

locutória e a sentença para que a questão incidental seja renovada pela parte no curso do processo.

Nesses sistemas, não desperta muita preocupação o regime preclusivo atinentes às questões incidentais, porque seus efeitos não se fazem sentir de forma tão intensa quanto num procedimento inteiramente escrito e prolongado no tempo.

Em suma, o fato de nosso processo ter uma oralidade mitigada acentua o impacto que seu caráter preclusivo traz à atividade decisória do juiz. Isso ocorre não porque as normas que permitem a prática desconcentrada dos atos processuais por escrito tratam do instituto, mas sim porque tornam o procedimento em primeiro grau de jurisdição mais longo e, dessarte, há tempo suficiente para que se cogite a possibilidade de o juiz rever decisão incidental que proferira em momento antecedente.

É provável que, se o nosso processo civil de cognição adotasse o princípio da oralidade em medida próxima àquela do Processo do Trabalho, ou do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, a importância que possui a preclusão de questões incidentais na dinâmica do procedimento seria fortemente esmaecida.<sup>64</sup>

Sem que se pratiquem mais atos processuais oralmente, dificilmente conseguirá o legislador atingir um nível de concentração comparável ao dos sistemas mencionados. Apenas a instituição do princípio da eventualidade e de uma fase escrita de saneamento (ainda que compreenda a fixação dos pontos controversos e o deferimento de provas) não é suficiente para alcançar o objetivo de concentrar o processo de modo a diminuir o impacto e a importância do regime de preclusões em nosso sistema.

Mas, para isso, voltamos a todos os problemas já enfrentados pelo legislador para implantar um sistema oral, isso desde o Código de 1939, até as duas recentes ondas de reformas processuais. Mais uma prova da enorme complexidade do tema objeto do presente trabalho.

<sup>64</sup> Para isso atentou AWARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 170) ao afirmar que, "num processo dominado pela oralidade, imediação e concentração, em que as fases tendem a se aproximar ou a se confundir temporalmente, com o conseqüente entranquecimento da preclusão". Recentemente, reafirmamos essa opinião ao analisarmos a nova lei do agravo (o agravo e o "Mito de Prometeu" – considerações sobre a Lei nº 11.187/2005, In: WAMBIER, TERESA, *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 9, p. 193 ss.

## Preclusão como Princípio e sua Interpretação no Sistema

### 11.1 Pela necessidade de interpretar cientificamente a preclusão

- "A lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual" (GALENO LACERDA, *O código e o formalismo processual*, cit., p. 8).

Conforme conclusões já extraídas (itens 7.12 e 8.9), para vários estudiosos, a preclusão se revela como um dos princípios informativos do processo. Se assim é, deve ele conviver com outros dentro do processo, cabendo ao intérprete essa harmonização.

O desafio, então, está em *interpretar* as normas concernentes à preclusão em harmonia com as demais regras e princípios do sistema. E quanto a isso a epígrafe extraída de escrito de GALENO LACERDA é extremamente oportuna, pois a chave do sistema de preclusões está, sem dúvida, na interpretação de suas normas de modo mais ou menos rigoroso.

Tendo em vista todas as normas que estabelecem limites à atividade das partes e do juiz, poderá este último reconsiderar determinada preclusão, em concessão a outros princípios do sistema, sempre que parecer *justo* ou *razoável*?

Essa dúvida é decorrência de um dos problemas fundamentais do direito, isto é, o conflito entre legalidade e justiça,<sup>1</sup> e para que possamos enfrentá-lo na órbita

<sup>1</sup> Cf. LUMIA (*Legalità e giustizia. Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, p. 134 ss), que classifica esse problema não só como fundamental do direito, mas também existencial.

do direito processual civil, o ponto de partida é, novamente recorrendo à lição de GALENO LACERDA transcrita em epígrafe, ter em conta as finalidades do processo.

E, conforme a clássica obra de CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, trata-se ele de meio público de solução de conflitos, para restabelecimento da paz social, afirmação do Estado de Direito e aplicação do direito objetivo (escopos social,<sup>2</sup> político e jurídico).

Essa fase instrumentalista do estudo do processo impõe uma interpretação mais ampla possível do art. 5º, XXXV, da CF (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).<sup>3</sup> Segundo essa nova visão, para implementação do “acesso à ordem jurídica justa”, não basta tornar mais acessível à população passar pelos umbrais do Poder Judiciário, tampouco basta estabelecer meios para defesa dos interesses transindividuais, pois o processo deve estar apto para a tutela adequada dos direitos, ou seja, não basta que, pelo processo, a

parte alcance *qualquer solução*, mas sim a *solução mais efetiva e consentânea com o direito material*.<sup>4</sup>

Luigi PAOLO COMOGIO, embora se referindo ao ordenamento italiano, sintetiza essa idéia de modo perfeitamente válido também para o nosso sistema processual: “A ação, em sentido constitucional, como não é mais apenas ‘direito ao processo’ (mas é um ‘direito ao justo processo’), é também um ‘direito à tutela’ (ou, se preferir, o ‘direito a uma efetiva tutela’), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os ‘princípios supremos’ do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os ‘direitos invioláveis do homem’, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2º Constituição).”<sup>5</sup>

Em síntese, essa tomada de posição implica uma interpretação dos institutos processuais voltados para o objetivo de tornar o processo *efetivo*. E essa tem sido a tônica dos atuais estudos de direito processual civil não só Brasil, como também em outros países do mundo, que começam a despertar para o relevante papel do processo no Estado de Direito.<sup>6</sup>

Segundo BARBOSA MOREIRA,<sup>7</sup> a busca pela efetividade do processo se assenta em alguns pontos: (a) o processo deve dispor de meios de tutela adequados a todos os tipos de direitos (expressos ou implícitos no sistema); (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado o conjunto de seus titulares; (c) que haja meios para que o julgamento do magistrado se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos; (d) que o sistema seja formatado de modo que o resultado do processo seja exatamente aquele que o direito material assegura ao litigante vencedor; e (e) que os resultados mencionados sejam atingidos com um mínimo de dispêndio de tempo e energia.

Vale aqui acrescentar ainda a sintética, mas profunda, observação de SCARPINELLA BUENO: “Por ‘efetividade’ deve ser entendida a necessidade de redução do binômio ‘direito e processo’; trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para realização concreta do direito material.”<sup>8</sup>

4 Enfim, traduz essa preocupação a máxima enunciada por CHIOVENNA de que “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há diritto tutto quello e proprio quello che gli há diritto di conseguire” (Dell’azione nascente del contratto preliminare, *Seggi...*, cit., v. 1, p. 110).

5 *Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95.

6 Talvez uma das mais recentes e eloquentes provas desse esforço pela efetividade do processo seja dada pela Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, promulgada em 2000, e é inaugurada com a seguinte frase: “El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad”, e, para tanto, mostra-se necessária “una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas”.

7 Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de direito processual – sexta série*, p. 17-18.

8 *Tutela antecipada*, p. 10.

2 E quando se fala do escopo social do processo, devemos lembrar que, na mesma medida em que a sociedade brasileira se modificou nos últimos cinquenta anos (especialmente com uma enorme urbanização e industrialização), o processo passou a atender a uma série de conflitos que em uma sociedade agrária não eclodiam. Nesta última, predominavam as causas que envolviam propriedade (especialmente de terras) e sucessão, em que a necessidade de rapidez do processo não era tão intensa (como bem anota MONTENEGRO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 56), e nelas figurava como parte apenas uma resrita parcela da população (aquela que deinha a propriedade). Uma das únicas exigências de rapidez processual que uma sociedade essencialmente rural impunha, pode-se dizer, repousa na tutela da posse, e tanto o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 371 ss) quanto o de 1973 (arts. 920 ss) contemplam mecanismos de antecipação dos efeitos do provimento final em casos de tutela da posse de “força nova”. Assim, ambos os Códigos nacionais brasileiros foram editados tendo-se em vista essa sociedade agrária: mesmo o diploma de 1973, publicado no auge do “milagre econômico” brasileiro, não se distanciou da estrutura geral do diploma antecedente, como acentuou recentemente DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 42-43). Assim, alguns de seus dispositivos denunciavam essa vocação de solução de conflitos de uma sociedade rural e arcaica, como os curiosíssimos (e ainda vigentes) art. 649 (que dispõe sobre a impenhorabilidade das “provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês” e do “anel nupcial e os retratos de família”) e art. 689 (“Sobrevindo a noite, prosseguirá a praça ou o leilão no dia útil imediato, à mesma hora em que teve início, independentemente de novo edital”). O sistema processual de uma sociedade urbana e industrializada deve, em suma, estar preparado para enfrentar litígios mais complexos (do ponto de vista fático e legal) e litígios que se repetem sistematicamente (como anota e exemplifica com riqueza ARAUDA ALVIM, *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo, Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, p. 94).

3 Nesse sentido ressalta BENAQUE que “não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendem valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita” (Garantia da amplitude da produção probatória, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 153). Adiante (p. 159), o autor ainda acrescenta: “A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, e constitui elemento essencial do Estado de Direito.”

Esse é o programa básico da busca pela efetividade do processo e a sua adoção implica uma nova visão desse instrumento de solução de conflitos.

Entretanto, o processo continua a ser um meio *típico* de solução de controvérsias, no sentido de que se acha pautado sobre normas que prevêem as formas e os modelos a serem seguidos para que a prestação jurisdicional seja entregue a quem demonstrar estar protegido pelo direito objetivo, bem como no sentido de que se encontra ele estruturado sobre um completo sistema de garantias individuais do cidadão em face do Estado.

Temos de pensar, como já fizemos anteriormente,<sup>9</sup> que “o magistrado é um servidor público que, no desempenho de suas atividades, representa o Estado (o ‘Estado-juíz?’), e que, como tal, ‘há de observar, a exemplo do que fazem os servidores dos Poderes Executivo e Legislativo, o princípio da legalidade” que, no processo, se traduz na garantia constitucional do *devido processo legal*.<sup>10</sup>

Assim, se a lei processual prescreve ao juiz determinada conduta (como inadmitir atos das partes que tenham sido praticados após o advento da preclusão, ou abster-se de reapreciar o que já tiver decidido incidentalmente, exceto nas hipóteses previstas em lei), o desvio dessas prescrições implica *nullidade* de seus atos. As partes também devem seguir à risca os comandos processuais, seja porque o processo – e isso já foi dito – é meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista,<sup>11</sup> seja porque *meditadamente* a atuação de um litigante de acordo com o modelo da lei transmite segurança para a relação jurídico-processual e assegura a preservação das garantias constitucionais da parte adversa (devido, então, o magistrado controlar a regularidade dos atos praticados pelos litigantes).

Em suma, o formalismo, em geral, e a preclusão, em particular, colocam-se à base do *devido processo legal*, pois, nas palavras de CARLOS ALBERTO OLIVEIRA,<sup>12</sup> representam “restrição à atividade do Estado”, servindo à “domesticação do arbítrio estatal” e permitindo que se minimize “o autoritarismo dentro do processo”.

O grande desafio do intérprete e do operador do direito é tornar o processo apto a realizar concreta e adequadamente os seus fins, dentro dos parâmetros do *devido processo legal*,<sup>13</sup> a fim de evitar que os resultados sejam alcançados sem

<sup>9</sup> Contribuição ao estudo da teoria das nulidades, cit., p. 17.

<sup>10</sup> ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 86) ainda acrescenta: “a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual”.

<sup>11</sup> LIEBMAN (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19).

<sup>12</sup> *Do formalismo...*, cit., p. 62 e 83-84.

<sup>13</sup> BONAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 166), de modo irrepreensível, assinala que “Não é suficiente afirmar que o art. 5º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional.”

observância das garantias constitucionais das partes no processo.<sup>14</sup> Enfim, trata-se de manter uma certa ordem formal no processo, pois isso se traduz em segurança e previsibilidade para os litigantes, mas esse formalismo não pode pôr em risco os resultados práticos que do processo se espera.<sup>15</sup>

O problema é dos mais intrincados, e para enfrentá-lo em sua complexidade seria necessária obra extensa e profunda, incompatível com as dimensões deste livro e com os objetivos aqui propostos. Entretanto, no que toca à interpretação de um instituto em particular – a preclusão, em suas duas acepções –, acreditamos podermos ser desfiadas algumas idéias.

A premissa inafastável à seqüência da exposição, e que convém desde logo realçar, é a de que o único modo de adequar as exigências contrapostas presentes no binômio delineado é primar pelo *rigor científico* na interpretação dos institutos processuais, de modo que se busque a efetividade do processo por intermédio do trato *técnico* de seus instrumentos.

Para sustentar tal posição, valemo-nos da lição de BARBOSA MOREIRA, que há algum tempo alertou para os três riscos a que um pensamento exclusivamente orientado para a efetividade do processo está sujeito.<sup>16</sup> O primeiro deles está em receber esse valor como absoluto no sistema, em sacrifício total de quaisquer outros. O segundo, relacionado ao primeiro, reside na possibilidade de hipertrofia de determinado mecanismo do sistema em detrimento de outros. E, finalmente, o

<sup>14</sup> Conforme abalizada lição de CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Thésis antecipada*, p. 5), “O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa) constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LX, respectivamente).”

<sup>15</sup> De fato, e como bem ressalta MONIZ DE ARAÇÃO (Procedimento: formalismo e burocracia, *Revista Forense*, nº 358, p. 52): “tanto o formalismo quanto a burocracia têm seu lado bom e seu lado mau”. Para entender esse “lado bom”, basta lembrar, como fez MONIZ DE ARAÇÃO (Procedimento: formalismo e burocracia, cit., p. 52), da clássica lição de HEINING, segundo a qual a forma seria “‘inimiga jurada do arbítrio’ e ‘irmã-gêmea da liberdade’”. CARLOS ALBERTO OLIVEIRA (*Do formalismo no processo civil*, p. 108-109) acrescenta que “seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre seus sujeitos”, pois sem ela poderia comprometer “a igualdade das partes” e a “eficiência do processo”. No entanto, de outra parte, “formalismo excessivo ou excesso ritual são males que a todo custo cumpre evitar” (MONIZ DE ARAÇÃO, Procedimento: formalismo e burocracia, cit., p. 53), já que “ordem pela ordem não tem significado” (CARLOS ALBERTO OLIVEIRA, *Do formalismo...*, cit., p. 194). Como anota SÍRACIO CHIAUONI (*Formalismo e garantia*, cit., p. 171, em nossa tradução livre), “o formalismo apresenta, assim, um lado negativo, quando as formas são empregadas com escopos exatamente opostos aos seus próprios objetivos, se tornando fonte de injustiça material, ao invés de se manterem, segundo seu conceito, como presídios de garantias fundamentais”; e, adiante, complementa: “Todas as vezes em que se assiste à degeneração formalista da interpretação de uma disciplina, isso quer dizer que entra em jogo um interesse estranho àquele que inspira a correta aplicação das regras jurídicas segundo a sua razão.”

<sup>16</sup> Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 21-27.

terceiro risco (e definido pelo autor como o mais “insidioso” deles) é o abandono das concepções técnico-científicas atingidas pelos estudiosos que se debruçaram sobre o processo civil, seja porque a deficiência técnica na redação e interpretação dos textos normativos acarreta dúvidas para os tribunais (e dispêndio de tempo para dirimi-las), seja porque geram risco de soluções inadequadas (em prejuízo, sempre, da efetividade do processo).

Resulta, então, que “o que de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho da efetividade e a convivência com a boa técnica. Acrescenta ainda o autor que “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que dêem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção”, e ainda que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”.<sup>17</sup>

A transcrição dessa importante lição nos parece plenamente suficiente para prosseguir, passando a encarar o específico problema a que nos propusemos com enfoque particular nos valores que lhe estão à volta, sempre tendo em conta a necessidade de rigor técnico no trato dos institutos processuais.

## 11.2 Celeridade processual e segurança jurídica

É imediata a associação da preclusão tanto com a necessidade de celeridade processual quanto com o princípio da segurança jurídica.

Quanto ao primeiro aspecto, evidentemente não é de hoje que se envidam esforços para que o processo seja um meio célere de solução de conflitos. Ao longo da história, colhem-se inúmeros exemplos de iniciativas (a maioria delas de ordem legislativa), para acelerar o andamento dos processos. Pode-se até dizer ser este um dos problemas fundamentais da ciência processual.

A primeira ordem de iniciativas para aceleração dos processos está na enumeração da garantia do cidadão a uma rápida entrega da prestação jurisdicional pelo Estado. Aqui, podemos trazer como exemplos a VI Emenda à Constituição norte-americana que instituiu o *Right to a Speedy Trial*,<sup>18</sup> a Constituição italiana, que recentemente passou a afirmar no seu art. 111, 2ª *comma*, que a lei assegurará que o processo tenha uma “duração razoável”; a Convenção Européia para os Direitos do Homem, que estabeleceu, em seu art. 6º, o direito de todos ao julgamento dos processos em um “tempo razoável”,<sup>19</sup> a Convenção Americana de Di-

17 Barbosa Moreira, *ibidem*, p. 23.

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

19 Cf. Cruz e Tucci (*Tempo e processo*, p. 67).

reitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),<sup>20</sup> que elege como direito fundamental ter um litígio resolvido em “prazo razoável”, e, para finalizar essa lista de exemplos, a própria Constituição brasileira, conforme redação que a Emenda nº 45/2004 deu ao seu art. 5º, instituindo como garantia do cidadão o direito de ter seu litígio solucionado por processo com duração razoável.

Outras iniciativas (claramente mais raras) dizem respeito a normas que impõem limites temporais para solução dos litígios e estabelecem penalidades em caso de descumprimento. Barai dá conta de que o Império prussiano procedeu dessa forma, sujeitando a sanções juízes que não observassem os prazos prescritos.<sup>21</sup> Além desse exemplo, como vimos, nos Códigos de Processo Civil dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, editados respectivamente em 1922 e 1930, havia normas que estabeleciam a imediata cessação da competência do juiz caso ele excedesse os prazos para prática de seus atos (o que acarretava a remessa dos autos ao seu substituto legal).<sup>22</sup>

Há ainda as iniciativas legislativas de ordem técnica, que visam transformar o processo num instrumento mais ágil na composição das lides. Veja-se que tais iniciativas não se verificam apenas após o processo ter se afirmado como ciência processual autônoma. Já vimos anteriormente (item 2.5.7) que nos primórdios do Reino português D. Afonso III passou lei proibindo a apelabilidade das interlocutórias simples, apoiado no fato de que esse expediente provocava excessiva demora nos feitos (referida lei acha-se nas Ordenações Afonsinas, 3.72). Esse é apenas um exemplo de cunho histórico.

Mas é evidente que somente no século XX se sentem as alterações legislativas mais profundas nos sistemas processuais, sempre plasmadas na idéia de celeridade processual. O Código de Processo Civil italiano sofreu reforma sensível em 1990, com o intuito declarado de tornar o processo mais ágil e rápido.<sup>23</sup> A ZPO alemã veio a lume aos finais do século XIX, mas sofreu reformas significativas em várias oportunidades, sempre com o mesmo objetivo principal;<sup>24</sup> a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola promulgada em 2000 já alerta na sua Exposição de Motivos a necessidade de um processo civil mais rápido para atender às necessidades da sociedade atual, urbana e com alto grau de litigiosidade.<sup>25</sup> Em nosso país, é

20 Em vigor desde 1978 e incorporada ao sistema jurídico brasileiro em 1992.

21 *La decadenza...*, cit., p. 3-4.

22 Item 2.7, *supra*. Em nosso sistema atual, essa substituição de magistrados dá-se após procedimento instaurado de acordo com o art. 198 do CPC o qual, de resto, é de escassa aplicação prática.

23 Confira-se, a propósito e dentre outros, LA CHINA (*Diritto processuale civile*, cit., p. 2 ss).

24 Como afirmam, na doutrina estrangeira, Barai (*La decadenza...*, cit., p. 7) e, entre nós, Cruz e Tucci (*A causa petendi...*, cit., p. 107) e Barbosa Moreira (Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, *Temas de direito processual – oitava série*, p. 200).

25 Cf. transcreve MONTENARO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 56).

quase ocioso dizer, várias das modificações legislativas operadas em 1994-1995, 2001-2002 e 2005-2006 tiveram como metas principais “simplificar e agilizar o procedimento” e “evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional”.<sup>26</sup>

Em muitos desses casos – dentre os quais se destacam a *Novella* italiana de 1990, a reforma da ZPO alemã de 1976 e a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 –, um dos métodos utilizados pelo legislador para agilizar o andamento do processo de cognição foi justamente a instituição de um regime preclusivo mais rigoroso.

Chega-se então à ideia de que “A noção [de preclusão] vem corroborada pelo valor constitucional da eficiência da disciplina do processo [...] o qual impõe que a lei deve assegurar uma duração razoável do processo.”<sup>27</sup>

Esses brevíssimos e despretensiosos acenos demonstram a relevância que assume, na sociedade moderna, que os litígios sejam resolvidos de forma rápida. E pouca (ou nenhuma) dúvida há de que a preclusão se revela um instrumento para realização desse escopo de celeridade processual,<sup>28</sup> tanto que, recorrentemente, vem sendo utilizado por reformas processuais com esses objetivos.

De outro lado, tem-se a segurança jurídica com outro valor relevante e digno de tutela no sistema. Afinal, outra finalidade precípua do instituto objeto do presente trabalho, em suas duas facetas já analisadas, é permitir que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revisitos. Vedando à parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará à fase seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão mais ser exercidos.<sup>29</sup> Impedindo o juiz de voltar atrás acerca de algo que tiver incidentalmente decidido, respeita-se a justa expectativa jurídica das partes que daquela decisão emerge<sup>30</sup> (vale dizer, a prolação de uma decisão e consequen-

te transcurso do prazo para recurso de uma das partes geram à parte adversa um direito subjetivo que não pode ser ignorado).

Parece-nos que a necessidade de segurança jurídica não pode ser relegada a um segundo plano, sobretudo no momento atual, em que o processo civil é objeto de constantes reformas que, apesar de alterarem profundamente o sistema vigente como vimos (tomando o Código de Processo Civil caótico e cheio de contradições internas), sujeitam-se a períodos de *vacatio* extremamente curtos. Somando-se a falta de estatísticas para comprovar o resultado das reformas processuais,<sup>31</sup> e o tempo que os tribunais (sobretudo os superiores) levam para começar a julgar causas que envolvem os novos dispositivos legais resultantes dessas modificações, tem-se um quadro de profunda insegurança quanto à aplicação da lei processual.<sup>32</sup>

Não há só insegurança quanto à interpretação e aplicação da lei processual. A generalização das tutelas de urgência, aliada à pleora de recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais, permite que as decisões possam ser sistematicamente revogadas e restabelecidas, quase que indefinidamente, pelos diferentes órgãos hierarquizados do Poder Judiciário.

Se, além disso, ainda entendermos que os magistrados, quando bem quizerem, podem revogar ou modificar as decisões na seara das tutelas de urgência, teremos um quadro de insuportável insegurança jurídica, de maneira que a relação jurídica objeto do litígio só adquirirá algum grau de estabilidade quando vier o trânsito em julgado da decisão final (de regra muitos e muitos anos depois do início do processo).

Aliás, de toda forma, se o juiz não estiver sujeito a nenhuma preclusão para reanalisar aquilo que já tiver decidido, os litigantes jamais terão certeza de que o processo está apto a caminhar, nunca terão qualquer garantia que receberá uma decisão final, pois a todo momento poderão ser surpreendidos com o retorno a todas as questões já superadas.

Assim, a instituição de um regime de preclusões acaba atendendo não só à necessidade de conferir ao processo mais celeridade, como também à de segurança jurídica para os litigantes, durante o seu trâmite. Trata-se, justamente, do

<sup>26</sup> Conforme sintetizou CÂNDIDO DINAMARCO (Nasce um novo processo civil, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 7).

<sup>27</sup> CAPONI e PROTO PRISANI (*Lineamenti...*, cit., p. 181).

<sup>28</sup> Confira-se, a título meramente exemplificativo, ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil*, p. 233-234); MONIZ DE ARAGÃO (Preclusão (processo civil), cit., p. 155); ANTÔNIO CARLOS MARCATO (Preclusões: limitações ao contraditório?, cit., p. 105-106); CRUZ E TUCCI (*Tempo e processo*, p. 29 ss, com apoio em ampla referência bibliográfica) e, finalmente, MANOEL CAETANO FERREIRA FIUJO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 28-30), com referência a CALMON DE PASSOS, ANTUNES VARELLA, MOURA, REBERTI, BETTI e CALAMANDREI.

<sup>29</sup> Ressaltando esse aspecto, VALINES GARCIA (*La preclusión...*, cit., p. 30).

<sup>30</sup> Assim se pronunciou ALEXANDRE BARBOSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 142): “não faria mesmo sentido que tais resoluções permanecessem instáveis e passíveis de reexame e alteração, conforme o desejo das partes ou do magistrado”.

<sup>31</sup> Conforme vem acentuando, há tempos, BARBOSA MOREIRA, em diversos artigos doutrinários (Reformas processuais, *Temas de direito processual*, 7ª série, p. 2-8; As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma análise objetiva, *Temas de direito processual*, 6ª série, p. 82-93; Reformas processuais e poderes do juiz, *Revista Jurídica*, nº 306, p. 17, dentre outros).

<sup>32</sup> Em recente e contundente artigo, CUNO FORNACIARI JR. acentua justamente esse aspecto: “[o] processo precisa de estabilidade, devendo funcionar como uma praxe conhecida de todos”. E, adiante, acrescenta que reformar o Código “somente faz tumultuar o andamento do processo, exigindo mais atenção que o direito material” (Nova execução: aonde vamos?, *Tribuna do direito*, p. 32, out 2004).

binômio sobre o qual se funda a *eficiência* do processo, conforme entendem CAPONI e PROTO PISANI.<sup>33</sup>

### 1.1.3 Segurança e celeridade versus justiça – como aplicar as normas acerca da preclusão em face do princípio da efetividade do processo?

“Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 154).

O trecho da obra de CARNELUTTI transcrito em epígrafe retrata, em tons fortes, um paradoxo com que os modernos anseios pela efetividade do processo devem lidar: a busca de solução *justa e rápida* para os litígios submetidos ao poder jurisdicional. A ela podemos acrescentar a observação de ALVARO DE OLIVEIRA de que “o processo, cuja finalidade essencial é a realização do direito, traz em si ao mesmo tempo o aniquilamento do próprio direito”.<sup>34</sup> Enfim, tem-se aí escancarada uma indifereçável contradição interna do programa pela *efetividade do processo*.

Com efeito, é lógico que quanto maiores forem as oportunidades para que as partes debatam o *thoema decidendum*, quanto mais larga for a instrução probatória e quanto maiores as possibilidades de o juiz reconhecer seus enganos e voltar atrás, maior é a *probabilidade* de uma decisão final *justa*. Realmente, e como lembra FABIO MARELLI, “a rejeição de alegações das partes, em si fundadas, mas intempestivamente formuladas, além de limitar as possibilidades de defesa das partes, pode comportar uma menor aderência entre o resultado do processo e a real situação substancial deduzida em juízo”.<sup>35</sup>

De outro lado, a limitação da atividade das partes pela preclusão serve – não há dúvida – para orientar o processo da maneira mais *rápida* possível a um fim, e com muito maior segurança, já que se tem a garantia de não se retornar ao que já passou, como vimos anteriormente.

Reportando-se ao processo penal italiano, GUARNIERI<sup>36</sup> faz a propósito observações que certamente servem para qualquer ordenamento processual civil ou penal, de qualquer local do mundo: “Na busca pela melhor solução, o legislador deve levar em conta duas exigências contrastantes. De um lado, há o interesse no

<sup>33</sup> *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 182.

<sup>34</sup> *Do formalismo...*, cit., p. 183.

<sup>35</sup> *La trattazione della causa*, cit., p. 22, em nossa tradução livre.

<sup>36</sup> *Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 571.

atingimento da verdade, o qual recomenda seja permitido a todo tempo qualquer requerimento, dedução ou exceção, de modo que ao juiz sejam fornecidos elementos para busca pela verdade; de outro lado, há o interesse pela rapidez, pela boa-fé e pela economia processual, o qual traz necessariamente consigo a prescrição de ordem e coordenação entre os atos processuais. Neste contraste, se revela a natureza dialética do processo [...]. O fato é que o Estado precisa de justiça, mas é também inderrogável a necessidade de que o processo penal se desenvolva rapidamente, e o mais ordenadamente possível, com a adoção, em maior ou menor medida, do princípio preclusivo.”<sup>37</sup>

Assim, tomando-se em análise somente a preclusão dirigida à atividade das partes, já se demonstra que a busca de *rapidez* e a *segurança* são incompatíveis com a incessante procura de *justiça* das decisões.<sup>38</sup>

Esse mesmo dilema se põe diante da preclusão dirigida às questões incidentais e assume contornos muito similares aos da discussão que se trava há séculos com respeito à coisa julgada.

A esse propósito, SAVIGNY – em seu monumental *Sistema del diritto romano*, obra que se revela importante marco na evolução do pensamento jurídico moderno, sobretudo no que concerne à coisa julgada – já alertava que o tema suscitava dois perigos: de um lado, a eternização de uma injustiça, e de outro, a perpetuação da incerteza.

Ceuso Neves, na tese com a qual concorreu à cadeira de professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,<sup>39</sup> chega à seguinte conclusão: “Qual dos danos seja o maior, é questão de política jurídica, que só pode ser resolvida mediante ponderação experimental das circunstâncias e necessidades efetivas que, desde tempos remotos e nas legislações de povos vários, tem levado a reconhecer-se como perigo maior a incerteza dos direitos e à adoção de medidas necessárias para afastá-lo, através de um instituto designado como força legal da sentença, que outra coisa não é senão a ficção da verdade, mercê da qual a sentença passada em julgado é garantida contra qualquer tentativa futura de impugnação ou de invalidação.”

Não há realmente sombra de dúvida de que o tema da preclusão sobre questões incidentais reflete esse dilema, ainda que em menor escala. Assim como se

<sup>37</sup> No mesmo sentido, Ovídio BAPTISTA DA SILVA pontua que a preclusão “representa sempre uma arma que o processo usa em defesa da segurança das relações processuais, em detrimento da justiça material, que é a outra polaridade de tensão a que está submetido o fenômeno jurídico” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 207).

<sup>38</sup> BARBOZA MOREIRA (Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 22) assume posição clara diante do dilema, pregando uma solução que equilibre esses valores dentro do sistema: “nem o valor *celeridade* deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor *verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”.

<sup>39</sup> *Cosa julgada civil*, p. 108.

deve reconhecer importância à situação jurídica emergente da sentença passada em julgado e outorgar-lhe proteção legal contra ataques, por razões similares a solução de uma questão incidental merece adquirir estabilidade e ficar imune a ulteriores modificações.

Do mesmo modo, assim como sentenças judiciais passadas em julgado podem se mostrar injustas, ou até *contra legem*, também a situação jurídica que decorre da perda de um poder processual pela parte ou da preclusão de uma questão incidental pode se apresentar em desacordo com os mais elevados preceitos de ética e justiça cultuados pela sociedade.

Reportando-se especificamente à preclusividade das questões incidentais, DR-NAMARCO<sup>40</sup> defende que esse regime preclusivo deva ser atenuado pelo juiz sempre que parecer conveniente para que o magistrado faça ao litígio a melhor justiça, inclusive fora das situações normalmente apontadas pela doutrina, como as questões relacionadas no art. 267, § 3º, do CPC. Não se poderia esperar postura diversa do autor: se ele já se levantou ferrosamente em favor da flexibilização da coisa julgada material (por meio de ensaio intensamente comentado),<sup>41</sup> com muito maior facilidade poderia defender a atenuação do rigor da preclusão sobre as questões resolvidas no curso do processo.

CAMON DE PASSOS<sup>42</sup> se coloca radicalmente contra essa interpretação ampliativa, defendendo com “unhas e dentes” o regime preclusivo: “A construir-se diversamente estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omissivo com a possibilidade de ter revista, sem sua provocação, a decisão que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em errônea técnica, de construir a irrecurribilidade das interlocutórias, facultando-se ao magistrado rever livremente suas decisões a respeito, bem como eliminada a fase do julgamento conforme o estado do processo. Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermenêuticamente.”

Como sói ocorrer, parece-nos que a virtude está no meio, como, aliás, já assentou há quase meio século ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA: “Oportuna e judiciosa observação feita por Stefano Riccio de que tanto no processo penal quanto no civil, se encontram em jogo duas exigências contrastantes, de um lado a de descobrir a verdade, para o que se faz necessário permitir alegações ou deduções em vários momentos, porque isso propiciará oportunidade de novos elementos de convicção; de outro lado, a exigência pela rapidez, pela boa-fé, e pela economia processual. Deflui, pois, o valor e a oportunidade do velho princípio *in melio virtus*.”<sup>43</sup>

40 *Instituições...*, cit., v. 2, p. 457-458.

41 Relativizar a coisa julgada, *Nova era do processo civil*, p. 220-268.

42 *Comentários...*, cit., v. 3, p. 529.

43 *Da preclusão processual civil*, p. 60.

Encontrar esse meio-termo é tarefa difícil, sobretudo porque o problema envolve, além dos valores mencionados (celeridade, segurança e justiça), outros que são igualmente importantes e carecedores de tutela dentro do sistema.

É assente a ideia de que a preclusão atende ao princípio da isonomia<sup>44</sup> e, por via de consequência, da imparcialidade do juiz, de tal sorte que as partes tenham as exatas mesmas oportunidades de praticar seus direitos na órbita processual. Então, os direitos cabentes às partes na órbita do processo devem estar sujeitos às mesmas limitações, sob pena de ferir a paridade de armas entre elas e a posição de equidistância que o juiz deve delas guardar. A preclusão incidente sobre direitos processuais é justamente o instrumento que assegura essa igualdade e, consequentemente, atende à necessidade de imparcialidade do juiz.

Entretanto, quando o ordenamento permite ao juiz rever determinadas questões incidentais anteriormente já decididas – mesmo de ofício e a despeito da omissão da parte sucumbente em face da decisão em dela recorrer –, isso não representa afronta à isonomia processual das partes, tampouco à imparcialidade do magistrado. Nesses casos, a revisão da questão incidental interessa à ordem jurídica e as matérias que permitem essa revisão são de cunho processual, autorizando, portanto, que o regime preclusivo a elas concorrente seja menos rigoroso e menos dependente da iniciativa da parte, em face da natureza pública que as normas processuais ostentam. Ao rever uma decisão incidental sobre matéria processual, *ex officio*, o juiz não o faz para beneficiar a parte que deveria ter agravaado e se omitiu, mas para estabelecer a regularidade da aplicação da lei processual.<sup>45</sup>

Além disso, não raro se levantam autorizadas vozes a defender que o princípio da preclusão se impõe por proteção à *boa-fé*.<sup>46</sup> Isso se aplica, entendemos, somente à primeira aceção da preclusão, no sentido de que a parte teria uma oportunidade reservada para exercer seus direitos processuais, sob pena de pre-

44 “O fundamento último da preclusão se assenta no da isonomia constitucional (de que deflui o contraditório) e no da lealdade processual, facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo negativamente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos (cuja duração já é longa mesmo em países cujo ordenamento processual adota a preclusão e seus corolários)” (ALBERTO MONIZ DE ARAÚJO, *Preclusão...*, cit., p. 150). No mesmo sentido já lecionava ANTÔNIO ALVES BARBOSA (*Da preclusão...*, cit., p. 96) e já assentou a Corte de Cassação italiana: “O princípio da preclusão objetiva essencialmente manter a igualdade das partes no processo” (Sección I, 4.3.1949, apud Stefano Riccio, *La preclusionione processuale penale*, p. 12, nota 26).

45 O raciocínio, aqui, é semelhante para a questão dos poderes instrutórios do juiz. Ao determinar de ofício a produção de uma prova, o juiz não o faz para beneficiar a parte, mas sim para buscar a verdade dos fatos litigiosos, e isso interessa à ordem jurídica.

46 MANOEL CAETANO FERREIRA FURHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 29), citando em seu apoio ANTUNES VARELA, GIUSEPPE GUARNIERI, MORTARA, REDENTI e CALAMANDREI. Analogamente, MONIZ DE ARAÚJO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 292) afirma o princípio de preclusão como “corolário de dever de lealdade”.

clusão, de modo a evitar que, em momento posterior, o faça para procrastinar o andamento do processo. E acrescenta-se que a boa-fé é justamente o pilar sobre o qual se constrói a noção de preclusão lógica.

De fato, um dos fundamentos do princípio da eventualidade, como vimos, é justamente evitar que as partes reservem seus melhores argumentos para momento posterior do processo, impondo sejam elas francas ao deduzirem seus meios de ataque e defesa, sob pena de não poderem fazê-lo em momento posterior.

Ao instituir norma que limita os direitos processuais num regime preclusivo, o sistema traz implícito o princípio da boa-fé, e torna desnecessário que se perquirita se o exercício de um direito da parte já fulminado pela preclusão é imbuído de má ou boa-fé: simplesmente inadmitte-se aquele ato processual.

Assim, reafirmamos aqui a premissa anteriormente apontada, isto é, de que o único meio de extrair parâmetros para aplicação das regras concernentes à preclusão desse rebuscado panorama de valores relevantes e conflitantes entre si (de modo a atender às exigências de efetividade do processo) é interpretá-las *cientificamente* e com *rigor técnico*.

Do contrário, a vagueza de idéias, como a de *garantia à efetividade do processo*, pode levar a arbitrios e casuísmos indesejáveis, com o risco de comprometer tanto a igualdade de todos perante a lei (pela adoção de soluções disformes em um e outro caso que se apresentam iguais) quanto as bases científicas sobre as quais se assenta o processo civil.<sup>47</sup>

Isso tudo, em suma, pode conspirar, justamente, contra a própria busca pela efetividade do processo, conforme advertiu BARBOSA MOREIRA no item 11.1, *in fine*, *supra*.

#### 11.4 Algumas considerações sobre a interpretação da preclusão dirigida à atividade processual das partes

Aqui podemos sintetizar, então, algumas conclusões sobre a interpretação das normas sobre preclusão de ônus processuais que, ao longo da exposição, foram apresentadas. Cogitamos apenas algumas soluções interpretativas, seja porque seria absolutamente inimaginável eleger uma única “fórmula mágica” para compor os valores e exigências contraditórias a que o processo está destinado a atender, seja ainda porque inúmeras outras soluções poderiam ser alvitadas, além dessas aqui por nós preconizadas.

<sup>47</sup> Vale acrescentar a advertência feita por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 84) de que “normas de conteúdo aberto outorgam ao detentor do poder e à camada política dirigente a possibilidade de concretização arbitrária, embora a aparência de legalidade e até de legitimidade de que desfrutam em razão de sua origem jurídica”.

Um dos mais importantes critérios que orientam a harmonização das exigências conflitantes delineadas anteriormente repousa justamente no respeito ao *princípio do contraditório*. Assim conclui o monografista italiano FABIO MARELLI,<sup>48</sup> no sentido de que o respeito ao princípio do contraditório — em sua acepção mais ampla atualmente aceita,<sup>49</sup> isto é, não só baseado na bilateralidade de audiência, mas também no diálogo entre o juiz e as partes — é, justamente, o elemento que estabelece o equilíbrio entre a exigência de rapidez e certeza, de um lado, e de busca pela justiça, do outro.<sup>50</sup>

Para essa análise, temos que partir da idéia de que o princípio do contraditório se assenta em bases constitucionais, ao passo que o da preclusão decorre da estruturação e da técnica empregada pelo legislador ordinário.<sup>51</sup> Desse modo, e sob a ótica estrita da hierarquia de leis e princípios no ordenamento, sempre deve prevalecer o respeito ao contraditório, antes que se cogite da preclusão.

Foi baseado nesse cotejo de princípios que emergiu, no item 7.10.2, *supra*, a idéia de que não se aplicaria a preclusão ao poder da parte em requerer a produção de determinada prova se sua necessidade surgisse à vista de fatos supervenientes, ou do resultado de outras provas colhidas.

De outra parte, assim balizada a harmonização de princípios, conclui-se também que o *ônus de interpor o recurso só se iniciaria efetivamente depois de implementado o contraditório*.

De fato, o instituto da preclusão, ao limitar os poderes das partes em suscitar questões e provocar incidentes processuais, só pode operar se o contraditório foi efetivamente exercido. Se às partes foram dadas oportunidades iguais de se manifestarem acerca de determinada questão, e essa oportunidade não foi aproveitada devidamente, o contraditório foi mantido e a preclusão é legítima.<sup>52</sup> Do contrário, se não se implementou regularmente o contraditório, não se pode falar de preclusão.

<sup>48</sup> *La trattazione della causa...*, cit., p. 23.

<sup>49</sup> Cf., dentre outros, DENZI (*Dall'azione al giudicato*, cit., p. 46) e GRASSO (La collaborazione nel processo civile, cit., p. 586 ss).

<sup>50</sup> Em sentido similar, ainda que mais amplo, COMOLIO afirma que “la effettività tecnica della possibilità di agire in giudizio rappresenta il vero bano di prova delle condizioni di concretezza della garanzia (à *effettività da tutela jurisdizionale*)” (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 90).

<sup>51</sup> Ainda que a imposição da preclusão atenda à necessidade de um processo célere e ordenado, de modo a contribuir para que termine sem dilações indevidas e num prazo razoável, em respeito à garantia constitucional do devido processo legal (Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas, Garantias constitucionais do processo civil*, p. 260).

<sup>52</sup> Ressaltando a compatibilidade entre preclusão e contraditório, na Itália TSONIERE (*Contributo...*, cit., p. 160 ss) e, entre nós, MACCARO (Preclusões: limitações ao contraditório?, cit., p. 112 ss).



Dessa assertiva se extrai a conclusão de que, intimado de uma decisão tomada *inaudita altera parte*, o interessado só estaria sujeito ao ônus de agravar depois que houvesse se levantado contra a medida e pedido a revogação da decisão anterior. Ou seja, depois que houvesse o *contraditório diferido*.<sup>53</sup> Aliás, esse conceito – como muito bem anotou WILLIAN DOS SANTOS FERREIRA<sup>54</sup> – é o único argumento a embasar a constitucionalidade das liminares *inaudita altera parte*.

Isso não significa, contudo, que o réu não possa, se quiser, agravar diretamente da liminar, pois avulta inequívoco o seu interesse recursal.<sup>55</sup> Significa apenas que, depois de contestar a ação e pedir a revogação da medida, poderá recorrer da decisão que a mantiver, sem risco de incorrer na máxima assente nos tribunais, de que “o pedido de reconsideração não suspende o prazo para agravo”.<sup>56</sup>

Enfim, a ora alvitrada composição entre preclusão e contraditório, bem aplicada, exclui variadíssimos casos em que o primeiro instituto é utilizado de forma injusta e, por que não dizer, inconstitucional.

Além dos exemplos *supra*, podemos lembrar a contradição à testemunha (que pode ser feita depois de iniciado o seu depoimento, quando justamente nele se revelarem causas de impedimento do deponente); podemos defender, também, que, se a parte contra-arrazoar apelação, demonstrando ser ela inadmissível e requerendo seja negada sua subida, *ex vi* art. 518, 2º, do CPC, e o juiz rejeitar a alegação, o apelado pode agravar dessa segunda decisão, sem que haja a aplicação da máxima jurisprudencial brasileira de que “pedido de reconsideração não interrompe prazo para agravo”. E assim por diante, em todo caso em que se afigurar que o contraditório não foi integralmente exercido, não poderá se aplicar a preclusão.

Outra solução interpretativa, que visa dar elementos para harmonização dos valores contrastantes já identificados, vem centrada na emblemática lição de João

<sup>53</sup> Contrariamente, Cirro FERNANDES JR. (Intimação de liminar e prazo para recorrer, *Tribuna do Direito*, nº 106, p. 421).

<sup>54</sup> Reportando-se, de modo particular, às decisões sobre fixação de aluguel provisório em ação revisional de alugueis, mas com valia para todo e qualquer caso (Procedimentos na lei do Inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel, *Procedimentos especiais civis*: legislação extravagante, p. 1007).

<sup>55</sup> Diferentemente, e para nossa enorme surpresa, vem entendendo a 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP como nos autos do Agravo nº 341.996-4/1-01 (rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, *DOE* 20.05.2004, com acórdão que cita idênticos precedentes do colegiado e foi assim emendado: “Produção antecipada de prova – Agravo de instrumento manifestado contra despacho que ordenou a citação das requeridas para acompanhar a diligência e designou desde logo perito – Inadmissibilidade do recurso – Ação cautelar de antecipação da prova enseja contestação do promovido, ainda que restrita à arguição de ausência dos requisitos legais da medida – Despacho liminar que, destarte, não causa gravame à parte, que deve impugnar o cabimento da instrução preventiva em regular contestação – Negativa de seguimento do AI corretamente pronunciada pelo relator – Agravo interno não provido.”

<sup>56</sup> A respeito desse tema, confira-se o item 8.6, *supra*.

BARISTA LOPES,<sup>57</sup> para quem “o instituto da preclusão visa a assegurar a celeridade e o dinamismo processual e, por isso, sua aplicação só se justifica para atender a esses objetivos”.<sup>58</sup>

De fato, é mais do que evidente a vocação do instituto para a regulação e celeridade da marcha processual, de tal maneira que não se pode negar a importância desse primado para interpretação das normas processuais que tratam do instituto.

Isso explica, por exemplo, por que não se pode impedir a parte de emendar o ato processual (regular ou irregular) já praticado se o prazo a ele destinado ainda não se encerrou. As regras que dão a conformação da dinâmica do processo prevêm o compasso de espera equivalente ao prazo, e se a parte se antecipa a ele, e depois emenda seu ato, não houve contumácia: *a marcha processual estava pré-programada para aguardar o advento do termo final*. Essa constatação nos convenceu da inexistência do conceito de preclusão consumativa.

Outras conclusões, menos gerais que essas, também resultam de toda a exposição.

É comum verificar na jurisprudência um excesso absoluto de rigor com respeito à preclusividade do ônus de contestar ou recorrer<sup>59</sup> e uma certa flexibilidade com atos menos importantes do processo.<sup>60</sup>

Em reoria – e consoante os fundamentos lógicos e jurídicos do instituto da preclusão – não há razão alguma para entender que, quanto aos atos mais importantes do processo, a aplicação da preclusão deveria ser mais rigorosa, e quanto aos demais, mais elástica. Ao contrário, esse entendimento subverte a lógica natural das coisas, pois é justamente em face da preclusão dos atos mais importantes das partes – contestação e recursos – que advêm as mais sérias consequências ju-

<sup>57</sup> Breves considerações..., cit., p. 52.

<sup>58</sup> A idéia de João Barista Lopes é a mesma que inspira o § 296 da ZPO alemã, com redação que lhe deu a reforma operada em 1977. De fato, conforme vimos anteriormente (item 3.3, *supra*), esse dispositivo permite que o juiz aceite uma alegação tardia de uma parte se isso não for causar prejuízo ao andamento do processo. Norma desse jaez seria extremamente bem-vinda em nosso ordenamento e se amoldaria perfeitamente ao escopo prático do instituto da preclusão dirigida à atividade processual das partes.

<sup>59</sup> Exemplo desse rigor no que toca ao recurso de apelação se acha nas inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas no item 7.3.1, *supra*.

<sup>60</sup> Ao longo da exposição, houve variados exemplos disso. Aqui e agora, destacamos dois. Em acórdão proferido em 04.06.2003, o 1º TAC/SP proveu agravo tirado de decisão que indeferiu devolução de prazo para manifestação do autor acerca da contestação da seguradora litisdenunciada pela ré, asseverando o voto condutor do julgamento que “sequer tem grande relevância o ato processual in casu, não se justificando tamanho rigor por parte do MM. Juiz” (AI 1163970-0, 4ª T., rel. Juiz Oséas Davi Vianna). Também citamos, no item 7.10.2, *supra*, julgado que mencionava que o prazo para a parte nomear assistente técnico não seria preclusivo.

rídicas para as partes (respectivamente, a revelia e o trânsito em julgado de uma sentença desfavorável ao litigante).

O normal seria que, quanto aos atos de maior relevância na órbita do processo, as normas atinentes à preclusão fossem interpretadas de forma menos rigorosa, justamente porque as consequências que vêm associadas a ela são da maior gravidade para os direitos do litigante.

Veja-se que não se pretende aqui defender que as preclusões sejam pura e simplesmente abolidas ou mesmo atenuadas sem um critério claro, ou que se ignore por completo o transcurso de um prazo para contestar ou apelar, por exemplo, só porque *pareça justa* a pretensão do litigante que praticou o ato a destempo. Há certos limites à atividade do juiz, os quais são impostos pelo princípio da *igualdade* entre os litigantes – conforme já tivemos oportunidade de ressaltar na parte final do item 11.3, *supra* – e pelo princípio *dispositivo* – na acepção por nós preconizada conforme o item 9.2, *supra* – que são inafastáveis vigas de estruturação da relação jurídica processual. Defendemos, sim, que, nos casos em que haja *dúvida objetiva* acerca de ter ou não ocorrido a preclusão do direito da parte em contestar, agravar ou apelar de uma decisão, se interprete favoravelmente à admissibilidade do ato.

Quanto aos demais atos, cuja repercussão no processo é menor, ao contrário, não se justifica que o processo fique esperando sua prática, e que se interprete com pouco rigor as normas atinentes à preclusão. Aqui, o rigor deveria ser, justamente, maior.

Têm-se, então; enunciadas algumas diretrizes de interpretação da preclusão dirigidas aos direitos das partes, extraídas das conclusões atingidas ao longo deste trabalho.

## 11.5 Algumas considerações sobre interpretação da preclusão de questões e seu aspecto teleológico

GALENO LACERDA, ao estudar o *despacho saneador*, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, analisa o fenômeno das nulidades processuais de acordo com o conteúdo da questão resolvida, em lição<sup>61</sup> que influenciou de maneira decisiva a doutrina pátria.

<sup>61</sup> Assentando que quando a norma violada pelo ato processual for de ordem pública e de natureza cogente, a nulidade seria insanável e o juiz poderia pronunciá-la de ofício, a qualquer momento do processo (seria a categoria das *nulidades absolutas*), ao passo que, quando a norma tutelasse preponderantemente interesse da parte e fosse cogente, poderia admitir fosse ela sanada, e o juiz poderia dela conhecer de ofício, determinado-se fosse corrigida (a nulidade seria *relativa*) e, finalmente, se o modelo legal não guardado pelo ato processual fosse instituído por norma de interesse precípua da parte, e seu comando fosse dispositivo, o ato seria apenas *anulável*, e o magistrado só poderia

Na mesma obra, o mestre defende raciocínio similar para a *preclusão* que recai sobre questões incidentais. Convém transcrever o trecho em comentário: “Se o excesso de preclusões é condenável, porque desumaniza o processo, porque o transforma em máquina de expedir despachos, não é possível, entretanto, banilhas totalmente do direito processual. [...] Solução certa, portanto, será a que subordinar a preclusão à natureza da questão versada. Desta forma, dosar-se-ão as necessidades de economia e certeza com os preceitos de justiça, dentro de um esquema imposto pelas exigências da realidade.”<sup>62</sup>

Naquele estudo, o professor gaúcho chegou à conclusão de que tanto a decisão que atestasse estar o processo isento de *nulidades absolutas* ou *relativas* como a que reconhecesse a regularidade das *condições da ação* e *pressupostos processuais* não estaria sujeita à preclusão, mesmo à falta de impugnação recursal por parte do interessado.

Essa lição, embora tenha sido professada antes de 1973, influenciou sobremaneira a interpretação dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC vigente, e, não bastasse isso, conserva sua atualidade para orientar o raciocínio para outras matérias, que não aquelas alvitradas por GALENO LACERDA ou tampouco arroladas nos referidos dispositivos do atual Código de Processo Civil.

De fato, não nos parece haver dúvida alguma de que, tal como lecionou GALENO LACERDA, a *natureza da questão resolvida* explica a ausência de preclusão.

Aqui se demonstra claramente que o sistema compara, de um lado, a necessidade de segurança jurídica e de celeridade que a estabilização da questão incidental provocada pela preclusão assegura, e, de outro, a necessidade de que aquelas determinadas matérias sejam resolvidas de forma correta, ainda que se desconsiderando a preclusão. Em determinados casos, privilegia-se o segundo valor referido, em detrimento do primeiro.

Realmente, não há como negar que essa ótica se orienta pela premissa de tornar o processo mais efetivo do ponto de vista material. Supre-se a omissão das partes e permite-se que as normas do processo sejam aplicadas de modo correto, o que contribui decisivamente para que esse instrumento atinja seus escopos práticos, especialmente se essa ausência de preclusão deixa o juiz livre para buscar elementos probatórios para formar seu convencimento e, desartre, dar ao litígio uma decisão mais abalizada e mais apta a pacificá-lo com justiça e com observância do direito objetivo.

Poder-se-ia objetar que, ao se permitir que o juiz volte a analisar questão já superada, se comprometeria o ágil andamento do processo e se operaria quebra da expectativa das partes emergente da decisão anteriormente lançada.

reconhecê-la a pedido do interessado. À falta dessa provocação no tempo oportuno, operar-se-ia a preclusão, e o vício não mais poderia ser reconhecido.

<sup>62</sup> *Despacho saneador*, p. 156-157.

No entanto, partindo-se do pressuposto, já apontado,<sup>63</sup> de que à ordem jurídica interessa (independentemente de qualquer provocação da parte) sejam referidas questões resolvidas corretamente, certamente que esses valores podem ser sacrificados em prol da regular aplicação das normas processuais. Nesses casos versados, não se cogita que o juiz possa ter *exaurido* seus poderes(-deveres) ao decidir pela primeira vez a questão, pois esse exaurimento só poderia se operar no momento em que a questão recebesse a correta decisão. Enquanto isso não ocorre, o juiz (como ser humano, fátível por natureza, que é) pode voltar atrás no que tiver decidido. E somente depois de ter dado à questão (de ordem processual) uma decisão conforme o direito objetivo é que se considerará cumprido seu ofício jurisdicional (ou quando sobrevier decisão definitiva, coberta pela coisa julgada, de modo a sepultar, nos limites impostos pela lei, todas as questões deduzidas e deduzíveis, operando-se a sanatória geral de nulidades).

O fio que conduz essa interpretação não é outro senão o do reconhecimento dos fins do processo e do interesse público de que se revestem suas normas. Voltamos, então, à lição de GALENO LACERDA transcrita na epígrafe do item 11.1, *supra*. Nesses casos, atenua-se a preclusão e permite-se que as questões possam ser livremente revistas.

Mas evidentemente que essas questões, apesar de muitíssimo numerosas, não deixam de ser exceção à regra geral que identificamos no sistema, conforme o item 8.5.7, *supra*. Cai na regra geral, por exemplo, a decisão na seara das tutelas de urgência. Conforme argumentos lançados no item 8.8, *supra*, decisões desse jaez (diferentemente daquelas que recaem sobre matéria processual exclusivamente) interferem diretamente na esfera jurídica dos litigantes (atribuindo o bem da vida perseguido a um deles, ainda que provisória e precariamente) e que, pelos mesmos fundamentos políticos, jurídicos e sociais pelos quais se justifica a coisa julgada, impõe-se, quanto a elas, preclusão para o juiz (evidentemente que ressalvadas as exceções por nós levantadas).

Quando se trata, porém, de decidir a respeito da aplicação de normas de cunho processual, semelhante impedimento não se justifica, seja em razão da natureza das normas (de caráter público, como já se disse), seja porque a aplicação desses dispositivos não interfere *diretamente* na esfera dos interesses em jogo, pois não afeta de maneira *imediate* o bem da vida objeto do litígio. Sacrifica-se, então, a celeridade e segurança jurídica em favor de um bem considerado maior:

Mostra-se, pois, que a lição de GALENO LACERDA acerca do aspecto teleológico das nulidades processuais não só conserva plenamente sua importância, como também se mostra robustecida na medida em que se verifica a sua plena aplicabilidade à análise da preclusão que recai sobre questões incidentais.

<sup>63</sup> Item 8.5.6, *supra*.

## 11.6 Aumento dos poderes do juiz e preclusão

Durante toda a exposição, emergiram indistigáveis evidências de que as posições jurídicas das partes e do juiz no processo são, entre si, muito diferentes, e, conseqüentemente, diversa é a natureza do fenômeno que lhes impõe limitações aos respectivos exercícios.

Essas diferenças acentuam-se cada vez mais, na medida em que o sistema demonstra a tendência de reforço dos poderes do juiz, tanto por obra das recentes ondas de reformas processuais operadas tanto porque a jurisprudência tem reinterpretado alguns dispositivos do Código de Processo Civil vigente com o fim de liberar o magistrado de alguns limites formais estereis a que antes estava adstrito.

Para confirmar tal assertiva, façamos breve digressão sobre esse movimento de incremento dos poderes judiciais.

Partimos da idéia, hoje acolhida pela maioria da doutrina, de que o processo é meio público de solução de controvérsias e se inspira em elevados escopos sociais, políticos e jurídicos, e, assim, põe o juiz como seu protagonista. Supera-se então definitivamente a ligação entre os princípios que regem a relação de direito material objeto do litígio e a relação de direito processual que se forma para dirimi-la (com a consciência de que, apesar de a primeira poder ser privada, a segunda é inexoravelmente pública), e passa-se o foco de atenções do estudo do processo da ação para a *jurisdição*.<sup>64</sup>

Para que essas concepções hoje se tornassem reinantes, foi necessário superar completamente a herança liberal que, desde a gênese do Estado de Direito, no final do século XVIII, influenciou a concepção dos Estados modernos.

O legalismo, de uma forma geral, dominava o Estado liberal (certamente como reação ao autoritarismo anteriormente vigente)<sup>65</sup> e as leis eram então enunciadas de modo a conter um comando geral, o qual, para ser aplicado ao caso concreto, passaria por uma-simples e lógica operação de subsunção, sem margem alguma para qualquer atividade criativa.<sup>66</sup> Reflexo, sem dúvida, do racionalismo que mar-

<sup>64</sup> Para uma sucinta, mas profunda, síntese dessas premissas publicistas, confira-se o recente ensaio de CAMINO DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., esp. p. 46-51).

<sup>65</sup> Cf., dentre outros, MONTERO AROCA (*I principi politici...*, cit., p. 71).

<sup>66</sup> Sucinto, mas arguto, pensamento de GIUSEPPE LUMIA (*Il giudice e la legge, Controllo sociale, giurisprudizione e liberta*, p. 113) sintetiza esse dado histórico e acentua a força dessa tese (que até hoje, se sabe, ecoa entre os estudiosos do direito): “È noto come una plurisecolare tradizione che va da Aristotele a Kant e a Beccaria aveva concepito l'attività giurisprudenziale come una operazione essenzialmente logica, e aveva visto nella sentenza del giudice null'altro che la conclusione di un sillogismo pratico, di cui la legge costituisce la premessa maggiore, la fattispecie la premessa minore.”

ca a ideologia liberal e dos ideais individualistas e garantistas do particular em face do Estado.<sup>67</sup>

No processo, esse caldo ideológico implica uma postura passiva do juiz, pois se reservava a ele apenas a operação lógica consistente na aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Enquanto isso, as partes conduziam a causa como bem queriam, sobretudo porque o processo era visto apenas como uma extensão da relação de direito material litigiosa.

O paradigma para essa análise é, justamente, o Código de Processo Civil napoleônico, impregnado dos ideais triunfantes na Revolução Francesa, que influenciou decisivamente os ordenamentos processuais da Europa central no século XIX, e que se propagou ainda até meados do século XX.<sup>68</sup>

Nesse diploma, como já tivemos oportunidade de assinalar, o regime de preclusões era bastante elástico, de modo que o exercício das prerrogativas processuais pelas partes encontrava poucos limites. A esse regime de liberdade das partes vinha agregada a debilidade dos poderes do juiz, pois seu papel era claramente passivo diante de um processo que, a rigor, era “coisa privada” das partes.<sup>69</sup>

De outro lado, esse regime de plena liberdade dos litigantes deve-se à concepção do processo não como instrumento público de solução de conflitos, mas sim como meio de afirmação dos direitos particulares violados. Assim, se a relação de direito material objeto do litígio era de direito privado (e, portanto, nela imperavam a autonomia da vontade e a livre disponibilidade dos direitos), esses preceitos gerais repercutiam também na esfera do processo e sobre as normas que o regravam.<sup>70</sup>

Essa visão mais acentuadamente privatista do processo refletia-se até nos aspectos mais comезinhos da atividade processual. A título de exemplo, basta lembrar que, em sistemas ligados a essa raiz ideológica, a falta de pressupostos pro-

<sup>67</sup> Podemos, assim, trazer a idéia de François Ost (Jüpter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14, p. 170, 1993), de que o modelo de juiz do Estado liberal, do século XIX, se compararia a Jüpter (versão latina de Zeus) e anota que o direito aplicado por esse modelo de juiz apresenta as seguintes características: “Siempre profierido desde arriba, de algún Sinai, esse Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y de preferencia a la naturaleza de prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos, y constituciones modernas. De ese foco suprime de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradiaba toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la transcendencia.”

<sup>68</sup> Confram-se itens 3.1 a 3.5, *supra*.

<sup>69</sup> Cf. TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 144).

<sup>70</sup> Cf., ainda, *idem*, *ibidem*, p. 144.

cessuais<sup>71</sup> em geral, ou a exceção de coisa julgada não eram matérias cognoscíveis de ofício,<sup>72</sup> não podendo o juiz suprir a omissão da parte em alegá-las.

Com o passar dos tempos, essa visão privatista do processo foi aos poucos superada, seja porque os Estados do Ocidente, sobretudo no século XX, atenuaram a incidência daqueles ideais liberais então vigentes,<sup>73</sup> seja porque o direito processual começou a se afirmar como ramo científico diverso do direito material. E o passo mais importante dado nessa direção foi justamente o reconhecimento de seu caráter autônomo à relação de direito material que lhe constitui o mérito.

No entanto, essa superação não foi imediata; ao contrário, foi lenta e gradual, seja porque o processo civil é impregnado de tecnicismo, o que o torna relativamente *immune* (ao menos por um certo tempo e ainda que se reconheçam os escopos políticos do processo) a essas mudanças ideológicas,<sup>74</sup> seja ainda porque

<sup>71</sup> Como no processo civil espanhol previsto na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, com algumas atenuações no diploma que o sucedeu, em 1881 (cf. MONTORO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 44-45).

<sup>72</sup> Para PUGLIESE (Giudicato civile (diritto vigente), cit., p. 834), a exceção de coisa julgada não era cognoscível de ofício nos processos que vinham concebidos sob bases eminentemente privatistas (como em alguns períodos na Idade Média e durante o século XIX). Partia-se da idéia (segundo CLESO NAVES, *Cosa julgada civil*, p. 150) de que, se a exceção de prescrição era renunciável, também o poderia ser a exceção de coisa julgada (ou seja, essa concepção deve-se não só à ótica privatista, mas também a uma ausência de dissociação clara entre os planos do direito material e processual).

<sup>73</sup> Fato esse que trouxe como consequência a (gradual) mudança do foco de atenção dos operadores do direito da lei para o juiz (cf. LUMBA, *L'equità tra la giustizia e la legge*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 708, 1976).

<sup>74</sup> Essa relativa imunidade se revela quando vemos que regimes de exceção, de cunho ditatorial, não alteraram substancialmente as feições dos Códigos de Processo Civil editados na época de sua vigência. Entoquemos, a título de exemplo, o Código de Processo Civil italiano, publicado na época do regime fascista. É comum dizer que esse diploma foi marcadamente inspirado nos ideais autoritários sobre os quais se assentava o Estado italiano de então (vide diversos textos da lavra do processualista italiano FRANCO CERAMI, tais como *Ideologie e modelli del processo civile*, p. 18, no que é acompanhado pelo espanhol JUAN MONTERO AROCA, *I principi politici...*, cit., p. 60). CALAMANDREI, ao escrever a primeira edição de suas *Instituciones de derecho procesual civil*, logo após a edição do *Codice*, já assinalara que “onde predomina o autoritarismo no ordenamento geral do Estado, se institui prontamente o princípio da autoridade também no processo civil” (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 318, em tradução livre). No entanto, parece mais acertado falar que ao Estado fascista convinha a corrente doutrinária que, décadas antes, já pregava o reforço dos poderes do juiz e redução da disponibilidade das partes sobre o andamento do procedimento, com a tomada de consciência de que o processo é um meio público de solução de controvérsias (cf. TARUFFO, *La giustizia civile...*, cit., p. 232). De fato, já no século XIX, os juristas alemães percorriam esse caminho e influenciavam a doutrina italiana (especialmente CHIOVENDA, que nunca foi identificado com os ideais fascistas). TARUFFO (*ibidem*, p. 183 ss) realmente afirma que os pilares básicos da doutrina de CHIOVENDA estavam muito mais ligados à idéia de “autoridade” do que de “autoritarismo”, e que seu objetivo era conceber um processo simples, rápido, oral e concentrado, para que pudesse ser efetivo, e não instrumento de repressão política ou social. Aliás, cumpre observar que é difícil vislumbrar um particular interesse do Estado italiano de então no campo do processo civil, tanto que a reforma da legislação processual

as normas do processo, ao prevenir uma atividade estatal típica, adquirem certa estabilidade e demoram a evoluir,<sup>75</sup> seja finalmente porque essa mudança de orientação científica não se dá imediatamente, mas sim depois de longo e paulatino desenvolvimento doutrinário.

civil se operou apenas em 1940 (às vésperas; praticamente, da queda do regime fascista), ao passo que a legislação penal e processual penal havia sido reformada muito antes. E, de fato, parece que despertaria muito mais interesse para um regime autoritário alterar a legislação penal e processual penal, no qual, sem dúvida, o recrudescimento da preclusão (especialmente para a atividade do réu) atende ao espírito de autoritarismo, pois encerraria em limites mais estritos o direito de defesa do particular em face da pretensão punitiva do Estado (assim, GUARINI, *Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 571). Nessa esteira, TARUFFO (*La giustizia civile...*, cit., p. 240) conclui que o fato de o Código de Processo Civil de 1940 ter sido editado sob o regime fascista não lhe acentuou sensivelmente o caráter público e, consequentemente, preclusivo, e que sua conformação era produto de todo o “aparinho técnico-científico” que vinha sendo ao longo dos tempos desenvolvido pela escola histórico-dogmática. Ainda segundo o mesmo autor, a reforma do processo civil operada em 1950 (que atenuou claramente o regime preclusivo anteriormente vigente) se deveu muito mais a um clamor da advocacia (talvez exageradamente acostuada à plena liberdade que tinha sob o Código de Processo Civil de 1865) do que, propriamente, a um repúdio aos ideais fascistas. Raciocínio similar pode ser empreendido na análise do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, editado, como se sabe, no auge da ditadura de Getúlio Vargas. Apesar de seu anteprojeto ter sido redigido pelo Min. Francisco Campos (que, como diz DINAMARCO, no recente escrito Enrico Jullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 37, era pessoa intimamente ligada ao regime do Estado Novo), e de sua Exposição de Motivos proclamar que se acentuaria a autoridade do juiz sobre o caminhar do processo, continuou ele a ser encarado de forma privatista e exageradamente formalista, o que amarrava tanto a conduta das partes quanto a do juiz. Análise semelhante, com resultados praticamente iguais, pode ainda ser feita com respeito ao Código de Processo Civil de 1973, também promulgado por um governo ditatorial (ressalvando-se apenas que durante a ditadura militar surgiram inúmeros procedimentos especiais que visavam favorecer, por exemplo, instituições financeiras, como testemunha, com variados exemplos, AMARO DE OLIVEIRA: Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual, *Ajuris*, nº 33, p. 82-83). De resto, como vimos, nos últimos tempos, mesmo em países onde vigoram regimes democráticos operam-se reformas que ampliam os poderes dos juizes (como o processo italiano em 1990, ou o nosso processo civil, a partir de 1994). São todas essas provas dessa *relativa imutabilidade* do processo civil em ser influenciado pela ideologia dominante no aparelho político estatal. Roborando todas essas conclusões, tem-se lição de Barbosa Moreira que convém aqui transcrever: “Seria ingênuo negar que a índole do regime político tem reflexos no campo processual. Nenhuma província do direito é politicamente ‘neutra’. Decerto, o processo penal, por óbvias razões, costuma refletir com maior intensidade as diretrizes políticas vigentes do que o processo civil; mas este de maneira alguma está imunizado a semelhante influência. A observação atenta da experiência histórica, porém, não confirma a tese de uma vinculação constante e necessária entre a prevalência dos traços ‘inquisitórios’ e a feição autoritária do regime político, ou entre a prevalência dos traços ‘dispositivos’ e a feição liberal desse regime.” E adiante acrescenta: “o ordenamento processual do nosso país vem evoluindo constantemente no sentido de reforçar os poderes do órgão judicial – e o fato de que a evolução se esteja processando à sombra de instituições politicamente democráticas só faz trazer mais um desmentido à tese da vinculação entre semelhante reforço e o caráter autoritário do regime vigente” (Reformas processuais e os poderes do juiz, *Temas de direito processual – oitava série*, p. 54).

<sup>75</sup> Pois a obra criativa dos juizes no direito processual é mais escassa que a atividade criativa dos particulares quando manejam as normas de direito material (sobretudo no direito privado), justamente porque não se trata de uma atividade típica.

O primeiro meio de implementar essa publicização do processo surge com a instituição do regime preclusivo dirigido à atividade das partes no processo. Impede-se, então, que elas possam interferir na sua marcha.<sup>76,77</sup> Mas somente muito depois é que se implementa uma efetiva ampliação dos poderes do magistrado, como reação às estruturas formais rígidas que, antes, pautavam também sua conduta.<sup>78</sup>

Entre esses dois momentos, o processo passa por uma crise, já que tem reconhecida sua condição de instrumento público de solução de conflitos, em que as partes não podem ditar como se dará a sua marcha e estão adstritas a limites formalmente relativamente rigorosos; mas o juiz ainda é fraco e incapaz de tornar o processo efetivo, seja por (também) estar “amarrado” por rigorosos limites formais, seja pela falta de meios práticos dados pela lei processual.<sup>79</sup>

Esse quadro é severamente agravado pelos excessos de muitos processualistas que, exacerbadamente preocupados em afirmar seu objeto de estudo como ciência autônoma, acabaram criando um mundo hermético e dissociado dos fins práticos aos quais aquele instrumento se destina.

É justamente nesse contexto que florescem tanto “o exagerado conceitualismo” quanto “a imensa preocupação garantística”, que se traduzem num “mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consciência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de transmutar-se em dogmas.”

<sup>76</sup> Cf., dentre muitos outros, GRASSO (L'interpretazione della preclusione..., cit., p. 645), repisando que as normas processuais têm caráter cogente, e as partes não podem simplesmente inobediência-las sem suportar as consequências. TROJANI (*Contributo...*, cit., p. 12) afirma justamente que a preclusão, para as partes, decorre da acentuação do caráter publicista do processo, pois reduz a ingerência das partes no seu curso.

<sup>77</sup> Em nosso sistema, isso se deu no nosso Código de Processo Civil de 1939, talvez por influência das lições de CHIOVENDA, como declara sua Exposição de Motivos.

<sup>78</sup> Esse momento começa, em nosso sistema processual, com as reformas operadas a partir de 1994, conforme adiante se verá.

<sup>79</sup> José CARLOS BAPTISTA PUOLI (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 53-54) sintetiza com muita clareza o espírito que norteia essa nova visão acerca do processo. Comparando a preocupação do legislador de 1939 com o atual relativamente aos poderes do juiz, pondera que “as preocupações daquela época estavam centradas unicamente na técnica processual, e na pureza conceitual dos institutos. Falava a preocupação com os resultados que o processo poderia criar no mundo dos fatos. Falava a consciência sobre a instrumentalidade e sobre a luta para que os provimentos judiciais alcançassem maior efetividade e, por fim, faltava um maior desenvolvimento dos chamados novos direitos, entendidos como aqueles relacionados com os interesses sociais pulverizados por toda a sociedade ou por grupos determináveis de elementos dela integrantes, direitos esses que, uma vez atingida sua fase de maturidade, passaram a cobrir dos processualistas uma postura que rompesse com a estrutura individualista até então privilegiada.”

dar-se em grilhões de uma servidão perversa”, segundo as eloquentes palavras de DINAMARCO.<sup>80</sup>

Nessa fase intermediária de evolução do processo, existem normas que servem a organizá-lo e regrá-lo, favorecendo a celeridade e a segurança jurídica (especialmente o princípio da eventualidade); porém não é ele um instrumento efetivo, justamente porque não só as partes estão limitadas por rigores formais, mas também o juiz. Todos os sujeitos processuais estão, enfim, presos a uma estrutura extremamente rígida, tanto pela incompleta superação do paradigma liberal, quanto por um profundo apego aos princípios e dogmas desenvolvidos sob a necessidade de auto-afirmação da ciência processual.

Por isso mesmo é que não podemos concordar com a idéia de que a instituição da preclusão, para as partes, importa em ampliação dos poderes do juiz.<sup>81</sup> Instituir um regime de preclusões para as partes importa em estabelecer o impulso oficial do processo, o qual, como já vimos,<sup>82</sup> é impulso pela lei e não propriamente pelo juiz.

A preclusão, para as partes, tem como principal papel o estabelecimento de ordem e celeridade no processo, mas não contribui diretamente para que o juiz tenha seus poderes incrementados. Assim, pode-se, perfeitamente, pautar a atividade das partes sob forte regime formal e preclusivo, sem aumentar os poderes do juiz.<sup>83</sup> Os fenômenos são, a rigor, independentes.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Nova era do processo civil, p. 11.

<sup>81</sup> É o que preconiza, por exemplo, CAMAMBERI, ao observar que “toda variação de equilíbrio político entre autoridade e liberdade corresponde, no microcosmos do processo, a uma variação análoga do ponto de encontro entre os poderes do juiz e das partes” (*Instituciones*, cit., v. 1, p. 318, em nossa tradução livre). Cf., ainda, na doutrina italiana, BALDI (*La decadenza*..., cit., p. 11) e, entre nós, CARLOS ALBERTO AUVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo*..., cit., p. 22).

<sup>82</sup> Vide o item 10.2, *supra*.

<sup>83</sup> O inverso também é verdadeiro: tampouco se pode dizer que o aumento dos poderes do juiz implica redução dos poderes e das garantias das partes, como afirmam, por exemplo, CERRANI (v. 8, *Batallas per la justicia civil*, tradução de Eugenia Ariano Deho, p. 185 ss) e MONTORO AROCA (*Il principio politico*..., cit., p. 60). Parece mais acertado falar que o aumento dos poderes do juiz (especialmente no que concerne à instrução da causa) se dá de modo concorrente ao das partes, sem que haja diminuição destes, e muito menos de suas garantias individuais em face do Poder Público. A tônica dessa nova concepção é de colaboração entre as partes e o juiz (cf. discorre, em extenso e profundo ensaio, EDOARDO GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit.), não de autoritarismo deste em relação àquelas.

<sup>84</sup> No processo italiano implementado pelo Código de Processo Civil de 1940 poder-se-ia até dizer que haveria alguma relação por que a instituição da preclusão para as partes e o aumento dos poderes do juiz, justamente porque esse regime de preclusões era elástico, e o juiz poderia ignorá-lo quanto a determinado ato processual se este fosse do interesse da justiça (confira-se, a propósito, CAMAMBERI, *Instituciones*..., cit., v. 1, p. 316). Mas no nosso sistema, em que o juiz tem o poder-dever de declarar a preclusão do direito da parte, sob pena de nulidade dos atos processuais posteriores (vide item 6.3 *supra*), não se pode dizer que o aumento do poder do juiz implicou redução do vigor

Entretanto, apesar de o regime de formas e preclusões sobre as quais está assentada a atividade das partes conservar sua importância e, por isso, permanecer como regra em que se fundamenta o sistema processual — pois segue viva sua característica, tão longamente reconhecida, de conferir racionalidade e objetividade ao processo, assegurando celeridade e segurança jurídica em seu desenvolvimento, e atendendo aos princípios da isonomia e boa-fé —, tal técnica é, por óbvio, insuficiente para tornar o processo realmente efetivo.<sup>85</sup>

Com efeito, o impulso do processo pode ser oficial, e ainda assim o juiz pode ter poucos poderes para tornar o processo não só um meio formal de acesso ao Poder Judiciário, mas também um meio efetivo de acesso à ordem jurídica justa. Conseqüentemente, a evolução do processo volta sua atenção para a implementação de meios de incremento do ativismo judicial não só entre nós,<sup>86</sup> mas em vários países do mundo.<sup>87</sup>

da preclusão para as partes. Apenas se houvesse uma disposição expressa do Código, autorizando o juiz a reconsiderar os limites temporais e lógicos impostos às partes, é que se poderia dizer que os fenômenos estariam associados.

<sup>85</sup> Note-se que ao defender a manutenção do regime preclusivo para as partes não queremos dizer com isso que sejam elas tratadas com inabalável rigor formalista. Não há dúvidas de que a implementação de um processo mais efetivo passa, também, por uma atenuação dos estritos rigores formais que pautam a atividade das partes. Assim, não é por outra razão que demonstramos que a fronteira entre um vício essencial e um vício não-essencial (importando o primeiro em inadmissibilidade e o segundo em mera irregularidade) pode ser bastante flexível, e que basta boa vontade do intérprete para se aproveitar atos processuais que não tenham sido exatamente realizados de acordo com os modelos processuais, alargando-se os seus critérios de *admissibilidade*. Nesse mesmo espírito se inspiraram as linhas que dedicamos a refutar a existência da preclusão consumativa. Do mesmo modo, uma reinterpretção das normas concernentes aos poderes das partes na instrução do processo à luz das garantias constitucionais ao contraditório e à efetividade da tutela jurisdicional atenua sensivelmente os rigores da preclusão nesse terreno. Esses são apenas alguns exemplos que se colhem da exposição. Entretanto, de acordo com as conclusões a que chegamos, o ordenamento já prevê o instrumental necessário para que, mediante a interpretação das normas que regem as formas e modelos processuais, o juiz contribua para a eliminação do formalismo processual exacerbado (qualificado por LIEBMAN como uma “deformação”, *Manual*..., cit., p. 258), sempre com vistas a atuar de modo efetivo no mundo concreto.

<sup>86</sup> Cf. v. g. BARBOSA MOREIRA (Reformas processuais e os poderes do juiz, cit., p. 59); ARRUDA ALVIM, Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo, cit., p. 99); DINAMARCO (*Fundamentos*..., cit., v. 1, p. 591 ss); PUOLI (*Os poderes do juiz e as reformas processuais*, p. 53 ss) e SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 10, colocando o aumento dos poderes do juiz como fenômeno correlato ao da consciência acerca da necessidade de efetividade do processo).

<sup>87</sup> Na Espanha, confira-se MONTORO AROCA (*Il principio politico*..., cit., p. 60); ERZEBERNA GURUPI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 36 ss); LIANO GONZALEZ (*La posición del juez en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Instituciones del nuevo proceso civil*, v. 1, p. 73 e ss); Na Itália, confira-se COMOCIO (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 155 ss) e SERGIO CHIRALONI (*Formalismo e garanzia: studi sul processo civile*, p. 456) que anota se tratar, essa, de uma tendência nos países ocidentais.

Vale notar que esse não é um movimento isolado e restrito apenas ao campo processual. De uma forma geral, a superação dos resquícios de ideologia liberal que ainda estavam arraigados no nosso sistema jurídico se reflete também em todos os cantos do sistema jurídico,<sup>88</sup> como fica claro no direito privado, especialmente após o advento do Código Civil de 2002,<sup>89</sup> de modo que o juiz passa a ter enormes atribuições, muito maiores do que dele se esperava no Estrado liberal.<sup>90</sup>

Pois bem. Esse fenômeno de incremento dos poderes do juiz no processo se dá por alterações legislativas expressas ou por força de uma *reinterpretação das normas já existentes*.

Esse primeiro grupo de modificações é, por óbvio, mais facilmente identificável, especialmente no nosso sistema processual pátrio, que sofreu duas importantes ondas de reformas, nas quais se destaca justamente a tônica de incrementar o ativismo judicial (especialmente com a generalização da antecipação de tutela, o aumento dos poderes do relator nos tribunais e a prevalência da execução específica sobre a conversão das obrigações fazer, não fazer e dar em pecúnia, com todos os meios de apoio correlatos).

Já quanto ao segundo grupo de modificações, os exemplos não são tão claros, eis que propostas de reinterpretação de normas vigentes são colhidas sobretudo em ensaios doutrinários, e somente algumas delas acabam sendo consagradas

<sup>88</sup> Exatamente como assinalou LUMIA (*Utequità tra la giustizia e la legge*, cit., p. 708), referido na nota 73 ao presente capítulo, *supra*.

<sup>89</sup> Conforme anota LUIZ PAULA PIRES PINHO (*Interpretação dos novos dispositivos do Código Civil quanto às obrigações advindas de relações empresariais e o papel da jurisprudência*, inédito, p. 5-6, 27 e ss), o atual Código Civil implementou uma série de regras que quebram com os resquícios de ideologia liberal que antes vigiam, calcados no "individualismo (e a intangibilidade das garantias do indivíduo em relação ao poder estatal, especialmente no tocante ao direito de propriedade, da autonomia da vontade e da livre iniciativa) e a igualdade formal de todos perante a lei". Aqui se destaca, justamente, a instituição explícita do princípio da boa-fé objetiva "como regra interpretativa que permite ao juiz afrouxar os laços obrigacionais que emergiam da vontade esposada pelos contratantes", bem como o "reconhecimento da função social da propriedade e dos contratos, até a instituição de regras de atenuação do princípio do *pacta sunt servanda*, como as regras concernentes à lesão, ao estado de perigo e à onerosidade excessiva". Como se trata a maioria desses de conceitos legais *interminados*, completa a autora que "as cláusulas gerais devem ser preenchidas pelo juiz autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretiva". Ressaltam-se, assim, "a importância e o papel do juiz e da jurisprudência, que [...] estão diretamente relacionados à tarefa de 'preencher de valores' as cláusulas gerais".

<sup>90</sup> Por isso que FRANÇOIS OST compara esse juiz à figura de Hércules: "mantenemos aqui el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar al mundo sobre sus brazos estendidos" (Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, cit., p. 170). E, adiante, acrescenta: "En el preconencioso aconseja, orienta, previene; en el posconencioso sigue la evolución del dossier, adopta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiteriano era un hombre de ley, respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social" (p. 177).

nos tribunais, e mesmo assim depois de longo e gradual processo de reiteração de julgados.

Exemplos de propostas de reinterpretação são fáceis de encontrar ao longo do trabalho. Defendemos que são cognoscíveis de ofício e insuscetíveis de preclusão as questões relativas à admissibilidade dos recursos (especialmente no que toca à tempestividade);<sup>91</sup> e de que em matéria probatória nada impede que o magistrado reconsidere qualquer decisão proferida.<sup>92</sup>

Em suma, as propostas de reinterpretação de conceitos, plasmadas na diminuição das preclusões dirigidas à atividade do juiz, podem ser sintetizadas em uma única idéia, defendida por nós no decorrer do texto: a esmagadora maioria das decisões interlocutórias versa matéria processual, cuja aplicação correta não pode ficar livre à disposição das partes, de tal sorte que o juiz poderia se retratar mesmo se a parte interessada não interpuesses o recurso de agravo. Enfim, a aceitação da concepção de processo como um instituto de direito público acaba, nesses termos, implicando um golpe de morte contra a preclusão de questões incidentais.

Todavia, nem sempre tais propostas de reinterpretação de conceitos, tendentes a afrouxar o regime preclusivo incidente sobre a atividade do juiz, acabam sendo acolhidas pelos tribunais (de modo reiterado e constante, de maneira que se possa reconhecer uma corrente jurisprudencial).

Infelizmente, poucos são os exemplos a serem citados: Podemos mencionar, a esse propósito, o alargamento do efeito infringente dos embargos declaratórios, sempre que a decisão embargada operar em *erro grosseiro*<sup>93</sup> (de maneira a atenuar a preclusão que emerge do comando contido no art. 463 do CPC); ou a interpretação elástica que se dá aos arts. 396 e 397 do CPC, franqueando-se ao juiz o poder de aceitar a juntada de documentos aos autos em qualquer momento.

Em linha de síntese, o que se extrai de toda a exposição é que o aumento do poder do juiz na condução da causa está ligado à diminuição do rigor da preclusão dirigida à sua própria atividade, mas não tem relação direta com a manutenção do rigor das preclusões dirigidas às partes.

Sem separar o que seja preclusão dirigida aos direitos das partes e preclusão dirigida ao juiz e orientada para a estabilização das decisões incidentais, não há como compreender afirmações (muito corriqueiras, aliás) de que a preclusão atende ao escopo publicista do processo. Tem-se aí apenas uma meia-verdade.

Realmente, a preclusão dirigida à atividade processual das partes implica, sim, o acolhimento da idéia de publicização do processo e se inspira na necessidade de

<sup>91</sup> Vide o item 8.5.2, *supra*.

<sup>92</sup> Especialmente para admitir prova que, antes, houvera inadmitido, conforme o item 8.5.3, *supra*.

<sup>93</sup> Vide o item 8.3.6, *supra*.

sua *eficiência*, representada pelo binômio *segurança e celeridade*, como afirmam PRATO PISANI e CAPONI.<sup>94</sup> Diminui-se, assim, a interferência que as partes exercem sobre o desenrolar do processo.

Entretanto, do mesmo modo, a atenuação da preclusão dirigida aos poderes do juiz, permitindo que ele reveja decisões incidentais independentemente da iniciativa das partes em delas recorrer, *atende a esses mesmos escopos publicistas* e busca a *efetividade* do processo, com a aplicação correta dos comandos processuais, ainda que isso implique, eventualmente, a mitigação do princípio da celeridade e da segurança jurídica.

Assegura-se, desse modo, que o juiz – cujos atos gozam de presunção de legalidade e inspiram-se no interesse público – possa desempenhar a plenitude de seu papel de conduzir o processo e zelar pela aplicação correta das normas processuais, como meio de permitir que o processo alcance seus objetivos constitucionais.<sup>95</sup>

Como já afirmamos, a preclusão dirigida à atividade processual das partes, a rigor, atende a um escopo publicista, mas se fundamenta por uma idéia essencialmente privatista (qual seja a de que as partes podem dispor de seus direitos de

<sup>94</sup> *Lineamenti...*, cit., p. 182.

<sup>95</sup> Não pretendemos aqui adentrar em espinhosas discussões que o tema *aumento dos poderes do juiz* suscita, em particular acerca do questionamento da *legitimidade popular* do Poder Judiciário, cujos membros, diferentemente dos demais do Poder Legislativo e Executivo, não são escolhidos por voto (para uma referência bibliográfica acerca dessa tormentosa discussão, DAVO DE ABBRU DALLARI, *O poder dos juizes*, p. 211ss), ou ainda acerca da recente e acentuada tendência de diminuição da idade média dos juizes e dos questionamentos sobre como tem sido a preparação desses para desempenho de suas funções (Cf. enfrentam BENOQUE e CARMOVA, *A posição do juiz: tendências atuais*, *Revista Forense*, nº 349, p. 87). E nossa opção de não adentrar nesse mérito se deve não só à fidelidade aos escopos traçados para este trabalho, mas também porque partimos da premissa de que o processo civil deve ser orientado para atingir os objetivos a que está destinado, e que sua estruturação, seguindo os arraigados cânones impregnados de ideologia liberal (isto é, centrando-se atenção sobre as partes e não sobre o juiz), o torna inapto a tanto. Assim, se entendemos que dificilmente refinamentos e retoques técnicos no nosso sistema (e que não tragam alterações estruturais) serão capazes de garantir melhoria significativa na entrega da prestação jurisdicional, é reforçando os poderes do juiz na condução da causa que parece estar a saída para os males que redundam na inefetividade do processo. Evidentemente que esse reforço dos poderes judiciais deve se operar, precipuamente, por alterações legislativas (o que garante, em princípio, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal), e em observância das garantias das partes no processo (em especial o contraditório e a ampla defesa, o que, nos parece, tem sido, de forma geral e com raras exceções, observado nas recentes reformas processuais). Em suma, concordamos com a idéia de AVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 138) de que “aumento dos poderes dos juizes não deve significar, necessariamente, completa inderminação desses poderes: De modo nenhum a pretendida restauração da autoridade do poder estatal no processo haverá de implicar renúncia a normatizar seu desenvolvimento”. De outro lado, não se ignora, nem se poderia, que abusos desses novos poderes do juiz podem ocorrer, mas é evidente que essa será a exceção e, ainda que assim não fosse, o nosso sistema é muitíssimo bem guardado de meios de impugnação das decisões judiciais. Assim, de um certo modo, esse sistema recursal, apesar de tão criticado acaba nos dando a garantia de que os abusos de poder poderão ser eficazmente controlados.

curso processual quando em litígio). Na primeira acepção da preclusão, o regime de auto-responsabilidade a que se sujeitam as partes fundamenta a preclusão incidente sobre elas.

Quanto ao juiz, não há cabimento em limitar seus poderes pelo regime de auto-responsabilidade a que se submetem as partes: sua função é pública e, de acordo com a interpretação por nós alvitrada, sua iniciativa com relação à aplicação correta das normas processuais deve estar desvinculada da iniciativa das partes.

A profunda diferença entre as limitações impostas ao juiz e às partes encontra, a final, fundamento na idéia de CALAMANDREI,<sup>96</sup> já por nós referida, de que o processo é um jogo, em que, concretamente, “afora o juiz, no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconspicuosamente) com aquele escopo superior”.

Enfim, se o juiz revê uma decisão tomada no curso do processo para adequá-la, sobretudo, às regras processuais aplicáveis, e com isso acaba por quebrar a segurança jurídica que emergia daquele decisório e por tumultuar o andamento do processo, esse ato tem a presunção de estar revertido no interesse público e, portanto, se justifica dentro dos limites acima delineados. As partes, ao contrário, guiadas por espírito egoísta, não podem gozar da mesma liberdade, e sua conduta deve estar pautada dentro de regras mais estritas sob pena de se abandonar qualquer ordem ou racionalidade no desenvolvimento do processo.

Assim, sem separar as duas acepções do instituto preclusão, tem-se terreno fértil para equívocos. Mais uma vez, reiteramos a importância da distinção entre as posições jurídicas das partes e do juiz no processo e seu papel na interpretação dos institutos processuais.

### 11.7 Preclusão, costume e o papel da jurisprudência

Um último ponto digno de menção e que influi no complicado jogo entre os princípios já referidos diz respeito ao fato de que a rigidez e preclusividade do sistema processual brasileiro já estão arraigadas na consciência jurídica nacional e no costume que inspira a prática forense diária.

Aplica-se a preclusão em qualquer situação, mesmo quando expressamente a lei não a prevê, ou em situações que nada têm a ver com o instituto. Basta relembrar os exemplos colhidos na jurisprudência em que se vedou à parte a prática

<sup>96</sup> *Il processo come giuoco*, cit., p. 489, em nossa tradução livre.



de determinado ato por ter supostamente havido preclusão lógica,<sup>97</sup> ou a grande amplitude que assumiu o conceito de preclusão consumativa.<sup>98</sup> Do mesmo modo, sabe-se que os advogados mostram-se muitíssimo preocupados que determinadas questões decididas pelo juiz podem ser consideradas (para esse último) preclusas e, desartre, estáveis e imutáveis (e esse é um dos fatores que contribui para a enorme proliferação dos recursos de agravo). Isso decorre justamente da postura (assentada no costume) dos juízes em recusar-se a revisar questões incidentais acerca das quais não houve recurso da parte, mesmo quando o ordenamento deixa aberta tal possibilidade.

Realmente não se pode olvidar da influência do costume na aplicação das leis processuais civis, seja suprimindo lacunas ou adaptando preceitos legais para aplicá-los na prática, seja (ainda que não de forma clara) orientando a interpretação das normas.<sup>99</sup> É nesse sentido a lição emblemática de CALAMANDREI: “a importância prática do costume judiciário vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas. Em realidade, o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume de quem a põe em prática”.<sup>100</sup>

No primeiro caso, o costume atuaria como uma fonte não escrita do direito processual.<sup>101</sup> Causa alguma estranheza a expressão *processo civil consuetudinário*, mas certamente que, assim como em outros ramos do direito, também no processo civil a práxis manifesta uma atividade criadora e modificadora de suas normas.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> Vide item 7.4.4.1, *supra*.

<sup>98</sup> Vide itens 7.4.4.2 e 7.5, *supra*.

<sup>99</sup> Isso sem falar no costume que inspira os menores detalhes formais dos atos processuais (ou os usos *forenses*), haja vista que tais usos não apresentam maior transcendência jurídica e a sua inobservância, na pior das hipóteses, se traduz em uma meta e irrelevante irregularidade, que sequer careceria de correção ou emenda.

<sup>100</sup> *Processo e democracia*, p. 35.

<sup>101</sup> Como admitem, na doutrina francesa, CORNU e FOYER (*Procédure civile*, p. 17).

<sup>102</sup> Acreditamos ser o prequestionamento o maior exemplo disso, pois sua criação e seus complicadíssimos contornos são fruto, apenas, da experiência jurídica nos Tribunaux Supérieurs, e no costume que se assentou, ao longo do tempo, em torno da interpretação das normas concernentes ao juízo de admissibilidade, sobretudo do recurso extraordinário.

(muito embora esses costumes não surjam entre os cidadãos justamente porque estes não participam diretamente da administração da justiça).<sup>103,104</sup>

Isso se confirma não só à vista do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (que inclui o costume como fonte subsidiária do direito), mas também porque — como ensinam JAMÉ GUASP e PEDRO ARAGONÉS<sup>105</sup> — “nenhum sistema jurídico pode excluir o costume do quadro de suas fontes de produção”, nem mesmo os ramos do direito público (normalmente pautados pela estrita legalidade); em realidade, o legislador não pode impor algum tipo de freio a tal fenômeno.<sup>106</sup>

Mas é a segunda manifestação do costume que nos interessa em particular (ou seja, a influência que exerce o costume na adaptação das normas processuais aos casos concretos). E, nesse ponto, emerge claro que a mais importante faceta do costume, como fonte do direito processual, é a do costume dos *órgãos jurisdicionais* (muito mais do que das partes,<sup>107</sup> mesmo porque são diferentes de um processo para outro, torrando-se mais difícil que se assente entre elas determinado costume no trato do processo civil).

De fato, as normas de direito processual — sobretudo aquelas relativas à forma — podem ter aplicações distintas de um local para outro, podendo se alterar ao longo do tempo.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> CALAMANDREI já ressaltava que esse fenômeno de criação do processo civil pela via do costume ocorreu historicamente, em locais e épocas diversas: “Tutta la storia del processo, della *formazione del diritto romano alle posizioni del diritto comune*, dagli statuti italiani alle *coutumes* francesi, è, in sostanza, fino a giungere alle codificazioni, la storia della pratica giudiziaria in diritto processuale” (*Processo e democrazia*, p. 26).

<sup>104</sup> Sem observar inteiramente a completude desse aspecto (isto é, de que a atividade criadora do costume no campo do direito processual se dá dentro dos tribunais e não em meio à sociedade civil), o doutrinador espanhol José ALMAGRO NOSTRE (*Derecho procesal*, t. 1, v. 1, p. 57) nega que o costume seja fonte do direito processual: “el derecho procesal es un derecho técnico, un derecho de juristas y no un derecho popular, y encontrar difundida en una colectividad un uso reiterado, con intención de obligar como norma jurídica, parece el modo más apropiado de formar el Derecho en comunidades estables y primordialmente rústicas que en una clase social determinada como es la clase forense, sometida, aliás, a una gran movilidad y dominada por un espíritu legalista”.

<sup>105</sup> *Derecho procesal civil*, t. 1, p. 70, por nós traduzido.

<sup>106</sup> Assim também entendeu CRUZ E TUCCI (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 21) ao afirmar que “a problemática que decorre da natureza e da hierarquia das fontes transcede a vontade do legislador (o vetor legislativo é insuficiente para solucioná-lo)”.

<sup>107</sup> Que mesmo assim não pode ser esquecida, como afirmam GUASP e ARAGONÉS (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 71).

<sup>108</sup> CORNU e FOYER (*Procédure civile*, p. 17) dizem que uma das manifestações do costume no processo se revela no *style du palais*, lecionando que “Ceux qui naissent *secundum legem*, en vertu d’un renvoi de la loi, ont une vigueur comparable à celle-ci. Ceux qui se développent *praeter legem*, pour combler les lacunes de la loi (naguère usage du placet) ou surtout *contra legem*, résistent activement ou passivement à la loi (abandon des écritures grossières) sont devenus de toute force obligatoires”.

Por exemplo, a linha que separa o vício não-essencial (que se qualifica como mera irregularidade e não é sancionado) de um essencial (que recebe a sanção da invalidade ou da ineficácia) pode ser desenhada com base nos costumes do tempo e do local.

No curso da exposição, tivemos oportunidade de observar que situações muito similares recebem tratamentos diversos no que toca à interpretação das normas relativas à forma do processo. Basta pensar nos exemplos do recurso de apelação sem preparo e sem as razões de impugnação. Apesar de ambos os vícios redundarem na mesma consequência (um respeito a desrespeito à forma prevista no art. 511 do CPC, outro do art. 514, respectivamente), as situações são tratadas, pela doutrina dominante e, sobretudo, pela jurisprudência majoritária, de modo bem diverso (havendo, de ordinário, muito menor tolerância com a primeira inadequação formal, do que quanto à segunda).<sup>109</sup>

De outra banda, num determinado tempo ou lugar, certas questões podem ser reputadas, costumeiramente, como cognoscíveis de ofício, mas em outro não. Isso se deve, a nosso ver, nem tanto à fluidez do conceito de “norma de ordem pública” (porque muitas vezes não atentam os juizes para a idéia de que a norma que está em torno da questão é de ordem pública), mas sim porque a prática reiterada considera que a questão tenha esse *status*.

Realmente, de um lado vê-se que os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, são, há muito tempo, interpretados de forma bastante aberta, conferindo ao juiz amplos poderes para controle da admissibilidade da demanda e, de forma geral, ao controle da regularidade de alguns pressupostos processuais, podendo conhecer de tais matérias de ofício e modificar decisão anteriormente lançada a respeito.<sup>110,111</sup> Entretanto, outras questões que apresentam o mesmo cunho processual e a mesma importância para regularidade formal do processo não recebem o mesmo tratamento, e, com isso, nega-se a iniciativa *ex officio* em delas conhecer e defende-se a preclusividade para o juiz que prolatou os referidos decisórios.<sup>112</sup> Enfim, voltamos àquela idéia de que apenas uma minoria das normas e preceitos processuais

<sup>109</sup> Quicá isso não se deva a uma indevida aproximação entre o processo civil e o processo penal, já que nesse último, como se sabe, as razões de impugnação de determinada decisão são apresentadas separadamente do ato em que a parte manifesta sua intenção de recorrer.

<sup>110</sup> Item 8.5.6, *supra*.

<sup>111</sup> Essa interpretação aberta dos referidos dispositivos vem provavelmente desde a entrada em vigor do Código, haja vista a construção doutrinária que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, erigiu-se em torno da ausência de preclusividade do despacho saneador (cf. item 2.10, *supra*).

<sup>112</sup> Exemplo claro se colhe no item 8.5.2, *supra*, de nosso trabalho, isto é, o de que as decisões judiciais acerca do controle da regularidade da apelação não estão sujeitas à preclusão (como defende NELSON NEW JR.), mas não se vêem julgados nesse sentido e, para um operador do direito desavisado, a solução, apesar de consentânea com a natureza pública da norma processual, causaria certa perplexidade.

tutela preponderantemente o direito da parte, de maneira a justificar a ausência de iniciativa judicial a respeito.<sup>113</sup>

Nossa experiência jurídica oferece exemplos que não se referem apenas a zonas nebulosas como as acima mencionadas – em que mais de uma interpretação parece aceitável, dada a existência de conceitos juridicamente indeterminados, e tanto mais se consideradas as diferenças de uma situação concreta para outra –, mas que, ao contrário, se revelam claras afrontas a normas positivadas de direito processual.

Em alguns casos, existem reiteradas determinadas interpretações jurisprudenciais que acentuam deliberadamente o caráter preclusivo do processo. É exatamente o que ocorre com a maciça corrente jurisprudencial e doutrinária (felizmente, não uníssona em nossos dias) que prega a proibição de emenda a qualquer ato processual, ainda que dentro do prazo a ele destinado e mesmo que defeituoso.<sup>114</sup> Certamente não só razões técnicas condicionam esse entendimento, mas também outras assentadas no costume do dia-a-dia forense influenciam aqueles que o professam.

Em outros casos, ao contrário, o instituto da preclusão é aplicado de modo espantosamente flexível. Aqui lembramos da prática, já referida,<sup>115</sup> de suspender e enviar a arquivo o processo de execução de título extrajudicial por falta de citação do réu, ou o inventário ou arrolamento ao qual o inventariante não dá andamento regular, quando a hipótese legal cabível seria, no primeiro caso, a extinção do processo na esteira do art. 267, III, do CPC, e, no segundo caso, a remoção do inventariante, em razão do descumprimento do dever ditado pelo art. 991, III, do mesmo diploma. Esse entendimento comumente verificado na prática não se assenta sobre bases puramente técnicas (fosse assim, no processo de conhecimento, antes da citação, o juiz também não aplicaria a norma contida no art. 267, III, do CPC). Certamente aqui há uma boa dose de influência da prática reiterada dos tribunais.

Há autores que afirmam que, embora existam alguns costumes baseados na jurisprudência, eles não seriam fonte do direito, pois ou se adaptam à lei ou são a ela contrários, e, portanto, devem ser rechaçados.<sup>116</sup> No entanto, tal assertiva firma-se, *data venia*, numa visão exacerbadamente positivista do direito e em uma mentalidade apegada a critérios de lógica formal incompatíveis, de regra, com o fenômeno da aplicação do direito.

<sup>113</sup> Defendida por CAMMON DE PASSOS (item 8.5.2, *supra*).

<sup>114</sup> Item 7.3.1, *supra*.

<sup>115</sup> Item 10.2, *supra*.

<sup>116</sup> Cf. DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 126).

No mais, os mecanismos de assentamento (e, conseqüentemente, de revisão) desses costumes acerca da aplicação das normas formais do processo (em especial aqueles concernentes à preclusão) passam, necessariamente, pela jurisprudência,<sup>117</sup> de modo que não se poderiam dissociar os fenômenos (nesse caso, não se trataria de duas fontes do direito, mas sim de uma só).<sup>118</sup> As decisões dos tribunais acerca da aplicação das normas sobre a preclusão, reiteradamente, podem vir a gerar normas consuetudinárias, que influenciam e orientam a aplicação prática do processo.

Entendemos que esse fator merecia uma menção, ainda que breve, apenas para demonstrar que em torno da interpretação das normas processuais existem outras circunstâncias que não podem ser esquecidas e que, mesmo que indiretamente, influem sobremaneira no modo como o processo se apresenta na sua aplicação cotidiana.

Enfim, o que se deve ter presente é que o costume, sedimentado na experiência dos operadores do direito (e especialmente nas decisões dos tribunais), acaba avultando como mais um dos elementos a interferir na interpretação das normas processuais concernentes à forma, em geral, e à preclusão, em particular.

<sup>117</sup> Como ensina Cruz e Tucci (*Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 15), "O precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando a também ser observada pelos tribunais, é que viabiliza sua transformação em precedente".

<sup>118</sup> Por isso mesmo que Guasp e Aragoneses chamaram os costumes dos tribunais, longamente assentados, de *jurisprudência* (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 71). José Marcelo Viçar ainda acrescenta, com base em vastas referências bibliográficas, que a jurisprudência seria "uma especial forma do costume" (*Uniformização de jurisprudência*, p. 55).

## Conclusões

À vista de todo o exposto no presente estudo, podemos extrair variadas conclusões:

1. A análise dos sistemas jurídicos romano, germânico e canônico mostra-se fundamental para que possamos entender o processo civil das Ordenações do Reino português, as quais constituíram a base para o processo civil brasileiro moderno.

A despeito dessa inegável influência, no que concerne especificamente ao regime de preclusões incidente sobre a atividade das partes, a análise por nós empreendida permite concluir que, a despeito do entendimento da doutrina dominante, o sistema processual das Ordenações era bastante flexível, e apenas a partir do Código de Processo Civil de 1939 é que se pode dizer que o processo civil brasileiro apresenta, realmente, rigoroso sistema preclusivo.

No que toca à preclusão incidente sobre as questões resolvidas no curso do processo, a herança das Ordenações se revela fonte clara dos entendimentos atuais atinentes à matéria, especialmente a partir da edição do Código de Processo Civil de 1939, em que ficou evidenciada a associação entre recorribilidade das decisões e possibilidade ou não de revogação ou modificação pelo juiz, *ex officio*.

2. O estudo de sistemas processuais estrangeiros revelou claramente que enquanto alguns, por meio de reformas legislativas, reforçam o caráter preclusivo do processo, com vistas à maior celeridade, outros afrouxam-no, na esperança de que o processo possa cumprir seu papel de meio público efetivo de solução de controvérsias. Essa é uma prova clara de que a aplicação da preclusão toca diretamente os valores jurídicos mais importantes dentro do sistema processual.

Além disso, o cotejo de sistemas processuais ao longo da história com sistemas processuais atualmente vigentes em outros países demonstra claramente que