralidade justamente a *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*.⁵⁸

Isso, contudo, não significa que diminuirá o número de decisões interlocutórias – como entendeu Ovídio BARRISTA DA SILVA⁵⁹ –, pois serão elas tantas quantas forem as questões incidentais a serem resolvidas (seja o processo oral, seja o processo escrito). Apenas serão elas proferidas de uma só vez e, possivelmente, pouco (ou nenhum) tempo haverá para que se indague se elas estão estáveis ou não, pois logo vem proferida a sentença definitiva.

Convém analisar essas assertivas em dois subsistemas em que a aplicação do princípio da oralidade é relativamente ampla (ou, pelo menos, bem mais ampla que no procedimento comum, regrado pelo nosso Código de Processo Civil).

O primeiro deles é o processo perante os Juizados Especiais Cíveis. Conforme já tivemos oportunidade de comentar em outro trabalho,⁶⁰ a instituição de um recurso único contra a sentença final, pelo art. 41 da Lei nº 9.099/1995, implica a conclusão de que as questões incidentais poderão ser ventiladas novamente pela parte interessada nessa oportunidade.⁶¹

No Processo do Trabalho, fenômeno semelhante ocorre. O art. 893, § 1º, da CLT diz que “os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”, deixando claro que a parte, apesar de

⁵⁸ A rigor, a irrecorribilidade em separado das interlocutórias acabaria decorrendo naturalmente do sistema se ele fosse estruturado quase que inteiramente sob a forma oral. Mas como isso não é possível – e isso o próprio CHIOVENDA reconhecia, haja vista que o que só ocorrer na prática é que os sistemas são mistos, uns mais outros menos orais –, esse corolário deve ser implementado como regra processual, a fim de viabilizar a instituição de um processo predominantemente oral.

⁵⁹ “Se fosse praticamente possível a construção de um sistema processual que se submerresse ao princípio da oralidade absoluta e radical – com seu secretário lógico da concentração numa única audiência do inteiro tratamento da causa –, as decisões interlocutórias acabariam desaparecendo. A frequência com que elas aparecem, num determinado sistema processual, aumenta na mesma proporção em que o sistema se afasta da oralidade e da concentração e tende-se a tornar-se ordinário, com predomínio da escritura sobre a comunicação oral” (Ovídio A. BARRISTA DA SILVA, *Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 3).

⁶⁰ Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 181.

⁶¹ No texto referido no item anterior transcrevemos lição de DEMÓCRITO REINALDO FINO (*Juizados Especiais Cíveis*, p. 193), que aqui soa também pertinente: “Essa característica do processo especial, de não admitir recurso contra decisão interlocutória, não quer dizer que fica vedada, de modo absoluto, a reposição de questões junto ao órgão recursal. Uma vez proferida a sentença, o recurso contra ela interposto será eficaz para o reexame de todas as questões que foram objeto de decisões interlocutórias.” No mesmo sentido, ARIOS GUSMÃO CASARINO (*Recurso especial, agravo e agravo intermédio*, p. 105), com esteio nas lições de ROGÉRIO LAURIA TUCCI e CÂNDIDO DINAMARCO.

não poder questionar as decisões interlocutórias, poderá voltar a suscitá-las por ocasião de recorrer da sentença final.⁶²

Essa falta de preclusão dirigida às partes é *aparente*, pois permanece o ônus de impugnar a questão resolvida no recurso contra a sentença final. Ou melhor, a questão incidental *preclui*, mas o prazo recursal é, por assim dizer, mais elástico e coincide com o prazo para recorrer da sentença final, pois não se admite a *recorribilidade em separado* das interlocutórias.⁶³

Em suma, nos dois exemplos *supra*, substituiu-se o regime de ampla recorribilidade *em separado* de interlocutórias vigente no Código de Processo Civil por outro em que a possibilidade de o interessado suscitar a mesma questão permanece aberta *apenas* no recurso contra a decisão final. Assim, tanto nos Juizados Especiais quanto no Processo do Trabalho, há o ônus do interessado em recorrer da decisão incidental quando e se for recorrer da decisão definitiva.

Mas não se extrai desses últimos dois sistemas a consequência de que o mesmo juiz que prolatou uma decisão interlocutória possa ou não revê-la, *ex officio*, antes da sentença definitiva, ou na própria ocasião em que tiver que a prolatar. Com efeito, já vimos que uma coisa é impedir que a parte suscite as questões novamente no curso do processo (seja por meio de imediato recurso em separado, seja reservando questões para, eventualmente, levantá-las no recurso contra a sentença, como ocorre em ambos os sistemas já referidos), outra, completamente diversa, é permitir que, a qualquer tempo, o próprio juiz que decidiu a questão incidental se retrate.

Não pretendemos, aqui, encontrar resposta para essa questão, e é provável que os estudiosos que se debruçaram sobre o estudo do procedimento dos Juizados Especiais e do Processo do Trabalho não tenham para ela atinado, justamente, porque em ambos os casos o procedimento é fortemente oral e concentrado, de modo que no mais das vezes há pouco (ou nenhum) tempo entre a decisão inter-

⁶² Apesar disso, como também já tivemos ensejo de notar (Recorribilidade das interlocutórias..., cit., p. 182), o Tribunal Superior do Trabalho tem vislumbrado uma *preclusão lógica tática* quando a parte prejudicada pela decisão interlocutória contra ela não protesta (cf., v. g., VALENTIM CARRION, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 748). Conforme já nos manifestamos, além de tal entendimento ser *contra legem* (institui a obrigatoriedade de um ato processual não previsto em lei, ferindo, evidentemente, a cláusula constitucional do devido processo legal), se baseia em uma interpretação *absolutamente equivocada* do que seja *preclusão lógica*. Para que tal fenômeno ocorra, é necessário que haja um ato processual, e outro subsequente que lhe seja logicamente contraditório. Ora, o silêncio da parte quanto à decisão de questão incidental é *a única atitude que a lei permite ser tomada*, não havendo possibilidade de *nenhuma conduta diversa*. Ora, se o silêncio da parte é imposição da CLT, não pode ser considerada uma “omissão voluntária”, a ensejar a “presunção” de que a parte se conformou.

⁶³ Note-se apenas que no primeiro sistema referido esse particular regime de preclusividade de questões deflui de uma interpretação sistemática da lei, ao contrário do segundo, em que está expressa.