

Coleção Atlas de Processo Civil
Coordenação: Carlos Alberto Carmona

Preclusão Processual Civil

Heitor Vitor Mendonça Sica

2ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2008

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acepções do Termo Preclusão

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

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

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

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

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

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

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

Do ponto de vista procedimental, a preclusão (genericamente considerada) serve tanto para impedir um retorno à fase que já se exauriu para que a parte exerça um direito processual como para que o juiz reveja decisão incidental que já tenha sido proferida e que não tenha sido recorrida por nenhuma das partes.

Quanto ao fundamento, ambos os institutos atendem a um imperativo temporal, porque, do mesmo modo em que se estabelecem termos peremptórios para as partes, dentro dos quais devem elas cumprir seus atos processuais sob pena de não poder fazê-lo depois, impõe-se ao juiz que se abstenha de decidir o que já foi superado na cadeia de atos que compõem o procedimento.

Finalmente, em qualquer dos dois sentidos que o termo preclusão é empregado, há a idéia de "terminar, acabar, encerrar, fechar", que sua origem latina sugere (*pre* e *cludere*).²

No entanto, não há dúvidas de que as diferenças entre os institutos são muitas, tanto que não passaram despercebidas pela doutrina.

Há quase meio século CELSO AGRÍCOLA BARBI³ atentou para o problema: "Aí temos chegado ao ponto em que a conceituação se mostra deficiente pois, segundo as palavras de CHIOVENDA, a preclusão é de *faculdades*, mas ele acaba admitindo a de questões decididas expressa ou implicitamente no curso do processo. Exemplificando com a questão da competência: o que o jurista examina no estudo *Cosa giudicata* e competência não é a perda da *faculdade da parte* de, em processo novo, suscitar a questão já decidida em processo anterior, mas sim o poder do *juiz* de resolver novamente a questão"⁴ (grifos nossos).

Apesar da perspicácia de tal constatação, o autor — no que é seguido por vários outros processualistas, como vimos no item anterior — limita-se a alargar a definição de preclusão tradicional de CHIOVENDA, para que ela abranja também o fenômeno que importa na imutabilidade das questões incidentais já resolvidas. Ou seja, o problema foi identificado, mas não foi cientificamente resolvido, pois a dicotomia de fenômenos sob a mesma denominação persiste, apesar de ser inaceitável.

Quando assim não procedem — e atualmente trata-se de uma corrente doutrinária que reputamos dominante no Brasil —, adotam os autores o conceito de *preclusão "pro iudicato"* para designar o fenômeno que importa na impossibilidade

2 EPAMINONDAS PONTES (Preclusão, cit., p. 335).

3 Da preclusão no processo civil, cit., p. 60.

4 Mesmo ALDO ATTARDI (Per una critica..., cit., p. 3), que se propôs a questionar de forma tão dura a doutrina de CHIOVENDA, não atentou para a dicotomia dos conceitos de preclusão e, por conseguinte, não levantou a dúvida suscitada por CELSO BARBI. De fato, olvidando-se do fato de que as três modalidades de preclusão delineadas por CHIOVENDA referiam-se às partes (tanto que seu efeito era identificado, sempre, com a perda de uma *faculdade*), ATTARDI dá como exemplo da última modalidade de preclusão o caso em que "il giudice di primo grado abbia risolto con sentenza non definitiva una questione preliminare di merito".

de o juiz voltar atrás em decisões que tomou no curso do feito, sem que tenha sido provocado pelo juízo de retratação, no âmbito do recurso de agravo.⁵

A concepção é decorrente de uma conjugação entre as doutrinas de REDENTI (que criou a expressão *preclusionone "pro iudicato"* para designar um efeito extraprocessual, equiparável ao da coisa julgada material, para provimentos que não são sentenças de mérito, tais como decisões do processo de execução e monitorio) e RUCCIO (que rechaçou a aplicação chiovendiana da preclusão sobre os poderes do juiz); dessa fusão resultou a idéia de que as decisões interlocutórias seriam cobertas pela *preclusão "pro iudicato"* sempre que delas não fosse tirado o recurso de agravo.

Como se vê, essa concepção — que parece ecoar apenas no Brasil, e não na Itália, à vista da extensa análise da doutrina peninsular (item 4.2, *supra*) — acaba, ao final, afastando-se totalmente de ambas as teorias que lhe deram origem.

A de Rucchio resta totalmente inobservada, à medida que o fenômeno representado pelo impedimento ao juiz de redecidir o que já tiver decidido é exatamente o mesmo; apenas adicionou-se expressão latina ao termo *preclusão*.

Do mesmo modo, a expressão desenvolvida por REDENTI acabou sendo desvirtuada, como bem apontaram MONIZ DE ARAGÃO⁶ e, mais recentemente, ALEXANDRE BARROSO,⁷ porquanto aplicada a terrenos não imaginados por este último autor italiano e, o que é pior, designando situações em que a imutabilidade das questões resolvidas não opera *extraprocessualmente*.⁸

Após fazer análise semelhante àquela por nós ora empreendida, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES,⁹ por sua vez, sugere que o fenômeno que opera a imutabilidade das decisões incidentais tomadas no processo de conhecimento seja chamado de *preclusão judicial*, reservando-se a expressão *preclusão "pro iudicato"* apenas para o sentido original desenvolvido por REDENTI.¹⁰ Parece-nos ser a melhor tentativa já executada de dirimir essa dicotomia de fenômenos.

5 Assim, JOSÉ FREDERICO MARQUES (Manual..., cit., v. 2, p. 170); HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 5-23); TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (O novo regime do agravo, p. 296 ss); JOÃO BATISTA LOPES (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional, cit., p. 33); dentre outros.

6 Preclusão, cit., p. 160.

7 Acesso à justiça e preclusão civil, cit., p. 115-116.

8 Observe-se que a expressão latina "pro iudicato" pode ser traduzida como "em lugar de julgado", dando a dimensão de que seria instituído a atuar quando não se puder verificar *giudicato*, propriamente dito.

9 Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro, p. 16-19.

10 Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro, p. 32.

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

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

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

Posições Jurídicas na Relação Processual

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

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

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

¹ No nosso estudo *Contribuição ao estudo das invalidades*, cit., p. 16 ss.

² Sobre a histórica polémica entre WINDSCHEID e MUTHÉR, e o posterior advento da obra de Von BÜLOW, confira-se DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit. v. 1, p. 279 ss).

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

⁴ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 199.

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

¹¹ *Dez anos de pareceres*, v. 8, parecer nº 211, p. 171.

¹² *O novo regime do agravo*, p. 318.

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

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

Enfrentar o tema sem ter essa idéia em mente é empreitada que leva a resultados frustrantes. Aqueles que partiram para analisar o fenômeno da perspectiva do processo como *situação jurídica complexa* — como MACHADO GUMARÃES⁸ — acabaram, com poucas diferenças, desembocando em distinções de menor utilidade, como a entre a preclusão em si e a *situação jurídica* que da sua incidência deriva, ao passo que, em realidade, o fenômeno é um só e a preclusão é um efeito imputativo em si mesmo.

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

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

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

⁶ Ressaltando esse interessantíssimo aspecto, GRASSO (Interpretazione della poreclusionone..., cit., p. 640).

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

⁸ *Estudos de direito processual civil*, cit.

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

¹⁰ Cf. GRASSO (La colaboración nel processo civile, cit., p. 580).

bém ter em conta as diferenças das *posições jurídicas ativas e passivas* assumidas por juiz, autor e réu¹¹ para enfrentar o tema da *preclusão*. É sob esse prisma que parte nossa análise.

6.2 Posições jurídicas processuais assumidas pelas partes

As posições jurídicas que as *partes* assumem no processo podem ser *ativas* ou *passivas*. As primeiras põem o agente em uma posição de atuar na esfera jurídica alheia, com a prática de determinado ato;¹² as segundas colocam o agente em uma situação de *sujeição*. Usando outras palavras, DINAMARCO¹³ define as primeiras como aquelas que deixam o sujeito processual em uma posição de *vantagem*, ao passo que as segundas em uma situação de *desvantagem*.

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

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

6.2.1 Posições jurídicas ativas assumidas pelas partes

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

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

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

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

¹³ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 201.

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

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

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

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

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

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

¹⁵ *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19.

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

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

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

Depois dele, foi CARNELUTTI¹⁸ quem delineou de forma mais completa o instituto. O autor diferencia os atos *devidos* dos atos *necessários*, sendo os primeiros aqueles que o direito objetivo impõe com a finalidade de tutelar interesse público ou de terceiro, ao passo que os segundos são colocados pelo ordenamento para que a parte a quem compete praticá-los atinja determinado fim correspondente ao seu próprio interesse.

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

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

¹⁸ *Sistema...*, cit., v. 2, p. 73-84.

¹⁹ Valendo-nos das palavras de EDUARDO J. COYTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174).

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

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

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

²³ Cf. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 202).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ Em linhas gerais, essa concepção vem colhida na obra de CESARE CAVALLINI (*Escezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, p. 34), para quem o *ônus* seria uma "situazione soggettiva necessariamente correlata alla previsione di una sanzione per il caso della sua inottemperanza".

²⁸ "Quando se tratar de faculdade, o homem obra como quiser" (FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 117).

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

³⁰ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 220.

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

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

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

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

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

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

Acabamos, então, por expressar alguma simpatia pela teoria defendida por muitos processualistas italianos³⁷ (não porque seja tecnicamente correta, a nosso ver, mas porque ilustra muito bem a questão), de que o ônus seria, ao mesmo tempo, uma posição jurídica ativa e passiva: ativa, por nele estar implícito o exercício de um *direito*, e passiva, porque a omissão quanto ao exercício desse direito implica desvantagem para o sujeito.

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

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

36 Como bem observam De LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal*: introducción, p. 329-330).

37 Confira-se, nesse mister, com farra referência bibliográfica, GRASSO (L'interpretazione della preclusione..., cit., p. 641).

6.2.2 Posições jurídicas passivas assumidas pelas partes

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

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

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

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

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

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

38 Cf. DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., p. 121).

39 Cf. LEVI (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 150).

40 Cf., mais uma vez, LEVI (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 150).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3 Posições jurídicas processuais assumidas pelo juiz

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

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

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

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

É totalmente estranha à atividade do magistrado a figura do ônus, pois nenhum ato judicial visa a vantagem própria, tampouco a omissão acarreta alguma desvantagem. Isso porque o juiz não age em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito. Assim se explica, justamente, por que os juizes não estão sujeitos a prazos *próprios*, mas apenas *impróprios*⁴⁷ (como os dos arts. 51, III, 189 ou 281 do CPC), ou seja, o seu descumprimento não acarreta consequências para o exercício de seus poderes-deveres no processo⁴⁸ (quando muito, gerariam consequências extraprocessuais, como a responsabilização de caráter administrativo ou disciplinar do magistrado).⁴⁹

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

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

⁴⁸ CARLOS ALBERTO CAEMONA atinou para uma única e excepcionalíssima hipótese de prazo *próprio* para o magistrado. Trata-se do art. 324, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, com redação dada pela Emenda Regimental nº 21, de 30.5.2007, que regulamentou os procedimentos para análise da *repercussão geral* do recurso extraordinário, conforme art. 102, § 3º, da CF e arts. 543-A e 543-B, ambos do CPC, introduzidos pela Lei nº 11.418/2006. Segundo tal dispositivo, o Ministro Relator transmitirá aos seus pares, por via eletrônica, sua manifestação a respeito desse requisito recursal. Se, no prazo de 20 (vinte) dias, não houver manifestação dos demais Ministros, considerar-se-á reconhecido o requisito da *repercussão geral*. Contudo, tal exceção extrema não infirma a regra geral acima enunciada.

⁴⁹ Como bem aponta MONIZ DE ARAÇÃO (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 90), a sanção se embasaria, ainda, na virtude do descumprimento do dever imposto pelo art. 35, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 1979): "não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar". Poder-se-ia alvitar, ainda, uma responsabilização civil, ex art. 133, II, do CPC. Na Itália, recente lei estabeleceu penalidades de ordem criminal ao juiz que excedesse injustificada e exageradamente os prazos para prática de seus atos impostos pela lei (conforme narra CIRIANI, em *Materiali per lo studio dell'ordinamento giudiziario*, p. 117). Em realidade, os prazos estabelecidos para o juiz são considerados *impróprios* porque não se assentam sobre ônus e não acarretam

As partes, ao contrário, não têm em mãos nenhum *poder-dever*: guiam-se, no mais das vezes, por interesses próprios, sempre que exercem *faculdades e direitos (ônus) processuais*. Quando não agem por interesses próprios, o fazem no cumprimento de *deveres processuais*, cujo atendimento importa em atender a um interesse público ou a um direito da parte adversa.

A par dessas constatações, há bastante controvérsia se o juiz teria *faculdades*: aqui se está no campo da tão debatida *discrecionalidade judicial*. Prevalece, ao que parece, a opinião de que o juiz *não tem facultades* dentro do processo, haja vista que não lhe é dada a possibilidade de fazer juízos de conveniência e oportunidade.⁵⁰

6.4 Brevíssimas considerações conclusivas

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

Como vimos, as posições jurídicas ativas das partes se inspiram em *interesses próprios*, ao passo que as do juiz no *interesse público*, de tal maneira que se mostra mais do que oportuno, aqui, invocar a lição de CALAMANDREI em célebre artigo,⁵¹ no sentido de que o processo é um jogo, em que, concretamente, "excluído o juiz no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconfessadamente) com aquele escopo superior".

Ora, diante dessa discrepância de interesses atendidos pelos sujeitos do processo ao nele atuarem, parece no mínimo lógico e natural que o tratamento legal dado às posições jurídicas por eles ocupadas seja diverso. É sobre essa idéia central que se baseia não só toda a análise acerca das posições jurídicas ocupadas pelos

preclusão, mas sim se baseiam em *deveres* e comportam *sanções*. Para concluir, é necessário observar que, na prática, a aferição se o atraso se deu por dolo, ou ao menos culpa grave, do magistrado, ou se houve *justa causa*, é bastante subjetiva. Entretanto, apesar de as referidas normas que implicam penalidades aos magistrados acabarem tendo um campo de aplicação bastante restrito, isso não desvirtua a natureza de *dever* de profereir decisões dentro dos prazos assinalados pela lei.

⁵⁰ Assim, na doutrina estrangeira, para exemplificar, GIUSEPPE LUMIA (*Giurisdizione e politica, Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, p. 127). Entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 204 ss).

⁵¹ Il processo come giuoco, *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2, p. 489, em nossa tradução livre.

sujeitos processuais empreendida nesse capítulo, como também o próprio exame do instituto da preclusão em suas duas acepções já realçadas.

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

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

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

Preclusão Dirigida à Atividade Processual das Partes

7.1 Contornos iniciais

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

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

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

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

2 *La preclusione processuale pendle*.

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

Quanto ao segundo aspecto, impõe-se a partir de agora analisar quais seriam essas limitações estabelecidas às partes pela lei, a fim de reger como será o exercício de seus direitos na relação jurídica processual, sem perder de vista a idéia de que o processo é meio de satisfazer as próprias razões, pela forma legalmente prevista (item 6.2.1, *supra*). Assim, adiante, após demonstrarmos quais são essas limitações (divididas em duas ordens, quais sejam as *formais* e aquelas representadas pelos *pressupostos processuais*) e quais são os seus *fundamentos*, tentaremos explicar como a preclusão se enquadraria aí, como *limitação* à atividade das partes no processo.

Para reforçar essa idéia da ligação da preclusão com a de *limitação relativamente ao aspecto formal do processo*, aqui lembramos as lições de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (de que a preclusão seria "elemento do formalismo processual"),⁴ e de REMO PANAIN (de que "as preclusões consistem essencialmente em limitações postas à livre disponibilidade do conteúdo formal do processo por parte de seus sujeitos").⁵

Já o terceiro aspecto ressaltado por RICCIO toca a um fenômeno de maior amplitude, qual seja o da *inadmissibilidade dos atos processuais*. Por isso, depois de delinear os contornos das limitações ao exercício dos poderes das partes, poderemos então situar a preclusão em face da *inadmissibilidade* dos atos das partes e, finalmente — já entrando no quarto e último pressuposto descrito acima —, qual deve ser a postura do juiz em face da verificação da ocorrência da preclusão.

7.2 Forma como limitação ao exercício de direitos processuais

7.2.1 Aspectos gerais

Definir o conceito de *forma processual* não é tarefa das mais fáceis. O primeiro conceito de forma é o modo pelo qual a substância se exprime.⁶ Para conceituá-la do ponto de vista físico, é necessária não só a expressão do ato em si, mas que se compreendam, além de seus requisitos internos, também o tempo e lugar em que o ato é praticado.⁷

4 *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 169.

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

6 Cf. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 323).

7 Cf., dentre outros, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso...*, cit., v. 1, p. 212), ROQUE KOMATSU (*Da invalidade no processo civil*, p. 130) e JOSÉ MARIA TESHEINER (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, p. 83).

Por isso mesmo é que é bastante comum a idéia de que a *forma em sentido amplo* compreende a *forma em sentido estrito*, tempo e lugar.^{8,9} O primeiro (*forma em sentido estrito*) é requisito *intrínseco* do ato; os dois demais (*lugar e tempo*) são requisitos *extrínsecos*.¹⁰

Ao determinar a *forma* (em sentido amplo) dos atos processuais realizados pelas partes, o legislador lhes impõe, de certa forma, *limitações*, pois estabelece requisitos a serem seguidos privando o ato de efeito se esse *modelo* não for seguido. Afinal, o processo deve guardar uma certa ordem, pois sem ela jamais chegaria a seu fim. A finalidade da forma é garantir *igualdade* entre as partes, permitir a *celeridade processual* e assegurar o desenvolvimento do contraditório com *segurança jurídica*.^{11,12}

Passemos, pois, à análise de cada um dos aspectos da *forma em sentido amplo* (forma em sentido estrito, tempo e lugar).

8 Essa é a terminologia preconizada na Espanha por GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 302) e, no Brasil, por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo...*, cit., p. 5).

9 Com algumas diferenças, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 118) fala em três modalidades de vícios de forma: do ato em si mesmo (conforme disposições contidas nos arts. 243 e 250 do CPC); aquele relativo a "um conjunto de atos processuais (isto é, o ato e seu contexto)"; e aquele atinente "à colocação do ato dentro do processo". Deixadas de lado as diferenças terminológicas entre uma e outra proposição, tem-se no primeiro aspecto justamente a forma em sentido estrito, e na última o tempo.

10 Vale notar que também nos atos jurídicos (em sentido amplo) praticados no âmbito do direito privado prevêem-se requisitos de *modo*, *tempo* e *lugar* (especialmente quando o Código Civil trata do pagamento, e da mora, nos seus arts. 327 a 333 e 394), sob pena de ineficácia. Entre os processualistas, essa terminologia (*modo*, *tempo* e *lugar*) vem frequentemente acatada (por exemplo, LIMBMAN, *Manual...*, cit., p. 225). Contudo, a locução *modo* pode conduzir a enganos, de tal sorte que preferimos deixá-la de lado em favor de *forma em sentido estrito*, mais clara e compreensível.

11 "Como se sabe, a forma dos atos em geral é não só uma necessidade inerente à comunicação jurídica, mas fundamentalmente uma garantia de segurança e da própria liberdade jurídica. A abolição das formas por meio das quais cada ato jurídico deve ser praticado provocaria a instauração imediata do arbítrio absoluto, tornando simplesmente impossível a convivência social. Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por inválidos todos os atos processuais que não obedecessem rigorosamente a determinação de forma estabelecida para a sua realização" (OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, cit., v. 1, p. 203).

12 CELSO BALBI (*La decadenza...*, cit., p. 259) leciona, a respeito especificamente do requisito *temporal* de admissibilidade dos atos processuais, que "la valutazione fatta dal legislatore secondo cui la perdita del potree di compiere l'atto è preferibile al ritardo della trattazione che deriverebbe dal suo compimento tardivo compimento tardivo o al danno sociale prodotto dalla circostanza che un processo rimanga in stato di pendenza senza che venga compiuto alcun atto processuale".

7.2.2 Forma em sentido estrito

Entende-se por forma em sentido estrito o modo de expressão do ato,¹³ sob o ponto de vista *intrínseco*, sem levar em conta o seu conteúdo, mas apenas o *contínente*.

Sem entrar em considerações filosóficas que o tema suscita, é de se ver que os mais importantes atos que as partes praticam no processo estão sujeitos a um regramento de formas mais detalhado:¹⁴ pense-se na petição inicial, regrada pelo art. 282, na contestação, disciplinada pelos arts. 300 a 303, ou ainda na apelação, sujeita ao que dispõe os arts. 511 e 514, ou por fim, no agravo de instrumento, pautado pelo comando dos arts. 524 e 525.

Ademais, devem ser respeitadas normas gerais, aplicáveis a todos os atos do processo, sem exceção, tais como a que impõe o uso do vernáculo (art. 156 do CPC), e a que determina que os atos praticados pela parte devam ser escritos, exceto aqueles expressamente ressalvados na lei, como as manifestações colhidas em audiência preliminar ou de instrução e julgamento, que são reduzidas a termo (em certos casos mediante taquigrafia, como no processo sumário, art. 279 do CPC, ou em fita magnética ou equivalente, como nos Juizados Especiais Cíveis, ex art. 13, § 3º da Lei nº 9.099/1995).

Respeitados esses requisitos, todos os demais atos têm certa liberdade (art. 154 do CPC). Essa regra, a rigor, funciona como *norma de encerramento do sistema*, pois estabelece que, se não houver previsão legal específica, o ato processual pode ser realizado da forma que aprouver ao sujeito processual.

7.2.3 Tempo

Há décadas os estudiosos ressaltam a importância e influência do tempo no processo. CARNELUTTI já afirmava que “a importância que no campo do processo têm as figuras do ato complexo (especialmente do ato concursal) e do procedimento explica por que a regulação temporal dos atos mostra nele seu desenvolvimento em maior medida do que em qualquer outra zona do direito”.¹⁵

A regulação do tempo dos atos no processo compreende, novamente segundo lição de CARNELUTTI, o momento de inserção do ato, individualmente considerado,

¹³ Não é por outra razão que vários autores (nota de rodapé 10) preferem a expressão modo, em vez de forma em sentido estrito.

¹⁴ Cf. reconhece FAZZALARI (*Processo civil* (direito vigente), cit., p. 173).

¹⁵ *Sistema...*, cit., v. 3, p. 596.

no procedimento, bem como o tempo em que cada ato surge em coordenação com os demais atos nele encadeados.¹⁶

É esse segundo aspecto que toca diretamente à preclusão, pois a coordenação de atos dentro do procedimento é feita mediante termos.

Quando se fala em termos processuais, é comum a associação com a decorrência de prazos contados em dias ou, em casos isolados, em horas. No entanto, a superação de atos ou fases processuais também é elemento identificador do tempo dos atos processuais das partes no processo.

Para entender essa idéia, é indispensável trazer, da doutrina civilista, o conceito de termo, o qual se diferencia da condição, porquanto nesta “tem-se em vista um evento futuro e incerto”, ao passo que naquele “considera-se um momento futuro e certo”.¹⁷ Aqui, está a se falar do termo final, ou seja, aquele marco temporal futuro em que determinados efeitos legais se operarão, que se contrapõe evidentemente ao termo inicial, como marco temporal que dá início à contagem de um prazo.¹⁸ Prazo é, portanto, o tempo que decorre entre o termo inicial (*dies a quo*) e o termo final (*dies ad quem*).¹⁹

O termo final, como evento futuro e certo, pode ser determinado (“quando há fixação de um dia preciso”), ou indeterminado (“quando o dia da execução [da

¹⁶ “Na primeira dessas hipóteses trata-se da inserção do ato jurídico na vida comum e, portanto, quando intervierem atos processuais, para regular o processo com respeito à vida comum. Se estas palavras parecem obscuras ao leitor, pense, por exemplo, que pode ser conveniente que determinados atos processuais não sejam levados a termo de noite ou em dia de feriado, a fim de não perturbar o repouso; é evidente que este propósito tem de ser traduzido em um preceito de forma temporal. Na segunda hipótese, trata-se de obter a combinação de vários atos jurídicos e, especialmente, de vários atos processuais, quer seja um ato complexo, quer seja um procedimento; entendidos como combinação de vários atos para obter um efeito jurídico, tanto o ato complexo quanto o procedimento podem requerer que se regule a constância ou a *distantia temporis* entre os atos singulares” (*Sistema...*, cit., v. 3, p. 596). Acrescentem-se aqui as disposições acerca não só do expediente forense, como também relativas às férias e feriados forenses (arts. 173 e 174 do CPC), a fixação de limites temporais para sustentação oral, debates, ou até mesmo a fixação de datas para realização de atos (como audiências ou inspeções judiciais). A maioria desses exemplos é do próprio processualista italiano citado. Em linhas gerais, compartilhando da mesma idéia, GUASF e ARAGONÉS (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 304) e DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal*: introducción, p. 332).

¹⁷ SILVIO ROBRIGUES (*Direito civil*, v. 1, p. 255).

¹⁸ Mais uma vez, é utilíssima a lição de CARNELUTTI: “Geralmente, determina-se a distância mínima ou o a distância máxima entre dois atos, e desse modo estabelece-se um período antes de cujo vencimento não deve ou, pelo contrário, tem de ser realizado o segundo” (*Sistema...*, cit., v. 3, p. 600).

¹⁹ Na doutrina italiana, ao contrário, defende-se o uso do vocábulo *termini* tanto para o prazo em si quanto para o seu marco temporal final (*designando-se aí o termine finale o termine momento*). Assim, confira-se EUGENIO SARACINI (*Il termine e le sue funzioni*, p. 1-3 e 22).

obrigação] é incerto, *v. g.*, no caso de morte, porquanto aqui o termo é certo em relação ao *se*, e incerto em relação ao *quando*".²⁰

Assim, quando pensamos em prazos, é preciso reconhecer essas dualidades de *terminos*, pois aí se abarcam tanto os prazos contados em dias (como os prazos para recursos, para contestação, para arrolar testemunhas etc.) como aqueles marcados por fases ou eventos processuais²¹ (por exemplo, o autor só pode emendar a inicial até a citação, *ex vi* do art. 294 do CPC; ou a parte só pode alegar uma nulidade processual a que não tenha dado causa "na primeira oportunidade em que couber [...] falar nos autos", conforme o art. 245 do CPC).²²

Daí por que se nos mostra equivocada a terminologia empregada no processo de alguns países de língua espanhola (em que, geralmente, se usam indistintamente *plazos* e *términos*).²³ Nessa esteira, o Código de Processo Civil italiano refere-se sempre a *termini processuali*²⁴ (aí abarcando aqueles contados em dias, meses ou anos, que seriam *termini estrinseci*, e os demais seriam os *termini intrinseci*).²⁵

Seja como for, o objetivo de se fixarem *terminos* para a realização de prazos não é outro senão regular a marcha do processo, permiti-lo caminhar adiante. Mas a

²⁰ SERPE LOPES (*Curso de direito civil*, v. 1, p. 368).

²¹ Equiparando ambas as situações, REMO CARONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 14) e ARIETTA-DE SANTIS-MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile*, p. 251-252). Entre nós, entendimento semelhante é professado por BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62).

²² Apesar da vagueza da expressão "primeira oportunidade", a garantia constitucional do contraditório impõe que todos os atos processuais de uma parte sejam comunicados ao seu adversário, de tal sorte que essa intimação abre o prazo para a arguição da nulidade; à falta de prazo específico para manifestação ou impugnação da parte interessada com respeito ao ato que reputa nulo, conta-se o prazo de cinco dias (art. 185 do CPC). Talvez, nesse ponto especificamente, o Código de Processo Civil de 1939 tenha sido mais claro. Em seu art. 277 impunha à parte o *déver* de apontar as nulidades processuais "sempre que tenha de falar no feito". Esse dispositivo foi assim interpretado por PEDRO BASTA MARTINS: "Para formular alegação a lei não assina prazos determinados ou fixos: a intervenção da parte no processo é que opera efeito preclusivo" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 263). Vale lembrar (na esteira do item 6.2.1, *supra*) que o mencionado dispositivo do Código de Processo Civil revogado realmente impunha um *déver* à parte, e não um *ônus*, pois, em caso de descumprimento pela parte, não se cominava a preclusão acerca da questão, mas sim *penalidade* ("Parágrafo único. A parte que não arguir, desde logo, a nulidade, responderá pelas custas, acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta").

²³ Conforme afirma COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174). No entanto, ressalva-se faça ao processo espanhol, em que já em 1984 esclareceu-se tal confusão (quando foram reformados os respectivos dispositivos da LEC de 1881, conforme ALMAGRO NOSSETI, *Derecho procesal*, t. 1, v. 1, p. 340). E na atual LEC, promulgada em 2000, também faz-se a distinção entre *plazos* (intervalo de tempo), dos *términos* (iniciais e finais). A propósito, confira-se ainda CORDÓN MORENO-MUJERZA ESPARZA-ARMENIA DEU-TAPIA FERNÁNDEZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 605) e DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PIGAZO GIMÉNEZ-VÉGAS TORRES (*Derecho procesal*: introducción, p. 332).

²⁴ Arts. 152-155 do CPC italiano.

²⁵ Cf. ROBERTO POLI (*Sulla sanabilità...*, cit., p. 449).

fixação de prazos, por si só, não cumpre esse desiderato: é preciso que aos termos venham associadas consequências jurídicas. A que se destaca, para o objeto de nosso interesse, é a preclusão temporal, que será adiante analisada.

7.2.4 Lugar

Independentemente da teoria que se adote para definir o que seja ato processual, aquele praticado pela parte só poderia gerar efeitos dentro do processo quando realizado diante da autoridade jurisdicional ou de seus auxiliares, a fim de transmutar a natureza do ato, de privado, a público, e encadeado no procedimento.

A regra geral que informa esse aspecto formal é dada pelo art. 176 do CPC: "Os atos processuais realizam-se, de ordinário, na sede do juízo." Exceções a esse postulado são trazidas pelo mesmo dispositivo ("deferência", "interesse da justiça" e "obstáculo alegado pela parte e acolhido pelo juiz").

Quando os atos da parte são instrumentalizados por petições, a sua existência como ato processual só se dá *quando entregue o documento ao escrivão*. Antes disso, o ato privado da parte, que não tem existência jurídica na órbita do processo. O mesmo ocorre inclusive relativamente aos atos do juiz (especialmente os de cunho decisório): sua existência jurídica como ato processual (e, concomitantemente, a aquisição da qualidade de ato público) se dá com a entrega do documento pelo juiz ao escrivão, e consequente registro e juntada aos autos.²⁶

Algumas disposições especiais ressaltam, contudo, essa regra geral. Uma delas é a Lei nº 9.800/99, que permite o envio de peças processuais a distância, por fax ou meio similar. Todavia, esse diploma não dispensa que, no prazo de cinco dias, contados do encerramento do prazo, o original seja entregue ao órgão judicial, exatamente da forma como disciplina o art. 176 do CPC.

Ademais, as leis de organização judiciária estaduais, assim como as normas que regem os processos no âmbito federal, podem alargar a definição de *sede do juízo* quando se trata de ato da parte praticado por petições, estabelecendo o que se convencionou chamar de "protocolo integrado" (no Estado de São Paulo, esse sistema é disciplinado pela Lei nº 11.336/2003).

Em todos os demais atos, orais ou não, prevalece a mesma idéia: se praticados fora do juízo, *sem autorização do magistrado e fora das exceções previstas no supra-alegado dispositivo processual*, são reputados inexistentes.

Registre-se, por derradeiro, que a Lei nº 11.419 de 2006 (que rege a "informatização do processo judicial") acrescentou alguns ingredientes novos a essa

²⁶ Cf. LIEBMAN (*Manual...*, cit., p. 245) e, bem recentemente, DINAMARCO (*Tempestividade dos recursos*, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 16, 2004, p. 955).

discussão, pois considera válidos, no processo eletrônico, os atos processuais praticados a distância, por meio digital “no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico” (art. 3º). Ou seja, derrogou-se aqui a regra do art. 176 do CPC, que continuaria válida para o processo “de papel”.

7.3 Inadequação quanto à forma (em sentido amplo) dos atos das partes exercidos no desempenho de ônus processuais

7.3.1 Inadequação quanto à forma em sentido estrito

7.3.1.1 Aspectos gerais

O desatendimento da forma em sentido estrito quanto ao ato processual praticado no desempenho de um direito importa em sua ineficácia, ou seja, a parte não consegue atingir os fins pretendidos com a prática do ato e, para o ordenamento, é como se tivesse havido uma omissão.²⁷

É exatamente nesse sentido a lição de PONTES DE MIRANDA: “Omissões de atos processuais – podem resultar de não se haver praticado o ato positivo, ou de se haver praticado o ato que se não havia de praticar, ou ali, de não se haver praticado eficazmente, ou aqui, de se ter procedido de forma tal que, sem se ter praticado o que se não havia de praticar, os efeitos foram os mesmos.”²⁸

A fim de permitir melhor visualização do quanto foi dito, convém socorrem-nos de figuras do direito civil, com as necessárias ressalvas da incontornável diferença entre a natureza das posições jurídicas no direito processual e no direito privado, e sem perder de vista que essa aproximação tem finalidade meramente didática.

No direito privado, o adimplemento defeituoso de uma prestação, por culpa do devedor, equivale ao inadimplemento,²⁹ de modo que o credor pode recusar

²⁷ Eventualmente, o ato jurídico processual ineficaz pode gerar outros efeitos, que não os pretendidos pela parte (podem valer, por exemplo, como confissão, para um ou outro processo).

²⁸ Comentários ao Código de Processo Civil, t. 3, p. 121. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, VALINES GARCÍA (La preclusión..., cit., p. 132) aponta justamente a identidade de efeitos entre o exercício irregular do direito processual e seu não-exercício.

²⁹ Essa regra vinha expressa no art. 1.056 do CC de 1916 e, apesar de ter sido suprimida no texto do diploma que o sucedeu (art. 389), parece-nos estar implícita na definição de mora (art. 394) e decorre da própria lógica natural das coisas (estando presente em qualquer ordenamento: confira-se, na doutrina estrangeira, JOSÉ JOÃO ABRANTES, A exceção de não cumprimento do contrato no direito português, p. 93).

se a recebê-la.³⁰ No processo, o fenômeno se dá de maneira um pouco diferente, pois o juiz tem o poder-dever de inadmitir o ato processual defeituoso, e não pode (tal como o credor de uma obrigação de direito privado) escolher se aceita ou não o ato tal como praticado ainda que defeituosamente.³¹ Entretanto, a mesma idéia inspira ambos os exemplos: o ato praticado de maneira inadequada é inapto a produzir os efeitos pretendidos pela parte, equivalendo à omissão, e, no processo, como regra, há de ser inadmitido.³²

No entanto, é necessário que se ressalve que o vício que torna o ato inadmissível (equiparando a situação à completa omissão do sujeito processual) deve ser relevante, e não uma mera irregularidade.

Para diferenciar essas duas graduações de vícios, começamos por lembrar da lição de CARNELUTTI, segundo a qual há normas formais meramente úteis, e outras necessárias,³³ e a violação à primeira categoria não seria apta a ensejar a invalidade do ato³⁴ (ou ineficácia, observamos nós, tratando-se de atos da parte, haja vista nossa posição, já esposada, de que não cabe falar de nulidade dos atos da parte no processo).³⁵

³⁰ Se a prestação ainda for útil ao credor, existirá apenas mora, a qual pode ser purgada (respondendo o devedor por perdas e danos); se, ao contrário, verificar-se que a prestação não é mais útil ao credor, a consequência é a rescisão do contrato por inadimplemento (cabendo, também aqui, a cobrança de indenização por perdas e danos).

³¹ No campo processual, não se pode cogitar, para o juiz, que o ato da parte seja útil ou inútil. Após escoado o prazo assinado à parte, sem que o ato processual tenha sido praticado de forma regular, o ordenamento processual proíbe o juiz de admitir o ato.

³² Vale notar, entretanto, que, assim como no direito privado, em que o inadimplemento não imputável ao devedor não acarreta as mesmas consequências que o inadimplemento culposo, também no processo essa regra se apresenta comida no art. 183, caput, in fine, e parágrafos, que aceita a prática do ato que desatende a um dos requisitos formais (tempo) se houver “justa causa” para o atraso (ou seja, causa não imputável à parte). No processo civil italiano, esse fenômeno recebe o nome de *rimessione in termini*, e vem previsto em vários dispositivos do Código de Processo Civil para casos isolados (arts. 49, 2ª comma, 294, 327, 2ª comma etc.), e, por força da *Novella* de 1990, para inúmeros casos no curso do juízo de primeiro grau (art. 184-bis) como uma “válvula de segurança” do sistema de preclusões mais rígido então estabelecido (cf., a esse respeito, PROTO PISANI-CAPONI, *Lineamenti*, cit., p. 182). No entanto, anota CAPONI (La rimessione in termini..., cit., p. 71) que há casos em que ainda não há a previsão do instituto, de modo que, aí, a responsabilidade do litigante pela omissão à prática de um ato processual seria objetiva. No nosso sistema, ao contrário, a regra do art. 183, par. 2º, abrange todo e qualquer caso em que se cogita a preclusão temporal.

³³ Sistema..., cit., v. 3, p. 237 ss.

³⁴ DALL'AGNOL JR. (Para um com conceito de irregularidade processual, cit., p. 84) cita exemplos específicos, como a falta de rubrica do escrivão na numeração das páginas dos autos, denotando que são irrelevantes para o bom cumprimento das normas processuais.

³⁵ Confira-se o nosso *Contribuição ao estudo das invalidades*, cit., p. 20 ss, bem como o item 7.7, *infra*.

Distinguir a formalidade útil da necessária é bastante difícil, e com repercussões gravíssimas. Se a norma formal desrespeitada pelo ato processual for *meramente útil*, o ato é apenas irregular e, portanto, perfeitamente eficaz, sequer carecendo ser emendado pela parte para que produzisse os efeitos por ela alvitrados; de outro lado, se o vício for *essencial* – vale dizer, atentar a norma formal necessária –, o ato praticado pela parte é inadmissível.

Está aqui em jogo achar a tênue linha divisória entre o que seja a *forma* do processo, como fator de segurança jurídica, certeza, ordem e igualdade dos litigantes perante a lei, e o que seja *formalismo*, no sentido de um exacerbamento do culto à forma, desvirtuando os fins a que o processo se destina.³⁶

O ponto de partida dessa constatação – e que pode nos servir de base para elaboração de uma regra geral – está, sem dúvida, no art. 244 do CPC.³⁷ Em linhas gerais, esse dispositivo estabelece o princípio de que, se o ato processual atingir objetivos para os quais foi realizado, deverá ser aceite, inobstante viciado.³⁸

36 Valendo-nos da lição de LIBERMAN, é preciso que se contenham os excessos do *formalismo* (o qual o autor qualifica como uma “deformação”), mas que ao mesmo tempo se evite “a indulgência exagerada para com a violação das formas”, pois isso “deixaria sem eficácia as disposições da lei e ameaçaria a segurança da ordem processual e, conseqüentemente, a regularidade e eficiência no desempenho da função jurisdicional”. *Manual...*, cit., p. 257-258.

37 O campo de incidência desse dispositivo, numa primeira impressão, parece restrito às nulidades processuais, as quais, conforme premissas acima assentadas, estariam reservadas aos atos do juiz e seus auxiliares. Todavia, mais amplamente é de se alargar o princípio insculpido no dispositivo para o campo da *inadmissibilidade* dos atos das partes. É assim que tem entendido, aliás, o STJ. A guisa de exemplo, confira-se recente julgado da 1ª Turma, proferido no Recurso Especial nº 614766-MA, em que foi relator o Ministro Luiz Fux, decidindo que a ausência de uma formalidade relativa ao agravo de instrumento (juntada de traslado de procuração) foi relevante à luz do art. 244 do Código de Processo Civil.

38 Sem entrar em maiores comentários sobre o dispositivo, vale rememorar algumas conclusões do nosso trabalho *Contribuição ao estudo da teoria das invalidades*, cit., p. 22 e ss, já amplamente referido. O art. 244 do CPC é invidiosa consagração legal do princípio da *instrumentalidade das formas* e se baseia na famosa máxima do direito francês: “pas de nullité sans grief”. Em princípio, entretanto, a norma (como fica expresso em seu texto) se aplica apenas às nulidades não-cominadas, as quais, não por outra razão, são chamadas por DINAMARCO de *nulidades sistemáticas (Instituições...*, cit., v. 2, p. 593-594). Quanto às nulidades cominadas (isto é, aquelas expressas na lei, como nos arts. 246 e 247 do CPC), não cabe essa aplicação sistemática do princípio instituído no art. 244 do CPC, pois não comportam juízo sobre o atendimento de fins e dos prejuízos causados (haveria “presunção absoluta de prejuízo, em relação às quais seria, por assim dizer, ‘berçoso’ deixar, em parte, na dependência da iniciativa das partes privá-las de efeito”, cf. TERESA WAMBIER, *Nulidades da sentença*, p. 159). Mas, ainda assim, essa presunção pode ser posta em dúvida. BÉDARQUE observa que nem sempre se pode considerar viciada uma sentença proferida em um processo em que figura incapaz como parte sem intervenção do Ministério Público (é, portanto, em desacordo com o art. 246 do CPC), se o incapaz sagra-se vencedor da demanda, de maneira que, na prática, a nulidade estaria convalidada por essa vitória daquele que deveria ter sido assistido pelo *Parquet* (Nulidade processual e a instrumentalidade do processo, *Revista de Processo*, n. 60, p. 36-38). Parece-nos, assim, que a tendência é a de *sempre* analisar se a finalidade do ato foi atingida.

Parece-nos irrepreensível, por sua concisão e acuidade, a definição dada pelo processualista italiano ROBERTO POLI acerca dos três corolários em que se assenta a aplicação dessa norma interpretativa, quais sejam: (a) que as normas que impõem formalidades às partes devem ser interpretadas privilegiando-se o aspecto *funcional*; (b) que o respeito às prescrições de ordem formal deve ser observado na medida do necessário para que o ato atinja seu fim; e (c) a eventual inobservância da prescrição formal se torna irrelevante se o ato viciado atingiu normalmente seu objetivo.³⁹

Assim, tentemos aplicar esses conceitos a um exemplo prático que é muitíssimo comum na jurisprudência: a apresentação de peça processual (petição inicial, contestação, recurso etc.) sem assinatura do advogado. Há incontáveis pronunciamentos no sentido de que o recurso seria *inexistente*⁴⁰ (ou seja, o vício do ato seria até mais grave do que aquele que conduz à *ineficácia*, ou *inadmissibilidade* do ato), ao passo que, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, consagrou-se a idéia de se tratar de simples *irregularidade*.⁴¹

39 Sulla sanabilità..., cit., p. 450-451.

40 Vejam-se ementas de acórdãos que comungam dessa opinião: “É requisito para a existência do recurso a assinatura do advogado que o interpôs” (TRF – 3ª Região, 1ª T., Ap. Cível 92.03.45052-1-SP, rel. Juiz Silveira Bueno; j. 08.09.1992, v.u.; DOE, Poder Judiciário, Caderno 1, 13.10.1992, p. 106, ementa, BAASP, 1777/22-e, de 13.01.1993); “Peça dos embargos que não se encontra assinada – Assinatura que é a prova de autenticidade daquele documento, sendo de sua essência a assinatura da peça, sob pena de ser considerado inexistente” (TJSP Embargos de Declaração 74.126-5-São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Relator: Antônio Rulli, 13.12.2000, v.u.). Aliás, quando a falta de assinatura se dá em embargos de declaração, e se reconhece terem sido eles inexistentes, não se opera o efeito interruptivo do prazo para apelar, conforme o art. 538 do CPC: “*Inexistência do recurso de apelação – Embargos declaratórios que foram reputados inexistentes (por falta de assinatura) e que, em consequência, não acarretam a interrupção em favor do embargante do prazo para interposição do recurso cabível – Recurso não conhecido*” (TJSP 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 24.866-4-São Bernardo do Campo, rel. César Lacerda, 28.04.1999, v.u.). Aliás, a jurisprudência chega ao extremo de não conhecer de apelação interposta sem assinatura, e depois corrigida (sempre em homenagem à idéia da *inexistência* do ato jurídico): “*Embargos à execução – Razões de apelação sem assinatura – Ato inexistente*. 1. Ausente a assinatura do advogado das razões de apelação – malgrado ter sido intimado para sanar a irregularidade – é de se ter o recurso como inexistente. 2. Apelação não conhecida” (TRF – 3ª Região, 4ª T., AC 668123-SP rel. Des. Federal Newton De Lucca, j. 27.02.2002, v.u., BAASP 2323/730-e, 14.07.2003).

41 Destaca-se aqui eloqüente precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “*Processo civil – Embargos de divergência – Petição sem assinatura – Regularização – Possibilidade de agravo provido*. I – Salvo a hipótese de má-fé, deve-se ensejar à parte recorrente oportunidade de seu procurador subscrever a petição recursal sem assinatura. II – A evolução do processo civil contemporâneo recomenda ensejar o suprimento das nulidades relativas, como no caso de ausência de assinatura na petição recursal” (STJ, Corte Especial, AERESP 293336-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.04.2002). Mas a tese ecoa, também, em outros tribunais: “*Contestação – Peça em que faltou a assinatura do advogado regularmente constituído pelo réu – Nulidade inexistente – Mero lapso material suscetível de ratificação*” (1ª TACivil, 2ª Câm., AI 1.036.504-7-São José do Rio Preto-SP rel. Juiz Morato de Andrade, j. 29.08.2001, v.u., BAASP 2277/590-e, 19.08.2002).

meia o estudo das nulidades processuais em geral, isto é, a inadmissibilidade do ato defeituoso praticado pela parte pode ser sanada?

De início, é necessário que se excluam os casos em que o ato da parte acha-se afetado de mera *irregularidade*, consoante o acima definido. Aqui, o ônus processual foi corretamente cumprido, de modo que eventuais correções, quando muito, poderiam ser feitas após o escoamento do prazo para sua prática.⁴³ Referimo-nos, então, apenas aos casos em que o vício afeta a forma processual *necessária*.

De outra banda, convém ressaltar que nossa investigação foca apenas os casos em que a correção do ato defeituoso *não está autorizada expressamente na lei processual*. Com efeito, casos há em que o juiz tem o *dever* de assinar prazo para que a parte corrija vício sanável.

É assim com a petição inicial. Quando este ato se apresenta inadequado quanto à *forma* (em sentido estrito) e houver possibilidade de corrigi-lo, o juiz não o indefere (não o reconhece ineficaz) de plano. Ao contrário, o juiz assinala prazo para a emenda (art. 284 do CPC) e, se a parte não atender à determinação judicial na *forma* (em sentido estrito), *lugar e tempo* corretos, o juiz “indeferirá a petição inicial” (art. 295, VI) e extinguirá o processo sem exame de mérito (art. 267, D). O mesmo ocorre no processo de execução (art. 616). Aqui não se cogita, em absoluto, da ocorrência de *preclusão*, pois há norma expressa, autorizadora da emenda.

Outra hipótese, análoga à anterior, é a do art. 511, § 2º, do CPC (acrescido pela Lei nº 9.756/1998), que permite a *complementação* do preparo insuficiente (em que pese o fato de que a *maçã* jurisprudência anterior à lei de 1998 já vinha atenuando o rigor da interpretação do art. 511 para deixar de equiparar a *insuficiência* do preparo à sua completa *ausência*).⁴⁴

Assim, *não* é nesses casos (que nos parecem ser *taxativamente expressos*) que está presente o objeto de nosso interesse neste item. O que importa aqui é perceber se mesmo à falta de norma permissiva da correção do ato processual viciado poderia a parte emendá-lo e, se sim, em que condições.

Para que possamos visualizar melhor a questão, ousamos aproveitar mais uma vez o exemplo acima utilizado, traçando um paralelo entre o adimplemento de direitos processuais e o adimplemento no direito obrigacional material, reiterando as ressalvas de que essa comparação alvitrada não tem finalidade outra senão a didática.

O adimplemento defeituoso realizado antes do vencimento do prazo da obrigação e recusado pelo credor não gera efeito algum. Mas o credor nada pode fazer até

⁴³ Basta lembrar de acórdãos acima citados que autorizam o suprimento desse vício a qualquer tempo.

⁴⁴ Para completa referência jurisprudencial, LUIZ MANOEL GOMES JR. (A complementação do preparo — uma proposta de exegese do § 2º do art. 511 do CPC inserido pela Lei nº 9.756/98, *Aspectos políticos e atuais dos recursos cíveis*, v. 3, p. 455 ss).

A divergência é realmente tormentosa, pois se trata de situação comum no dia-a-dia forense, e os argumentos de cada uma das correntes são inegavelmente fortes.

A primeira solução é exclusivamente técnica e leva em conta que um dos elementos do ato jurídico processual é o sujeito, e, nas peças apresentadas pelas partes, o preenchimento desse elemento se dá, justamente, com a aposição da assinatura do advogado. Sem ele, tratar-se-ia de um ato sem sujeito, anônimo e, portanto, *inexistente juridicamente*.

A segunda solução tem cunho eminentemente prático e se assenta em razões de ordem lógica, pois, a despeito de não ter assinado a petição, o advogado articulou a peça em termos condizentes com o estágio da causa, cumprindo as formalidades legais adequadas, dirigiu-a ao processo correspondente de modo correto, entregou-a tempestivamente ao juiz ou serventuário da Justiça, o qual a fez juntar aos autos do processo. Se o erro passar despercebido, como muitas vezes sucede, a parte adversa pode chegar a responder aos seus termos e o processo pode ter seguimento. Dizer simplesmente que ao ato falta o elemento sujeito significa ignorar que a peça só chegou aos autos por obra de um sujeito interessado, com concurso da autoridade judiciária e/ou seus auxiliares.⁴²

Os argumentos da segunda corrente jurisprudencial já são suficientemente sedutores, mas, se tomarmos os três corolários delineados acima, qualquer dúvida em torno do assunto é espancada. Se pensarmos no exemplo de um recurso de apelação, a sua interposição, mediante petição não assinada (mas acompanhada de razões e preparo, isto é, regular quanto ao mais), pode perfeitamente cumprir sua função se o erro não for imediatamente apontado, pois consignará nos autos a manifestação da parte sucumbente do desejo de impugnar a decisão; o juiz a receberá, declarando os efeitos, e a parte apelada se assegurará o contraditório, com a abertura de prazo para contra-razões (art. 518). O suprimento da irregularidade, *a posteriori*, não impediu que os objetivos da parte se cumprissem e a função do ato se realizasse. Finalmente, não se causou à parte adversa qualquer prejuízo.

Com essas constatações, entendemos que foram expostos os contornos necessários do que são *vícios essenciais* e, conseqüentemente, qual o campo de atuação do crivo de admissibilidade dos atos processuais.

7.3.1.2 Emenda dos atos processuais formalmente defeituosos

Lançadas as premissas acima, chegamos ao ponto que queríamos: o ato, defeituosamente praticado, pode ser corrigido? A idéia, aqui, é a mesma que já per-

⁴² Isso sem pensar em aspectos ainda mais práticos de uma situação como essa: é bastante comum que os advogados se utilizem de papel timbrado, com seu nome e endereço, e se valham de uma particular formatação de letra e parágrafos no computador, de modo a tornar a autoria da peça inconfundível, a despeito da ausência de assinatura.

que se opere o vencimento, pois ainda não existe mora. Depois de vencido o prazo, o devedor só poderá adimplir a obrigação se o autor assim aceitar (já que o art. 475 do CC lhe faculta a resolução do contrato ou a aceitação do adimplemento tardio, com a cobrança de perdas e danos). Se o credor não aceitar a prestação, o devedor estará sujeito aos encargos decorrentes da resolução por inadimplemento.

Entretanto, em relação aos atos processuais, a maciça doutrina e a iterativa jurisprudência não entendem assim: a emenda do ato defeituoso é vedada, porque a sua prática gera o efeito de *consumir o direito da parte ao exercício do referido ato*. O fenômeno a que se recorre para embasar esse entendimento é o da *preclusão consumativa*, de tal modo que *pouco importa se o prazo para a prática do ato se escoou ou não*.⁴⁵ Costuma-se dizer que haveria uma *renúncia tácita da parte ao restante do prazo*.⁴⁶

ANTÔNIO ALVES BARBOSA,⁴⁷ na esteira da lição de RICCIO, entende que o fenômeno que explica isso seria uma *quarta* categoria de preclusão (ao lado da *temporal, lógica e consumativa*), por ele denominada *preclusão ordinatória*, consistente na perda do direito processual à prática de um ato, se este foi praticado *irregularmente*. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴⁸ prefere dizer que essa modalidade de preclusão estaria incluída num sentido mais amplo da preclusão consumativa, cujo advento se daria com o exercício da faculdade processual *válida* ou *invalidamente*.

Seja qual for a denominação dada ao fenômeno, para analisá-lo convém partir de dois exemplos, bem comuns na prática, em que se cogita da emenda de ato processual para suprir defeito (de forma em sentido estrito) que importe em *inadmissibilidade*: o recurso de apelação apresentado desacompanhado das razões e desprovido do comprovante de recolhimento do preparo.

Curiosamente, a posição doutrinária e jurisprudencial dominante é diferente para cada uma destas situações: admite-se com mais facilidade que o recurso seja acrescido das respectivas razões depois de interposto (desde que ainda no

prazo recursal),^{49,50} mas são raros os autores e julgados que aceitam que o comprovante de recolhimento do preparo seja juntado *a posteriori* (mesmo dentro do prazo).^{51,52}

Tanto a falta de razões recursais quanto a ausência do preparo são defeitos de forma (em sentido estrito), à vista do disposto, respectivamente, nos arts. 514 e 511 do CPC, que impõem a concomitância de todos esses três atos (interposição do recurso, apresentação das razões e exibição do comprovante de recolhimento do preparo).

Em princípio, a interposição do recurso eivado de vício formal (em sentido amplo) importa, como dissemos, na *ineficiência* do ato, ou seja, na inaptidão de produzirem-se os efeitos desejados pela parte (provocar o reexame da matéria impugnada); e esta ineficiência é equiparada, como vimos acima, à *omissão* do agente (no exemplo dado, a interposição da apelação irregular não impediria que a sentença transitasse em julgado, tal como se apelação alguma tivesse sido interposta).

Com essa constatação, já se afasta a idéia (corrente na doutrina e na jurisprudência, como se viu) de que a consecução do ato irregular seria apta para extinguir o direito da parte quanto a sua prática, pelo fenômeno da *preclusão consumativa*. Essa modalidade de preclusão inspira-se na regra *non bis in idem*, isto é, extingue a possibilidade de a parte realizar um ato se ele já foi praticado "validamente". Chio-

49 A propósito, na doutrina, vide BARBOSA MOREIRA (Comentários..., cit., v. 5, p. 423, nota 44), com apoio na lição de MIRANDA, SÉRGIO BERNUDES e ATHOS GUZMÃO CARNEIRO, e menção a inúmeros julgados, do TARS, TJRS, TJSP, TJRJ e TJGO. No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 10) e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEMDQUE (Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis, v. 7, p. 439 ss). Contra, NERY JR. (Princípios fundamentais, cit., p. 314) e FLÁVIO CHEIM JORGE (Apelação cível: teoria geral e admissibilidade, p. 182 ss), dentre outros.

50 Na jurisprudência, pela admissibilidade da emenda e apresentação das razões posteriormente à interposição do recurso, RT 593/173, 516/106, 508/223; RTJ 85/722; RF 255/300.

51 A maciça doutrina nega veementemente essa possibilidade, reputando haver preclusão consumativa. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA (Comentários..., cit., v. 5, p. 387), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (Preparo e preclusão consumativa, Reforma do Código de Processo Civil, p. 637-641); CARRERA ALVIM (Código de Processo Civil reformado, p. 200); NERY JR. (Atualidades sobre o processo civil, p. 128), CUIRO FORNACIARI JR. (A reforma processual civil, p. 93); JOÃO BATISTA LOPES (Preparo do recurso e preclusão consumativa, Repertório IOB de Jurisprudência, v. 11/96, p. 194-195); NELSON LUIZ PIRO (Manual dos recursos civis, p. 68); FLÁVIO CHEIM JORGE (Apelação cível: teoria geral e admissibilidade, p. 197 ss). Contrária e minoritariamente, pela admissibilidade do recurso, CÂNDIDO DINAMARCO (A reforma do Código de Processo Civil, p. 164-165), JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEMDQUE (Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, cit., p. 442 ss) e THEOTONIO NEGRÃO (Código de Processo Civil..., cit., p. 554, nota 12 ao art. 511, entendendo que, se a insuficiência de preparo deve ser relevada ex art. 511, § 2º, do CPC, a ausência completa, suprida dentro do prazo recursal, também o deve ser).

52 Na jurisprudência, também impera o primeiro entendimento: RSTJ 107/117; RT 726/317, 735/298, 735/402, 740/314, 1744/247; RF 337/298, JTA (LEX - 2º TAC/SP) 157/477, 173/326. Minoritariamente, em sentido oposto, RSTJ 97/209; RT 732/271; JTJ 197/225.

45 V. g., DALL'AGNOL JUNIOR (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, p. 95): "Questão interessante, no entanto, é saber-se se ao réu seria viável, tendo respondido antes do termo final, ainda não vencido o prazo legal para resposta, o retificar ou o aditar a sua peça. O problema não tem recebido unânime solução na doutrina, mas com a razão parece encontrarem-se aqueles que entendem que, na espécie, ocorreria preclusão consumativa. Validamente praticado o ato, não há porque - o que seria totalmente contrário ao princípio do impulso processual, e mesmo da celeridade - permitir o retorno." Adiante, afirma o autor, mais expressamente, que "com a realização do ato opera-se a preclusão consumativa, fecha-se ao agente a possibilidade de um agir complementar" (p. 110).

46 Ainda DALL'AGNOL JUNIOR (Comentários..., cit., v. 3, p. 110) afirma que "A presunção é de que também ele está interessado na celeridade."

47 Da preclusão processual civil, p. 55.

48 O novo regime do agravo, p. 304.

VENDA, o primeiro e maior estudioso científico do instituto, já inserira esse advérbio de modo na definição da preclusão,⁵³ e o estudo de sua obra permite afirmar, sem qualquer hesitação, que não se pode sequer cogitar de preclusão consumativa se o ato não foi validamente praticado.

Afinal, quando o ato é praticado irregularmente, a própria lei o considera *ineficaz* para atingir os objetivos almejados pela parte. Ora, se assim é, não se pode admitir que a própria lei confira-lhe eficácia para consumir o direito da parte em praticá-lo. Se o ato é *ineficaz*, não produz nenhum efeito, nem o de consumir o direito da parte. Exatamente por isso é que não podemos aceitar a opinião da doutrina já referida segundo a qual a preclusão consumativa se daria tanto quando o ato processual é praticado *validamente* quanto *invalidamente*.

Nesse sentido, o art. 158 do Código de Processo Civil *poderia ser entendido de modo que apenas os "atos válidos e eficazes das partes (...), produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais"* (palavras em itálico foram acrescentadas por nós ao texto legal).

Parece-nos que a interpretação ora proposta se mostra em absoluta consonância com a *mens legis* da preclusão consumativa, conforme identificado por GUARNIERI: "nestes casos, a lei considera que o interesse já tenha sido satisfeito, e assim perde a razão de ser a faculdade de se cumprir o ato processual".⁵⁴ Ora, a lei só poderia levar em conta que o interesse foi satisfeito se o ato pudesse produzir efeitos. Como não pode, não há que falar em consumação do direito da parte.

Com isso, procuramos demonstrar que o ato inadequado quanto à forma (em sentido estrito) pode, sim, ser emendado,⁵⁵ desde que dentro do prazo, já que não se pode cogitar *in casu* a preclusão consumativa.

Pelas exatas mesmas razões, não há como aceitar a idéia da tal *preclusão ordinatória*, valendo acrescentar, para reforçar nossa posição, que não é minimamente razoável que se diferenciem os efeitos da prática do ato de forma irregular e da completa omissão do agente.

⁵³ "Entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual, que se sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal de atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver *validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)*" (Instituições..., cit., v. 1, p. 220-221, destacamos).

⁵⁴ *Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 573, em tradução livre

⁵⁵ No mesmo sentido, vem HUMBERTO THEODORO JR. (A preclusão no processo civil, cit., p. 11): "Uma coisa, portanto, é a impossibilidade de realização do ato em razão da preclusão consumativa [...]. Outra, bem diversa, é a regularização dos vícios do ato praticado." No exato mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, cit., p. 443 ss).

A emenda do ato tem o condão de completá-lo, tornando-o perfeitamente eficaz. Ato irregular e emenda podem ser considerados duas *partes* do mesmo ato: a primeira, sozinha, seria um ato irregular, e inapta a produzir os efeitos pretendidos pela parte; a segunda (emenda) completaria a primeira, de modo que, a partir de seu advento, passaria a existir um ato só, uno e regular. No nosso exemplo, o ato de interposição do recurso (que é complexo e compreende uma série de requisitos previstos nos arts. 511 e 514 do CPC) deve ser, todo ele, praticado concomitantemente e dentro do prazo previsto. O arazoado recursal sem preparo é uma parte do ato, e o comprovante de recolhimento do preparo é a segunda parte, que completa a primeira, de modo que ambas, juntas, tornam-se um só ato regular (apelação que ostenta todos os requisitos da lei).

É evidente que, para que a emenda seja aceita, mesmo ela está sujeita às três limitações impostas pela forma a todos os atos processuais (à forma em sentido estrito, tempo e lugar).

Se a emenda for inadequada quanto à forma (em sentido estrito), será inábil a complementar a primeira parte do ato e, juntas, formarão um ato uno e ineficaz (no nosso exemplo, imagine-se que as custas foram recolhidas à União Federal, em um processo que tramita perante a Justiça Estadual).

De outro lado, se a emenda for inadequada quanto ao lugar, não operará efeito processual algum, de sorte que o ato emendado continuará imperfeito e, portanto, inadmissível.

Por fim — e é o que mais importa —, a emenda deve ser tempestiva (regular quanto ao tempo). Se o ato viciado foi praticado com certa antecedência do termo fixado, ainda haverá tempo para a emenda. Voltando ao exemplo acima, imaginemos apelação interposta de modo irregular no 5º dia do prazo: até o 15º dia, a emenda pode ser feita, já que a interposição de apelação de modo irregular se equipara, quanto aos efeitos, à situação de ausência completa de apelação.

Se a emenda vier um dia depois de transcorrido o prazo, o direito de fazê-lo já estará *ipso facto* extinto pela *preclusão temporal* (voltando ao exemplo *supra*, a apresentação do comprovante de recolhimento do preparo no 16º dia não corrige o recurso de apelação anteriormente interposto de maneira irregular).

Ademais — e para robustecer nossos argumentos —, a correção do ato processual imperfeito depois do escoamento do prazo destinado a sua prática representaria uma afronta ao princípio da isonomia. Como a apelação é, como dissemos, ato complexo, deixar que parte dele se realize após o *dies ad quem* representa afronta ao princípio da isonomia, pois todos os demais litigantes (exceto os arrolados no art. 188 do CPC) se sujeitam ao prazo de 15 dias para executar o mesmo ato pro-

cessual. Conceder um 16º ou 17º dia para que o ato seja completado seria ferir a igualdade de todos perante a lei processual.⁵⁶

Somente nesse caso – emenda após transcurso do tempo – é que o processo realmente sofreria contramarcha; se a emenda for tempestiva, não há que falar em retrocesso, pois o processo estava programado para ficar à livre disposição da parte pelo prazo previsto na lei processual.

Trilhando caminhos diversos, chegamos a interpretação similar àquela sustentada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE.⁵⁷ Para o autor, a emenda da apelação, com a apresentação do comprovante de recolhimento do preparo dentro do prazo recursal, não traz prejuízo à parte adversa. Ademais, BEDAQUE ainda acrescenta outro argumento: o de que o autor pode, até a citação, emendar a petição inicial quantas vezes quiser, ou se o juiz assim determinar (art. 284 do CPC), demonstrando que o sistema processual é, em vários casos, tolerante com a imperfeição dos atos.

Quanto a este último argumento, cabem algumas respeitadas ressalvas. Entendemos que as situações não se confundem, pois a emenda da petição inicial é expressamente autorizada por lei (art. 284 do CPC) e tem lugar em um momento de prevalência do interesse particular sobre o público, pois ainda não se deu a citação,⁵⁸ diferentemente sucede com a emenda do recurso de apelação.⁵⁹

Mas, seja como for, a concepção que procuramos delinear se aplica a outras searas do processo, estranhas à da apelação (que congrega os exemplos práticos mais recorrentes), no sentido de excluir qualquer interpretação que conduza à *presunção de renúncia tácita* a direito processual, máxime sob o argumento de ter havido *preclusão consumativa* (já que não se pode reputar consumido direito que tenha sido exercido *invalidamente*, ou, ainda, que *não tenha sido exercido por completo*).

Segundo essa mesma linha de raciocínio – e muito embora não se esteja falando aqui de emenda de atos processuais defeituosos –, afasta-se a idéia de que a interposição de recurso especial e de extraordinário (art. 541 do CPC) não pode ser feita em momentos diferentes, mesmo dentro do prazo, por incorrer a parte

56 Ressaltando que um dos fundamentos da preclusão é, justamente, o princípio da isonomia, RICCIO (*La preclusione processuale penale*, p. 12, nota 26); ANTONIO ADVES BARBOSA (*Da preclusão...*, cit., p. 96) e MÔNIZ DE ARAGÃO, (*Preclusão* (processo civil), cit., p. 150).

57 Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, cit., p. 439 ss.

58 A propósito, confira-se o item 10.2, *infra*.

59 A essa nossa crítica, BEDAQUE rebateu afirmando que “ao prever a possibilidade de regularização do ato em determinadas situações do procedimento (arts. 284 e 511 do CPC), não pretendeu o legislador torná-la inadmissível em outras. A omissão involuntária pode ser suprida com o auxílio dos mesmos princípios em que estão fundadas as regras expressas” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 145, nota 116).

em preclusão.⁶⁰ Em sentido análogo apresenta-se a questão da concomitância de contestação e reconvenção imposta pelo art. 299 do CPC.⁶¹ Coerentemente aos nossos entendimentos ora esposados, não há razão alguma para se inadmitir a peça oferecida posteriormente, se ambas foram protocolizadas dentro do prazo legal de 15 dias.^{62,63}

Em suma, apesar de cientes de que a jurisprudência, paulatinamente, passa a acolher essa interpretação menos restritiva da preclusão em variados casos acima referidos, entendemos conveniente entabular a questão em termos científicos, de modo que em casos similares aos aqui tratados o mesmo raciocínio possa ser aplicado, e não fique sob o jugo do casuísmo. Mantemo-nos, assim, coerentes com uma de nossas principais premissas metodológicas, que é justamente a necessidade de interpretar *cientificamente* a preclusão. Sobre esse aspecto, discorreremos com maior profundidade no Capítulo 11, *infra*.

7.3.2 Inadequação quanto ao tempo

Como vimos no item 7.2.2, *supra*, a regulação do aspecto *temporal* do processo apresenta-se sobre duplo aspecto: a do tempo em que o ato individualmente considerado deve ser praticado, e do tempo em que ele deve ser encadeado no procedimento, em coordenação com os demais.

É quanto ao segundo aspecto do tempo que incide diretamente o tema *preclusão temporal*, que passamos a tratar.

60 V. g. ALEXANDRE BARROSO (*Acesso à justiça e preclusão civil*, p. 108).

61 Muitos sustentam (como NERY JR., ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 683, e CRISTINA FERRAZ, *Prazos no processo de conhecimento*, p. 67, dentre outros) ocorrer *preclusão consumativa*.

62 Assim já se pronunciou o STJ (RT 754/243 e 3ª Turma, REsp 132545-SP rel. Min. Waldemar Svieiter, j. 19.02.1998). Mas não raro se vêem julgados em sentido oposto (JTA 118/207 e 130/338). Na doutrina, acolhendo o entendimento por nós defendido, MARCATO (*Código de Processo Civil Interpretado*, p. 930).

63 Aliás, em ambos os casos citados *supra*, a simultaneidade jamais poderia ser completa, pois, ainda que seja por diferença de segundos, uma peça não poderia ser protocolizada no exato mesmo momento que a outra. Assim, se os defensores da tese de preclusão consumativa quisessem ser coerentes, forçosamente haveriam de exigir que as peças fossem protocolizadas no mesmo dia, hora, minuto e segundo, sob pena de haver arbítrio. Com efeito, o que pode ser considerado *simultaneidade*? As duas peças apresentadas com intervalo inferior a uma hora, ou mesmo com intervalo maior, mas no mesmo dia? Mostra-se essa tese desprovida não só de base científica, como também de lógica.

7.3.2.1 Preclusão temporal

O decurso do tempo é geralmente apontado como *fato jurídico processual*: trata-se de acontecimento natural, cuja existência importa em diversas consequências jurídicas dentro do processo, todas elas orientadas no (nobre) propósito de fazê-lo avançar.

Consoante ensinamento de REMO CAPONI,⁶⁴ a progressão do procedimento exige três requisitos: que sejam fixados limites temporais para que os sujeitos do processo cumpram os atos que lhes cabem, que o sistema incentive os sujeitos a realizarem tais atos, seja estipulando uma vantagem decorrente da sua prática, seja uma desvantagem decorrente da omissão, e, finalmente, que o processo possa prosseguir, tenha o ato sido cumprido ou não.

Quando a parte se desincumbe de um ônus e pratica dado ato processual depois do termo para ele fixado, o ato é considerado *ineficaz* (porquanto inábil para gerar os efeitos queridos pela parte). E, tal como vimos acima, o ato irregular, por ineficaz e privado de efeitos, produz situação similar àquela em que houvesse omissão da parte.

Ao fenômeno que explica a equiparação da prática do ato a destempe e a completa omissão a doutrina processual consolidada chama de *preclusão temporal*. Trata-se da consequência jurídica que a lei estabelece em face do acontecimento natural consistente no decurso do tempo.

O art. 183 do CPC atribui o advento da preclusão apenas e tão-somente à decorrência do prazo, sem necessidade de concurso do juiz ("Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato [...]").⁶⁵ Assim, quando a Serventia Judicial "certifica" o decurso de um prazo, a

⁶⁴ *La rimessione in termini nel processo civile*, p. 15.

⁶⁵ Por isso mesmo é que, tecnicamente, o recurso intempestivo não tem o condão de interromper ou suspender o prazo para ação rescisória: o trânsito em julgado da decisão atacada pelo recurso intempestivo (e, portanto, o início do prazo bienal para a propositura da rescisória) se dá no dia posterior ao *diés ad quem* do prazo recursal (assim decidiu o STJ, no REsp 84560, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 17.09.1996).

Entretanto, o mesmo STJ tem entendimentos flexibilizando essa tese, contando o prazo para a rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão que reconhece a intempestividade, em homenagem ao princípio da boa-fé do recorrente (RSTJ 28/312). Em apoio, manifestou-se em sede doutrinária Nilsen Nery Jr. (*Princípios fundamentais...*, cit., p. 233), afirmando que a eficácia da decisão que declara a admissibilidade de recurso é *ex nunc*, e não *ex tunc* como no direito civil. Acrescenta o autor, ainda, que isso se deve às particulares regras que regem a *litispendência*, e que são totalmente estranhas, por óbvio, ao objeto do direito civil.

Questão interessante, e conexa à anterior, reside em saber se o recurso não conhecido por outras razões que não a intempestividade também seria inapto a impedir o trânsito em julgado. E aqui também a questão comporta duas respostas. A primeira é inteiramente técnica: conforme discorremos no item 7.3.1, *supra*, a prática do ato de forma inadequada se equipara à *completa omissão do agente*, eis que o ato é *totalmente ineficaz para produzir os efeitos programados pela parte (inadmissibilidade)*.

eficácia de tal certificação é meramente declaratória, opera com efeitos *ex tunc*, com a finalidade exclusiva de eliminação de incerteza, pois, a qualquer tempo, o juiz pode reconhecer que o prazo escoou-se.^{66,67}

Resgatando o que dissemos acima, o tempo do processo pode ser medido em horas, dias, ou em fases processuais. Por isso, quando dizemos *preclusão temporal*, referimo-nos ao fenômeno que extingue a faculdade da parte pela fluência de prazo ou pela superação de uma fase do processo.⁶⁸ Em ambos os casos, há transcurso de tempo, mas é ele marcado de forma diversa.⁶⁹ Diferentemente, AN-

Ora, dentre esses efeitos dos recursos, se insere, justamente, o de evitar a preclusão sobre a questão recorrida ou, quando o caso, a coisa julgada (trata-se, aliás, de efeito comum a todas as modalidades recursais, como bem aponta DINAMARCO, *Efeitos dos recursos, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis*, v. 5, p. 25-26). O segundo modo de entender a questão leva em conta, também, o princípio da boa-fé, e se apóia na ideia de que o trânsito em julgado só se opera quando se esgotarem os recursos contra a decisão que inadmitiu o recurso anterior (assim, v. g., NELSON LUIZ PINHO, *Manual dos recursos civis*, p. 55, e, na jurisprudência, RTJ 112/989, 121/209, 110/880, 117/1361, 104/1265). O problema ganha contornos mais complexos ainda se pensarmos no efeito dos embargos de declaração sobre o trânsito em julgado, nos casos em que tal recurso não é "admitido" por se entender que não havia omissão, obscuridade ou contradição. A celeuma foi enfrentada por ARIOS GUSMÃO CARNEIRO, em recente parecer intitulado Ação rescisória - embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial (*Revista Jurídica*, n. 315, p. 49-62), no qual chega à conclusão de que os embargos declaratórios, quando inadmitidos por não haver omissão, contradição ou omissão, são apreciados no mérito e que, exceto quando intempestivos, interrompem o prazo para recurso posterior e para a ação rescisória. Por fim, invoca o princípio da utilidade dos prazos (não se pode considerar que há prazo fluindo se a parte está impossibilitada de utilizá-lo, sobretudo em face da excessiva demora do Poder Judiciário). Parece-nos, em linha de conclusão, que a razão está com os que não cedem ao argumento puramente técnico, sobretudo porque este atenta flagrantemente quanto ao princípio da boa-fé do litigante e tolhe dele o direito de usar remédio judicial, enquanto o Poder Judiciário está a lhe dever um provimento (ainda que declaratório) acerca do reconhecimento ou não da inadmissibilidade de seu recurso. E sabe-se que a demora da máquina judiciária não se deve ao litigante, não se podendo imputar a ele malefícios oriundos dessa situação.

⁶⁶ Isso não ocorria, de regra, antes do Código de Processo Civil de 1939, como afirma DINAMARCO: "é que no direito anterior ao próprio Código de 1939 a preclusão de certas faculdades não decorria simplesmente da chegada do último momento do prazo, mas do lançamento feito nos autos (a preclusão temporal era, assim, condicionada)" (*Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 196). O legislador de 1939 resolveu o problema, em seu art. 26, dizendo que os prazos "serão contínuos e peremptórios", o que, segundo interpretou a doutrina citada por DINAMARCO, indica que o decurso do prazo, fatal e automaticamente, extingue a faculdade ou poder processual que deveria se desempenhar no referido prazo.

⁶⁷ Traçando especificamente da eficácia declaratória (e, portanto, com efeitos *ex tunc*) da decisão que inadmitte recurso, têm-se os pronunciamentos de PONTES DE MIRANDA (*Tratado da ação rescisória*, p. 374-375) e BARBOSA MOREIRA (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 550-551).

⁶⁸ É exatamente como definiu CHOYENDA (*Cosa giudicata e preclusiones*, cit., p. 233).

⁶⁹ Nesse sentido, confira-se MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão no direito processual civil*, p. 34).

DRIOLI,⁷⁰ assim como outros autores já referidos, preferiu diferenciar a “preclusão derivada do decurso *in albis* de um prazo sob pena de decadência” da “preclusão derivada da superação de uma fase do processo”. Para nós, trata-se de um único fenômeno.

Seja como for, conforme ressalta DINAMARCO,⁷¹ a superação de uma fase do processo só se dá quando o ato processual a ela reservado não pode mais se realizar, porque outro ato encadeado no procedimento em momento subsequente se realizou (dá como exemplo justamente a possibilidade de o autor alterar pedido e causa de pedir, mesmo que com a concordância do réu, depois do proferimento da decisão saneadora).

Por derradeiro, cumpre assinalar que o primeiro aspecto da regulação temporal do processo referido no item 7.2.2 *supra* (fixação de parâmetros de tempo para inserção de ato individualmente considerado no procedimento) apresenta várias projeções sobre o terreno da preclusão, seja com respeito ao efeito das férias sobre a fluência dos prazos (art. 179 do CPC), ou com relação a outras causas de prorrogação (art. 184, § 1º).

Há ainda, aqui, um último aspecto a considerar. Os prazos incluem o dia do vencimento (art. 184), mas a definição de “dia” não é aquela da linguagem comum (isto é, até as vinte e quatro horas), mas sim o “expediente forense” (art. 172, *caput*, do CPC).

Fora desse horário, a parte não poderá praticar atos processuais, pois, a rigor, após as vinte horas, o *dies ad quem* já terminou.⁷² O ato pela parte praticado fora do horário de expediente há de ser considerado *inadmissível* (em virtude de já ter se operado a *preclusão* como dispõe expressamente o § 3º do art. 172, acrescentado pela Lei 8.952/1994),⁷³ excetuando-se as hipóteses trazidas nos §§ 1º e 2º do art. 172.

Ou seja, deve-se considerar o termo final do prazo processual encerrado às vinte horas (art. 172, *caput*, do CPC), e, se a parte praticá-lo depois desse limite temporal, sujeitar-se-á à preclusão.

Evidentemente que tudo isso ocorre se a parte não provar que sua omissão deu-se por *justa causa*, isto é, por um motivo alheio a sua vontade ou interferên-

⁷⁰ Preclusione (diritto processuale civile), cit., p. 569-570.

⁷¹ Nota à sua tradução do *Manual de LIEBMAN*, p. 236.

⁷² Desconsideramos a impossibilidade *material* de praticar o ato, já que vedado o acesso à sede do juízo após o fim do expediente e, dessarte, a impossibilidade de praticar o ato validamente no lugar apropriado (como impõe o art. 176 do CPC).

⁷³ Se eventual magistrado ou auxiliar aceitar petição após o horário de expediente, estará praticando ato *nulo*, em razão do desatendimento de norma processual expressa.

cia (o art. 183, § 2º, do CPC prevê, nesse caso e preenchidos seus requisitos, a *devolução* do prazo).

7.3.2.2 Classificação dos prazos processuais

Feitas todas essas considerações, façamos breve menção às classificações dos prazos processuais.

GABRIEL REZENDE FILHO,⁷⁴ em seus estudos editados sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, propunha a classificação em prazos “peremptórios, prorrogáveis e cominatórios”, sendo os dois primeiros aqueles que não podem sofrer qualquer tipo de dilação, os segundos aqueles que, a pedido da parte ou por decisão *ex officio* do magistrado, podem ser alterados, e os últimos aqueles cujo desatendimento importava em sanções ou penalidades.

BARBOSA MOREIRA classificou os prazos entre *peremptórios* e *dilatatórios*, conforme a possibilidade de alteração convencional,^{75,76} nada dizendo sobre a *preclusão*. Perfilha esse entendimento longa lista de doutrinadores pátrios.⁷⁷

A vista do teor dos arts. 181 e 182 do CPC vigente, DINAMARCO sugere que se entenda que os prazos peremptórios são os prazos preclusivos (ou próprios, isto é, cujo desatendimento importa consequências desvantajosas para o sujeito processual)⁷⁸ e os dilatatórios os não preclusivos (ou impróprios, cujo escoamento não implica consequências), em consonância com a interpretação que é dada aos arts. 153 e 154 do CPC italiano, em que claramente se inspiraram os arts. 181 e 182 do CPC pátrio.

Mas nem mesmo entre os estudiosos do processo italiano há consenso nesse particular. Destaca-se CARNELUTTI, que refuta a dicotomia *prazos dilatatórios* e *peremptórios*, defendendo que “a antítese resulta errônea, porque a palavra ‘peremptório’ não serve, como acontece com um ‘dilatatório’, para indicar um traço

⁷⁴ *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 30.

⁷⁵ Sobre prazos peremptórios e dilatatórios, *Temas de direito processual civil*, p. 49.

⁷⁶ Parece-nos que mesmo na fluência de prazos peremptórios poderiam as partes, por mútuo acordo, suspender inteiramente o processo, a teor do art. 265, II, do CPC, já que não há nenhuma ressalva nesse dispositivo, bem como nos arts. 181 e 182. No entanto, contrariamente, têm-se as abalizadas opiniões de FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 364) e DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 198).

⁷⁷ Conforme relaciona CRISTINA FERRAZ (*Prazos no processo de conhecimento*, p. 135), para o que se remete o leitor.

⁷⁸ Como aliás já havia feito MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários do Código de Processo Civil*, v. 2, p. 89: “Prazos preclusivos são precisamente os peremptórios; no curso dos quais deve ser praticado algum ato processual, pena de precluir a faculdade de praticá-lo”). No mesmo sentido, COURURE (*Fundamentos...*, cit., p. 177).

funcional do prazo, a não ser um modo de ser de acordo com a eficácia". Prefere o processualista contrapor aos *dilatatórios* os *aceleratórios* (quanto à possibilidade de modificação), e aos *peremptórios*, os *cominatórios* (quanto às consequências advindas do ato).⁷⁹

Diante de tantas divergências, convém determo-nos nesse ponto.

Está fora de qualquer dúvida o fato de que, de um lado, os prazos *preclusivos* são aqueles cujo transcurso impõe a perda do direito que era cabente à parte,⁸⁰ e *não preclusivos* aqueles cujo escoamento não traz consequência alguma a ela (haja vista permanecer hígido o poder de exercitá-lo válida e eficazmente depois). Mas é preciso notar que a dicotomia entre prazos *preclusivos* e *não preclusivos* não se deve à natureza do prazo em si, mas sim às consequências previstas na lei para o caso de transcurso *in albis* do prazo.

De outro lado, há a questão da possibilidade ou não de prorrogação por convenção das partes. O art. 181 permite que os dilatatórios sejam alterados por convenção das partes e o art. 182 veda qualquer efeito dessa convenção aos *peremptórios*.

O melhor modo de entender a questão é recorrer à fonte das normas contidas nos arts. 181 e 182 do CPC – ou seja, o processo italiano⁸¹ – que nos conduz à idéia de que os prazos *peremptórios*, por não poderem se sujeitar a uma alteração convencional pelas partes, obrigam-nas a respeitá-los (ou, melhor dizendo, impõem-lhes o ônus de respeitá-las, sob pena de preclusão)⁸². De outro lado, os prazos *dilatatórios*, por suportarem que haja alteração, não estariam associados a nenhuma preclusão.

Nesse diapasão, podemos ainda entabular a subdivisão dos prazos *não preclusivos* entre *cominatórios* e *não cominatórios*, sendo os primeiros aqueles que,

⁷⁹ Sistema..., cit., v. 3, p. 610.

⁸⁰ Como leciona BARBOSA MOREIRA, o princípio se explica com o seguinte comando dirigido à parte sujeita ao ônus: "você não está obrigado a praticar o ato, mas, se quiser praticá-lo, precisará fazê-lo dentro do prazo, do contrário ficará impedido" (Sobre prazos *peremptórios* e *dilatatórios*, p. 52).

⁸¹ Na linguagem do Código de Processo Civil italiano, os prazos *dilatatórios* são *ordinatori* e os *peremptórios*, *perentori*. E também lá se identificam os primeiros com os *termini preclusivi* (os que produzem "decadenza dal diritto di compiere gli atti per cui il termine era fissato", CHIOVENDA, *Principii...*, cit., p. 860-861) e os segundos com os *non preclusivi*. No mesmo sentido, ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO (*Corso base di diritto processuale civile*, p. 252).

⁸² A comprovar que os prazos *peremptórios* (*reclusi*, *preclusivos*) não são prorrogáveis, nem mesmo pela convenção das partes, confira-se acórdão do STJ no REsp 852599 SP; rel. Min. Aldir Passarinho, j. 28.06.2005, em que as apelações de ambas as partes de um processo foram reputadas intempestivas, a despeito do acordo de ambas em prorrogar o prazo para interposição dos recursos.

embora desassociados da preclusão, impõem sanções ou penalidades, sobretudo *pecuniárias*.⁸³

Outra classificação – comum, mas estéril do ponto de vista dogmático, e que registraremos apenas a título de curiosidade – é a que divide os prazos em *legais*, *judiciais* e *convencionais*,⁸⁴ sendo os primeiros os fixados em lei, os segundos os determinados pelo próprio juiz, e os terceiros aqueles resultantes de acordo das partes. Nosso Código de Processo Civil fixa a maioria dos prazos: os que não são fixados ficam a cargo do juiz, mas, quando este se omite, a lei determina aplicá-los sempre o prazo de cinco dias (art. 185).

7.3.2.3 Emenda de atos processuais regulares dentro do prazo processual

No item reservado à análise da *forma* (*em sentido estrito*) dos atos processuais das partes, construímos a idéia de que a emenda do ato processual defeituoso, dentro do termo assinalado pela lei, é perfeitamente possível, pela ausência de preclusão consumativa na espécie (item 7.3.1.2, *supra*).

No entanto, agora, ao analisarmos a limitação temporal, também podemos extrair a idéia de que mesmo a emenda dos atos processuais *regulares* pode ocorrer dentro dos prazos processuais a eles reservados. Senão, vejamos.

Como vimos acima, a finalidade dos prazos processuais não é outra senão ordenar o processo, e aplicá-los de modo igual a todos os litigantes é medida de isonomia processual.⁸⁵ Ao conceder à parte 15 dias para contestar a ação de rito ordinário, ou para apelar, o legislador impôs ao juiz e à parte adversa que devem esperar pelo escoamento desse prazo para que o processo possa caminhar. Nem um dia a mais.

Do mesmo modo, a finalidade precípua da preclusão é impedir que o andamento do processo fique sujeito ao arbítrio da parte, a qual pode provocar impedimentos à sua marcha ou retrocessos.

Nesse diapasão, soa muito razoável que a parte possa fazer, dentro do prazo, o que bem entender. Está-se diante de uma esfera em que impera o princípio positivo: nela poderá o litigante optar pela omissão ou praticar o ato como e na

⁸³ Como já vimos acima, as sanções não excluem a necessidade de o sancionado cumprir o dever processual a ele dirigido. BARBOSA MOREIRA leciona que "diz-se ao destinatário da norma: 'você deve praticar o ato dentro do prazo, se não o fizer, nem por isso ficará desobrigado e ainda sofrerá uma punição'" (Sobre prazos *peremptórios* e *dilatatórios*, p. 52).

⁸⁴ Cf., dentre outros, COUURE (*Fundamentos...*, cit., p. 175).

⁸⁵ Justamente por isso é que PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON levanta a inconstitucionalidade do art. 188 do CPC (que concede à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer) em face do princípio da isonomia (Garantia do tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 119-120).

medida que melhor lhe convier. Assim, se o ato foi praticado, e o prazo ainda não escoou, não há razão para se proibir a emenda.

Ademais, como anota DALL'AGNOL JÚNIOR,⁸⁶ os prazos processuais são dimensionados pela lei supondo-se suficiência, de tal modo que, a parte, objetivando a celeridade processual e dando-se por satisfeita com prazo inferior ao prescrito, pode praticar o ato antes de seu escoamento.⁸⁷ Aliás, os prazos previstos no Código supõem o tempo normalmente necessário para a prática do ato, permitindo ao juiz, sempre que as circunstâncias fáticas assim impuserem, estendê-los (a teor do art. 187 do CPC).

A interpretação corrente na doutrina não encontra amparo expresso no Código de Processo Civil e mostra-se excessiva e inadequadamente formalista.

Essa negativa ao direito da parte em emendar ato que já tenha praticado parece ainda mais inaceitável quando se verifica que ela se baseia, *exclusivamente*, na *presunção* (sem base legal) de que o litigante tacitamente *renunciou*, ao prazo a que ainda tinha direito.⁸⁸

Ademais, está absolutamente assentada na mente dos estudiosos a idéia de que a preclusão é instrumento que tem por objetivo regular a celeridade do desenvolvimento processual, seja provocando sua marcha adiante, seja impedindo

seu retrocesso. Ora, a preclusão consumativa não se encaixa perfeitamente nesse conceito, como a preclusão temporal ou lógica, sobretudo porque desconsidera que a parte, ao adiantar-se e praticar o ato, contribuiu para a celeridade processual, e por isso não pode ser punida.⁸⁹

Vedar à parte a emenda do ato quando ainda não transcorreu o prazo a ele assinalado representa uma sanção injusta àquele que militou em favor da celeridade processual, o qual, em última instância, é de interesse público e inclusive inspira o instituto da preclusão. Se uma das principais finalidades da preclusão é fazer o processo caminhar com maior rapidez, não é aceitável que esse instituto sirva justamente para punir o agente que se antecipou.

Em linhas gerais, podemos nos servir da lição de BARBOSA MOREIRA, ao comentar os efeitos da apelação parcial sobre a parte da sentença não impugnada, para amparar a tese aqui explicitada. Para o autor,⁹⁰ “a impugnação sucessiva, dentro do prazo, de partes distintas da decisão não ofende a preclusão consumativa, por que apenas quanto à(s) parte(s) originalmente impugnadas se exercera o poder de recorrer”^{91, 92}

⁸⁹ Aqui é muito oportuno trazer à colação o ensinamento de João Batista Lopes, 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” (Breves considerações..., cit., p. 52).

⁹⁰ *Comentários...*, cit., v. 5, p. 352.

⁹¹ No mesmo sentido, Pontes de Miranda (*Comentários...*, cit., v. 7, p. 122) e Manoel Caetano Ferreira Furo (*A Preclusão*, cit., p. 36), que ainda acrescenta que, em seu entender, “nada impede que o recorrente venha a aditar suas razões de recurso ainda dentro do prazo para interposição, o que, aliás, poderia fazer até mesmo posteriormente, através de memorial, por exemplo”. Contra, Nery Jr.-Rosa Nery (*Código...*, cit., p. 869).

⁹² Na Itália, em razão do disposto no art. 329 do CPC lá vigente, a impugnação parcial da sentença implica a quiescência da parte contra a parte não impugnada. Não se acha norma equivalente em nosso Código, mas, como anota Barbosa Moreira (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 351), isso se deve a modificações que a Comissão Revisora do Projeto de CPC fez ao anteprojeto da lavra de Alfredo Buzaid, que continha disposição similar. Liebman (*Manual...*, cit., v. 2, p. 270) chamou tal ato (previsto no art. 329 do CPC italiano) de a quiescência imprópria, a exemplo de Eugenio Minoli (*Lacuoscenza...*, cit.). E esse caso é identificado pela doutrina peninsular, normalmente, como exemplo de *preclusão lógica* (cf. anota Arradi, *Per una critica...*, cit., p. 5). Todavia, podemos questionar tal entendimento de duas diferentes formas. A primeira é que não há entre a impugnação de parte da sentença um ato logicamente incompatível com a impugnação ao restante (novamente recorremos à idéia de que, para que se caracterize a quiescência da parte a uma determinada situação jurídica constatada no curso do processo, é necessário que se verifique alguma manifestação de vontade, cf. nota de rodapé nº 88, a este capítulo). A segunda (que é desenvolvida justamente por Arradi, *Per una critica...*, cit., p. 5, nota 20) é a de que o efeito previsto no art. 329 do CPC italiano desconsidera totalmente qualquer elemento de vontade, ou mesmo se haveria uma incompatibilidade lógica entre a impugnação parcial e eventual ato sucessivo de impugnar o restante: trata-se de uma mera aplicação objetiva de um preceito legal e que, por isso, não poderia ser reputado como um caso de preclusão lógica. Ou seja: focando-se o elemento volitivo (residual) do ato processual, ou desconsiderando-o inteiramente, não se vê aqui, também, uma hipótese de preclusão lógica.

⁸⁶ *Comentários...*, cit., v. 3, p. 110.

⁸⁷ Oportuno aqui lembrar concepção de Carnelutti (*Diritto e processo*, p. 154) que anota que os *termini processuali* são *pausas* no caminho do processo, dimensionadas pelo legislador como suficientes para o cumprimento do ato pelo sujeito processual, ao mesmo tempo que permitem ao processo um caminho o mais célere possível.

⁸⁸ O autor italiano Eugenio Minoli dedicou monografia ao estudo da *aquiescência* no processo civil (*Lacuoscenza nel processo civile*), tecendo considerações que muito bem se aplicam à idéia de renúncia que está em torno da questão ora tratada. Distinguiu aquele autor entre a *aquiescência própria* (que deriva de uma declaração expressa formal, cf. *Lacuoscenza...*, cit., p. 92), da *aquiescência imprópria*, consistente num comportamento tácito de aceitação de determinada situação jurídica no processo, mas que, contudo, para ser reconhecida, deve ostentar uma manifestação de vontade (e o exemplo clássico, para tanto, é justamente a prática de atos de cumprimento de uma decisão judicial, os quais são incompatíveis logicamente com a vontade de recorrer, cf. *Lacuoscenza...*, cit., p. 272-274). Parece-nos que análise similar pode ser feita quando se trata da *renúncia* ao direito de emendar o ato processual, ou ao restante do prazo que a parte ainda tem a seu favor: ainda assim, há de identificar-se uma manifestação de vontade, a qual não se pode encontrar tacitamente na prática do ato antes do prazo (tal como ocorre com a prática de ato de cumprimento a uma decisão judicial, de modo incompatível com a vontade de recorrer). E isso nos parece válido mesmo se acolhermos a idéia (de resto, aliás, dominante na doutrina italiana e brasileira) de que a vontade manifestada nos atos processuais tem “importância nitidamente secundária” (Liebman, *Manual...*, cit., v. 1, p. 226). De fato, apesar de a intenção do agente ser irrelevante na formulação dos atos processuais, ainda resta, residualmente, “uma vontade extremamente genérica, ou seja, a simples vontade e consciência de realizar o ato” (Liebman, *Manual...*, cit., v. 1, p. 226), de maneira que, para os fins de reconhecer a existência de uma renúncia a um direito processual (ou a *aquiescência* a uma situação que surja no curso do procedimento), é necessário que se identifique, ao menos, alguma manifestação de vontade, mesmo que seja genérica.

É preciso observar, contudo, que o alargamento da tese aqui esposada para qualquer outro caso de emenda a ato processual já praticado validamente não encontra apoio nem na doutrina⁹³ nem na jurisprudência,⁹⁴ sobretudo tratando-se de emenda à contestação.⁹⁵

Pelas razões acima apontadas, estamos convictos de que a emenda a qualquer ato processual validamente praticado, desde que dentro do prazo que a lei lhe destina, é plenamente viável. E, se assim é, a conclusão é, a rigor, a de que a *preclusão consumativa não encontra amparo ou previsão legal*, e os prazos processuais são a principal limitação da parte para emendar atos que tenha praticado anteriormente. Sobre isso voltaremos a discurrir no item 7.4.4.2, *infra*.

7.3.3 Inadequação quanto ao lugar

Diferentemente do que sucede com os outros dois requisitos de forma antes delineados, a inadequação do ato da parte quanto ao lugar em que deveria ter sido praticado não gera sua *inadmissibilidade*, mas sim sua *inexistência jurídica* como ato do processo.⁹⁶

Assim, se determinada petição era endereçada a um determinado processo, mas fica na gaveta do advogado que a subscreveu, ou é protocolizada, não junto à autoridade judiciária, mas junto ao padre da paróquia próxima ao Fórum, para o processo é como se jamais tivesse existido tal peça. Ou seja, não se trata de simples ineficácia.

⁹³ V. g., DALL'AGNOL JUNIOR (Comentários..., cit., v. 3, p. 110); NERY JR.-ROSA NERY (Código..., cit., p. 578, nota 4 ao art. 183).

⁹⁴ A tese de que a emenda do ato nunca é possível em face da preclusão consumativa, tendo sido ele praticado válida ou invalidamente, prevalece tanto no STJ (6ª Turma, Ag. Reg. 77.182-SP; rel. Min. Adhemar Maciel, j. 03.06.1996, v.u., RT 745/197) quanto no extinto 1º TAC/SP (3ª Câmara, AI 1.129.067-0, rel. Juiz Itamar Gaino, j. 11.03.2003, v.u., BAASP 2365/862-e, de 03.05.2004 - 3ª Câmara, AI 950.809-6-Taubaté-SP, rel. Juiz Salles Vieira, j. 17.10.2000, v.u., BAASP 2236/463-e, de 05.11.2001) e no extinto 2º TAC/SP (AI 850.614-00/4, 1ª Câmara, rel. Juiz Prado Pereira, j. 27.04.2004 - Ap. c/ Rev. 639.499-00/4, 7ª Câmara, rel. Juiz Miguel Cucinelli, j. 17.09.2002 - Ap. s/ Rev. 478.287-00/8, 7ª Câmara, rel. Juiz Luiz Henrique, j. 09.09.1997 - Ap. c/ Rev. 591.457-00/3, 6ª Câmara, rel. Juiz Lino Machado, j. 14.03.2001). Igualmente se veda a substituição do ato processual praticado (extinto 2º TAC/SP, Ap. c/ Rev. 639.499-00/4, 7ª Câmara, rel. Juiz Miguel Cucinelli, j. 17.09.2002).

⁹⁵ MAROEL CAETANO FERREIRA FILHO (A preclusão..., cit., p. 35) entende que a emenda à contestação, diferentemente da emenda à apelação é inviável, apoiando-se, para tanto, em acórdão publicado na RT 503/178: "A oferta de contestação 'com bom ou com mau êxito', efetivamente precluída para o réu a possibilidade de nova contestação, ou mesmo de 'aditamento', ou 'complementação', vocábulos utilizados no acórdão citado. A preclusão, no caso, decorre do princípio da eventualidade, segundo o qual o réu deve alegar, já na contestação, toda a matéria de defesa que tiver."

⁹⁶ Cf. e. g., DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (Derecho procesal: introducción, p. 331).

É de se ver, aqui, que existe uma diferença entre *endereço* a peça processual erroneamente e *protocolizá-la* em local inadequado. No primeiro caso, a prática do ato pode dar-se no lugar adequado, mas existiria, aí, um vício de forma em sentido estrito⁹⁷ (o qual poderia ser encarado como motivo de inadmissibilidade ou mesmo mera irregularidade).

Deparando-se com tal situação, o extinto 2º TAC/SP entendeu, em acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento 745873-0, que o endereçamento inadequado do recurso (ao juízo *a quo* e não diretamente à instância *ad quem*, como preceitua o art. 524 do CPC), e posterior desentranhamento das razões dos autos de origem e apresentação ao Tribunal, tornariam o recurso *inadmissível*. O voto condutor do julgamento observa que, a despeito de existirem normas de organização judiciária que autorizam o chamado "protocolo integrado", o endereçamento da petição foi inadequado, de maneira que, quando o recurso foi apresentado à instância *ad quem*, já teria se operado a *preclusão temporal*.⁹⁸

Seguindo a mesma lógica que utilizamos nos itens precedentes (que equipara os efeitos da prática do ato evitado de vício formal à completa omissão da parte), parece absolutamente inegável cogitar-se, com respeito ao caso versado no julgado referido acima, que, se o recurso de agravo tivesse sido desentranhado dos autos de origem e apresentado ao Tribunal *ainda dentro do prazo de 10 dias*, poderia ser ele perfeitamente admitido.

7.4 Pressupostos processuais⁹⁹

7.4.1 Aspectos gerais

Se há um assunto no estudo do direito processual civil em que reina a completa falta de consenso na doutrina, este é, com certeza, o relativo à definição do que são e, principalmente, como se classificam os pressupostos processuais.

⁹⁷ Nesse sentido, NELSON LUIZ PINTO (Manual dos recursos cíveis, p. 69-70).

⁹⁸ Eis a ementa desse acórdão: "Recurso - Agravo de instrumento - Preclusão - Endereçamento ao juízo de 1ª grau - Remessa ao tribunal competente - Reconhecimento. Se a petição foi erroneamente endereçada, não pode ser encaminhada ao órgão competente muito tempo depois, ante a preclusão temporal" (AI 745.873-00/5, 10ª Câmara, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 20.11.2002). Contrariamente entendeu o mesmo Tribunal em caso análogo: "Agravo de instrumento - Ação de indenização por danos morais e materiais - Acidente do trabalho - Direito comum - Embargos de declaração - Petição protocolada, no prazo legal, em cartório diverso daquele em que tramitava o feito - Mero equívoco do patrono do banco-réu, no endereçamento da petição, sem intenção de prejudicar o andamento do processo - Ausência de má-fé - Preclusão não operada - Reconhecimento da tempestividade dos embargos - Recurso provido" (AI 822.608-00/5, 12ª Câmara, rela. Juíza Zélia Maria Antunes Alves, j. 01.04.2004).

⁹⁹ Para devida e inovadora incursão sobre esse tema, confira-se BEDAQUE (Efetividade do processo e técnica processual, p. 180-228).

Tratando-se de tema relevante para o estudo da preclusão, cumpre-nos, então, procurar alguma sistematização que se mostre adequada para as construções por nós propostas, centrando atenções, como é curial, para os pressupostos processuais relativos às partes, já que aqueles atinentes à atividade do juiz ficam de fora das investigações empreendidas no presente capítulo.

Na doutrina alienígena, é comum englobar nessa categoria ("pressupostos processuais") tudo aquilo que for necessário para que a ação possa ser julgada pelo mérito.¹⁰⁰ Contudo, a construção do nosso Código de Processo Civil (que diferencia pressupostos processuais das condições da ação) acarreta a distinção, já clássica, de que "os pressupostos processuais, na sistemática legal vigente, constituem espécie de que os pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional são o gênero".¹⁰¹

Aqui estamos tratando não de vícios de forma dos atos processuais (forma em sentido estrito, tempo e lugar), mas sim de vícios de fundo (para valerem-nos da expressão de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER),¹⁰² sem esquecer que ambos os tipos de vícios geram, em princípio, as nulidades processuais.^{103,104,105}

100 Cf. pontua BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211).

101 Cf. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 128).

102 *Nulidades da sentença*, p. 117.

103 Podemos acrescentar nós, coerentemente às nossas premissas, que a falta de alguns pressupostos processuais atinentes às partes pode gerar a inadmissibilidade de seus atos, não propriamente nulidade (notadamente a inadmissibilidade da demanda, decorrente da falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, e que acarreta a extinção do processo sem apreciação do mérito).

104 Importante ressalva fez JOSÉ MARIA TESHNER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 29) de que o capítulo do Código de Processo Civil destinado ao regramento das nulidades teve como foco os defeitos de forma (como denota o texto do art. 243), mas aplica-se também aos chamados vícios de fundo (especialmente os arts. 248 e 249).

105 Releva frisar que, mormente em razão de divergências doutrinárias e à não rara falta de ocupação terminológica, é difícil em certos casos fazer a distinção entre vícios de forma e vícios de fundo. Se, no estudo da teoria geral dos recursos, a interposição da apelação desacompanhada das razões de reforma da decisão é encarada como vício de forma (c. g., CHEM JORGE, *Apelação cível*, cit., p. 182; e RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, p. 34), a ausência de pedido na petição inicial é tida como falta de pressuposto processual (vício de fundo, portanto, conforme TESHNER, *Pressupostos...*, cit., p. 87-89). Deixemos de lado, para não nos desviarmos dos objetivos aqui traçados, maiores indagações a respeito dessas "zonas cinzentas".

É comum a classificação entre pressupostos intrínsecos ao processo¹⁰⁶ e extrínsecos a ele,¹⁰⁷ e também entre pressupostos negativos e positivos.¹⁰⁸ Outros¹⁰⁹ preferem dividir os pressupostos processuais entre subjetivos (concernentes às partes¹¹⁰ e ao juiz),¹¹¹ objetivos e formais. Tem-se ainda a peculiar opinião de CELSO NEVES,¹¹² que propõe classificação, de um lado, entre pressupostos processuais da ação, pressupostos processuais da pretensão e pressupostos de uma sentença favorável, e, de outro, entre pressupostos e supostos processuais. Esta última distinção não encontrou nenhum eco na doutrina, bem como também não foi acolhida a distinção que CARNELUTTI fazia entre *pressupostos* e *condições*.¹¹³ Enfim, fácil perceber que são enormes as discrepâncias de classificações encontradas na doutrina.¹¹⁴

Não nos cabe aqui — até para mantermo-nos fiéis aos escopos traçados — considerar os pormenores dessas classificações que, a rigor, têm finalidade puramente didática. Importa, isso sim, pôr em relevo determinados elementos que possam

106 Dentre eles, destaca-se a existência de *petição inicial*, com os requisitos exigidos pela lei, inclusive acompanhada de *instrumento de mandato*, conferido ao advogado do autor (exceto nos casos do art. 254 do CPC) e a prestação de caução, quando exigida.

107 Ou, como preferir CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 277-278), fatos impositivos, como a litispendência (art. 301, V, do CPC), convenção arbitral (art. 301, IX), e a falta de cumprimento da norma contida no art. 268 do CPC. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 130), invocando a lição de FREDERICH LEVI, preferir reservar a expressão *impedimentos processuais* para os requisitos cuja falta torna inadmissível a tutela jurisdicional "unicamente quando invocados pelo réu", como a intransmissibilidade da ação por disposição legal (art. 267, IX), a ocorrência de confusão (art. 267, X), a incompetência relativa (arts. 112 e 314) e os casos de arquivamento dos autos por inércia das partes (art. 267, II) ou por inércia apenas do autor (art. 267, III). Parece-nos, contudo, que, além de essa nomenclatura ser absolutamente estranha ao restante da doutrina, o único dos pressupostos que depende de invocação da parte (sob pena de preclusão) é a incompetência relativa (exceto se houver nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, consórcio), tal como ocorre com todos os demais pressupostos processuais, o juiz pode agir de ofício, independentemente de provocação do interessado.

108 Como, e. g., FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 127 ss).

109 Como GALENO LACERDA (*Despacho saneador*, p. 60).

110 Que as partes sejam capazes civilmente, que tenham capacidade processual e que tenham capacidade de postular em juízo.

111 Que se trate de órgão estatal investido de *jurisdição*; que o juiz tenha *competência originária* ou adquirida e que o juiz seja imparcial (não seja suspeito, nem impedido).

112 *Estrutura fundamental do processo civil*, p. 189 e 199.

113 *Sistema...*, cit., v. 3, p. 666 ss.

114 Para um mapeamento de várias classificações doutrinárias, confira-se KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 74-76) e BEDAQUE (*Pressupostos processuais e condições da ação*, cit., p. 185-186).

interessar ao estudo da preclusão, tomando-se o conceito mais amplo de pressupostos processuais, abarcando tudo aquilo que se afugurar *requisito de admissibilidade para apreciação de uma pretensão a determinada tutela jurídica*, tenha sido ela invocada pelo autor ou pelo réu, excluídas aí as condições da ação que, por disposição da nossa lei processual, são tratadas à parte,¹¹⁵ e os aspectos *formais* dos atos processuais, que têm um regime próprio.

A primeira idéia, que goza de relativa aceitação entre nós, é a de que *pressupostos processuais* seriam requisitos para que a relação jurídico-processual tenha existência e validade.¹¹⁶

Entretanto, é bem difícil visualizar pressupostos de cuja ocorrência dependa a *existência* do processo. Segundo lição de JOSÉ MARIA TESHEINER,¹¹⁷ que goza de orientação corrente da doutrina, a existência de um *magistrado investido de jurisdição* e de uma *demanda* seriam os dois pressupostos de existência do processo. CASSIO SCARPINELLA BUENO ainda acrescenta a *citação* como uma terceira hipótese, ressaltando que sua falta enseja a inexistência do processo *apenas* para o réu, reconhecendo ao menos sua existência entre o autor e o Estado-juiz.¹¹⁸

De fato, com relação ao primeiro desses pressupostos, pouca dúvida poderia haver: caso se ajuíze determinada ação perante o pároco da igreja contigua ao fórum, por exemplo, o processo é juridicamente inexistente,¹¹⁹ pois a autoridade a quem foi dirigida a demanda está absolutamente desprovida de jurisdição.

Já quanto ao segundo pressuposto processual acima enunciado, a questão não é tão simples: se determinado processo se inicia por iniciativa do próprio juiz — fora dos taxativos casos legais em que o princípio da inércia da jurisdição é afastado (v. g., art. 989 do CPC) —, *poder-se-ia* identificar hipótese de *inexistência jurídica*. BEDAQUE, contudo, discorda disso, reconhecendo aí um processo *existente*, embora seriamente viciado.¹²⁰

115. Cf. BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, cit., p. 185-186).

116. E. g., AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 1, p. 320), citando lição de BERTI em seu par.

117. *Pressupostos processuais...*, cit., p. 32 e 47-48.

118. *Curso sistematizado...*, cit., p. 395-397.

119. O mesmo não ocorre, em nosso sentir, com outro recorrente exemplo acadêmico: se determinado juiz despacha petição inicial em momento posterior a ter sido publicada na imprensa oficial a concessão de sua aposenadoria, parece-nos não haver *inexistência jurídica do processo* (como defende TESHEINER, *Pressupostos processuais...*, cit., p. 47-48), mas sim mera nulidade dos atos praticados pelo magistrado desprovido de jurisdição. Os demais atos, praticados pelos auxiliares da justiça, como recebimento da peça inicial, autuação, numeração dos autos e das folhas, são perfeitamente válidos e eficazes, dispensando-se o autor (até por razões de ordem lógica) de intentar novamente a ação. O processo, portanto, existe; mas os atos do juiz são inválidos.

120. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 211-214.

Finalmente, entendemos inviável considerar que a ausência de citação do réu possa acarretar a inexistência jurídica do processo *apenas* em relação a esse sujeito da relação processual. Primeiro, porque é um contra-senso afirmar que algo possa existir para uns e inexistir para outros. Segundo, porque os atos realizados pelo autor e pelo juiz antes do momento em que o réu deveria ser citado (e não foi) são perfeitamente válidos e aproveitáveis, justamente porque se materializaram em um processo que existe juridicamente. Apenas todos os demais atos que se seguiram à indevida omissão quanto à citação do réu haverão de ser invalidados, a qualquer tempo, inclusive quando da execução da referida sentença (arts. 475-L, I, e 74-L, I, do CPC).

No mais, não conseguimos vislumbrar propriamente *pressupostos processuais* cuja falta enseje a *inexistência* do processo.¹²¹

A falta de distinção das hipóteses de *inexistência* e de *invalidade* do processo se deve, entendemos, à não-observância da diferença entre *elementos de existência* de um ato jurídico e os *requisitos de validade* desse mesmo ato. A doutrina civilista¹²² já tem assente essa diferenciação, sendo os *elementos* os fatores que devem concorrer para que determinado ato jurídico *exista juridicamente* e os *requisitos* as qualidades que esses elementos devem ostentar para que o ato, existente, não seja considerado *nulo*.¹²³

Agravam o problema as dificuldades que o regime das invalidades processuais traz à sanatória geral de nulidades provocada pela coisa julgada. A tese de "ine-

121. Como bem anota TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 40 e ss), nem mesmo a falta de um autor pode acoirar de *inexistente* o processo. Se alguém intenta ação dizendo ser outrem, o processo (e eventual sentença que nele venha a ser prolatada) será totalmente ineficaz com relação à pessoa que figurou como autora, mas eficaz com respeito àquele que realmente promoveu o processo. Similantemente sucede com o advogado que intenta medida judicial sem instrumento de procuração. Nesse caso, e a despeito do texto da lei, os atos praticados pelo patrono desprovido de poderes não deixam escoar o prazo a que alude o art. 37 do CPC para regularizar a representação do autor. São juridicamente inexistentes, mas apenas ineficazes com relação ao representado, e o advogado ainda pode sujeitar-se a pagar perdas e danos (art. 37, parágrafo único). Mas o processo existiu juridicamente. Nem mesmo quando se trata do clássico caso de *nulidade absoluta da citação do réu, ou sua falta*, entendemos que não é caso de *inexistência jurídica do processo* (conforme assentado pelo célebre julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 96374, relatado pelo E. Min. Moreira Alves e publicado na RTJ 110/210). Há, sim, inexistência jurídica da sentença, prescindindo-se de ação rescisória para que o juiz a desconsidere. Mas o processo existe, tanto que se retorna ao seu momento inicial, para que se realize validamente a citação, e se lhe dê prosseguimento. Fosse inexistente o processo, o ato inaugural praticado pelo autor (formulação da petição inicial) e os atos introdutórios da serventia judicial, bem como o despacho inicial, teriam que ser renovados.

122. Vide, v. g., ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico, existência validade e eficácia*, p. 26).

123. Por essa razão, não se pode considerar existente juridicamente um ato jurídico praticado por um animal, pela ausência do elemento *agente* (somente os seres humanos são sujeitos de direitos e obrigações), mas é apenas inválido o ato jurídico praticado pelo menor de 16 anos (o elemento *agente* está presente, mas falta-lhe um *requisito*, consistente na *capacidade*, necessária para que seus atos sejam válidos).

xistência jurídica" da sentença é frequentemente invocada para contornar esse obstáculo e permitir que o vício seja alegado após o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento da ação rescisória.

Por isso mesmo é que o processo instaurado diante de um bispo é inexistente (falta-lhe o elemento *autoridade dotada de jurisdição*), mas o processo instaurado perante um juiz absolutamente incompetente existe, mas contém invalidades (embora haja o elemento *autoridade dotada de jurisdição*, esta não ostenta um requisito ou qualidade exigida pela lei, que é a competência).

Ademais, afirmar que da ocorrência dos pressupostos processuais dependem a *existência* e a *validade* do processo significa ignorar que há pressupostos processuais para as partes, e que o desatendimento a eles não acarreta a *inexistência*, tampouco a *invalidade* do processo, mas apenas a *ineficácia* (ou *inadmissibilidade da demanda*) (com extinção do feito sem exame de mérito, *ex vi* do art. 267, IV, do CPC) ou a *revelia* (que nada mais é do que decorrência da *inadmissibilidade da defesa*). Nessas duas hipóteses, o processo existe e é válido, sendo que no primeiro caso há ensejo para proferimento de regular sentença terminativa, ao passo que, no segundo, válida sentença de mérito.

De outro lado, o disposto no art. 267, IV, do CPC passa a enganosa impressão de que a falta de pressupostos processuais gera, sempre, a extinção do processo, o que está bem longe de ser verdade.

Como vimos, o concurso de pelo menos um pressuposto processual (autoridade dotada de jurisdição) é indispensável, e sua ausência pode ensejar a *inexistência* dos atos praticados e, de resto, do processo como um todo; a ausência doutros gera *nulidade absoluta de atos do processo* (como os atos praticados pelo juiz absolutamente incompetente ou impedido) ou, se reconhecida depois da sentença, eventualmente *rescindibilidade* desta. Em suma, se determinado ato processual, que deve ser praticado pelo magistrado ou seus auxiliares, não seguir o modelo legal, o que ocorre não é a extinção do processo sem julgamento de mérito, mas sim a nulidade do ato e de todos os atos subsequentes que não puderem ser aproveitados.

Diferentemente ocorre com os pressupostos processuais que as partes devem preencher e ostentar.

A extinção do processo sem exame de mérito ocorrerá apenas quando se tratar de pressupostos processuais que devam ser ostentados pelo autor, cuja falta implique a *inadmissibilidade da demanda*. Impende aqui exemplificar.

Se faltar ao autor *personalidade judiciária*,¹²⁴ o juiz extinguirá o feito sem exame de mérito nos termos do art. 267, IV, do CPC, por falta de *pressuposto de*

¹²⁴ Para usarmos a feliz expressão de TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 58-59), isto é, ser o autor pessoa física, jurídica, ou ente despersonalizado, mas que pode ser parte em juízo, conforme o art. 12 do CPC.

constituição do processo. É o caso, por exemplo, de determinado órgão da sociedade ingressar com demanda (por exemplo, o conselho de administração de uma sociedade anônima). O processo existiu juridicamente, mas a pessoa jurídica em nome de quem a demanda foi intentada não sofre os efeitos dessa sentença, tão somente aquele que se arvorou no direito de estar em juízo mesmo sem ostentar personalidade judiciária. Mas sem dúvida o processo existiu. Inclui-se a taxa judiciária paga para aforamento da demanda não poderia ser repetida, pois o serviço judiciário foi prestado e consistiu no reconhecimento de que a demanda não reunia condição de ser julgada pelo mérito.

De outro lado, se o autor apresentar-se em juízo sem ostentar *capacidade processual* (por exemplo, incapaz sem representação ou assistência, conforme o caso, de seus pais, tutor ou curador, como reza o art. 8º do CPC, ou a sociedade que não está representada por seu administrador, ou a massa falida que não está representada pelo síndico), o juiz deve dar oportunidade para correção do vício e, não sendo atendida sua determinação, extinguirá o feito também *ex art. 267, IV, do CPC* (ocorrerá a *inadmissibilidade da demanda*).

Emerge ainda a *capacidade postulatória* como pressuposto processual, de modo que a sua falta (importando em defeito na representação processual, como na prática do foro se costuma dizer) implica *extinção do processo sem exame de mérito*,¹²⁵ vale dizer, *inadmissibilidade* da demanda.

Saindo-se da seara dos pressupostos subjetivos, e entrando na dos impedimentos processuais (ou pressupostos objetivos extrínsecos), também a existência de *litispêndência*, *coisa julgada*, *perempção* e *convenção de arbitragem* são todos eles pressupostos que concernem à demanda, cuja ausência acarreta a sua *inadmissibilidade* (extinção sem apreciação do mérito, a teor do art. 267, V e VIII, do CPC).¹²⁶ Trata-se, então, de pressupostos negativos.¹²⁷

O mesmo se diga com relação a pressupostos objetivos, como a existência de pedido, de causa de pedir e da correlação lógica de ambos, como condições necessárias para constituição regular do processo, porquanto relativos a vícios de fundo da demanda.¹²⁸ Instado o autor a corrigir sua petição inicial, e não o fazendo, o

¹²⁵ Já nos manifestamos em estudo anterior (*Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*, p. 19) que é totalmente equívoca a redação do art. 13, I, do CPC, com amparo na doutrina de NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY e vários julgados.

¹²⁶ Releva abrir parênteses para chamar a atenção para o fato de que esses impedimentos processuais são, realmente, vícios de fundo, e não de forma, pois tocam diretamente ao litígio *sub iudice* (sobre a necessidade de analisar os pressupostos processuais à luz da relação material que constitui o mérito do processo, BEDAQUE, *Direito e processo*, p. 87-88).

¹²⁷ Aqui se incluem, ainda, conforme leciona DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 135), a morte da parte em ação que verse direito personalíssimo e a confusão de direitos e obrigações entre autor e réu.

¹²⁸ Cf. TESHEINER (*Pressupostos processuais...*, cit., p. 87-89).

processo será extinto sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, I, combinado com o art. 295, I e parágrafo único, I e II, do CPC.

Em suma, verificada a ausência de pressuposto processual concernente à demanda, o juiz não pronunciará *nullidade* alguma, seja de que ato for: simplesmente extinguirá o feito sem apreciação do mérito (eventualmente, conforme o caso, dando prévia oportunidade para a parte sanar o defeito). Essa constatação realça mais uma vez a diferença entre a *inadmissibilidade* dos atos da parte e a *invalidade* dos atos do juiz já por nós tratada.¹²⁹

Todas essas considerações demonstram que a expressão *pressupostos processuais* é absolutamente equívoca e, a rigor, amplíssima, abarcando uma série de situações que pouca congruência guardam entre si, e com consequências jurídicas bem diversas.¹³⁰

7.4.2 Pressupostos processuais dos atos individualmente considerados

Os exemplos de pressupostos processuais dados no item anterior – que são recorrentes na doutrina, aliás – têm como centro a *demanda*, e, dessarte, uma vez reconhecida a sua falta e não tendo sido ela suprida (quando isso for possível), ocorre a extinção do feito sem apreciação de mérito. Isso é evidente no terreno dos *impedimentos processuais* (litispêndência, coisa julgada, perempção, convenção arbitral): o reconhecimento de que o processo não encontra nenhum desses obstáculos permite que ele possa prosseguir; a ocorrência de qualquer desses impedimentos importa em imediata extinção do processo. Isso é evidente também quando se fala dos pressupostos atinentes à pessoa do autor (personalidade judiciária, capacidade processual etc.).

¹²⁹ Sem ter essas constatações em mente, FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 129) atentou apenas para *parte* do problema, isto é, afirmou que, se a parte não se desincumbe do ônus de preencher determinado pressuposto processual faltante, se opera sempre a extinção do processo sem exame do mérito: "Necessário será também distinguir os pressupostos dilatórios, que apenas impedem o imediato julgamento de mérito, quando inexistentes, daqueles que levam, desde logo, à extinção do processo, se desatendidos ou violados. Se ausentes os da primeira espécie, haverá dilação procedimental para que se regularize a relação processual, enquanto que o desatendimento do segundo grupo leva ao encerramento do processo, por inadmissível a tutela jurisdicional. Há analogia, assim, nessa discriminação, com aquela relativa às defesas dilatórias e às defesas peremptórias, cumprindo esclarecer, no entanto, que, desatendido ambas as providências ordenadas para suprir a falta de pressuposto dilatório, o juiz declarará encerrado o processo sem julgamento de mérito". Ignorou o estudioso que o juiz pode ordenar de ofício a correção de determinados pressupostos processuais que estejam ausentes, sem concurso da parte (v.g., pode reconhecer de ofício sua incompetência absoluta ou impedimento).

¹³⁰ Como ensina FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 127), o conceito de *pressupostos processuais* abarca o de "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" constante do art. 267, IV, do CPC, mas não se restringe a ele, incluindo "todos os pressupostos de validade e eficácia da relação processual previstos no próprio artigo 267".

No entanto, para cada ato processual em si considerado devem concorrer seus respectivos pressupostos processuais, que não se confundem com os da demanda (ato inicial do processo). Ou seja, os demais atos praticados no processo, tanto pelo autor como pelo réu, devem preencher os seus pressupostos processuais específicos, independentemente daqueles cuja falta pode importar em extinção do processo sem análise de mérito.

A propósito, CASSIO SCARPINELLA BUENO pontua com precisão que "a cada novo 'direito', 'dever', 'obrigação' e demais posições de vantagem a serem assumidas, a regularidade da 'ação' e do 'processo' deve ser aferida. Não só a 'jurisdição' tem de ser gradativamente provocada, mas também o modo de atuação do Estado-juiz tem de ser, o tempo todo, válido e regular".¹³¹

Essa afirmação pode ser mais facilmente confirmada se enfocarmos a *defesa* e os pressupostos processuais subjetivos que o réu deve preencher. A falta de representação de pessoa jurídica ou ente arrolado no art. 12 do CPC que figure como ré em um processo, se não sanada após determinação do juiz, implica revelia. O réu incapaz deve ser citado pessoalmente e na pessoa de seu pai, tutor ou curador e, se não ingressar no feito assim representado ou assistido, a contestação será inadmissível e terá surgido a preclusão do direito a apresentar defesa (isso não significa, contudo, que tenha ocorrido a revelia,¹³² já que o art. 320, II, do CPC exclui os seus efeitos para os incapazes,¹³³ sem falar na obrigatoria assistência do Ministério Público, conforme art. 82, I, do CPC). Finalmente, se o réu apresenta contestação de próprio punho, ou mediante advogado sem procuração nos autos, e o defeito não for corrigido, ocorrem, do mesmo modo, a *inadmissibilidade* da defesa e, por conseguinte, o efeito a ela associado, que é a *revelia*.

A regularidade da maioria desses pressupostos subjetivos (como a *personalidade judiciária* e a *capacidade processual*) só se prova e se reconhece uma vez, logo que a parte ingressa na relação jurídica processual, e a sua regularidade é geralmente imutável ao longo do processo (a menos que, por razões de ordem física ou psíquica, a parte perca a capacidade, o que é situação claramente excepcional).

Já a regularidade da *capacidade postulatória* não é reconhecida uma única vez, como os demais pressupostos subjetivos. Em realidade, o processo – como série encadeada de atos em contraditório – só terá desenvolvimento regular se *cada ato em si considerado for praticado por parte devidamente representada por advogado*, exceto em casos excepcionais taxativamente previstos na lei.

Assim, não importa que a parte tenha sido representada por advogado regularmente constituído ao propor a demanda, pois, ao interpor recurso, também o

¹³¹ *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 349-350.

¹³² Apesar de haver preclusão, a revelia e seus efeitos (como fenômenos associados à preclusão) não se verificam. Sobre essa distinção entre *preclusão* e *efeitos associados*, confira-se o item 7.6, *infra*.

¹³³ Segundo interpreta CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 444).

deverá ser. Exatamente nesses casos é que surgem dúvidas sobre a sanabilidade de vícios em face do princípio da *preclusão consumativa*. É disso que trata o item seguinte.

7.4.3 Emenda de atos processuais pelo suprimento de pressupostos processuais faltantes

Dentre os pressupostos processuais que devem concorrer para que a prática de determinado ato seja eficaz, há aqueles cuja falta pode ser suprida, por exemplo, a incapacidade jurídica do litigante (com o comparecimento do seu responsável) ou incapacidade postulatória (com a outorga de poderes a advogado legalmente habilitado para a prática de determinado ato), e outros que não.

Naturalmente surgem dúvidas, então, em saber se é possível (e em que medida) o saneamento de atos processuais que originalmente haviam sido praticados à falta de *pressupostos processuais*.

Para enfrentarmos essa questão, é recomendável servirmo-nos de um exemplo (típico), para, depois, tirarmos da análise regra geral que poderia se aplicar à generalidade de casos similares.

Pode-se pensar na interposição de recurso subscrito por advogado que não tem poderes outorgados pelo recorrente. Trata-se de caso típico de ato processual praticado sem o concurso de um dos pressupostos processuais, porquanto existe *defeito de representação*.

Note-se que a menção a recursos não é por acaso: está-se pensando em atos praticados depois da fase de saneamento do processo (que, por definição, é precedida de providências necessárias à verificação da regularidade formal do processo e da existência das condições da ação e pressupostos processuais).

E nos parece claro que a questão pode ser entabulada nos mesmos moldes em que posta a análise de emenda de atos irregulares quanto à *forma em sentido estrito* (item 7.3.1, *supra*).

A emenda do recurso dentro do prazo que a lei a ele destinou é perfeitamente aceitável, pois a ausência de poderes pelo advogado que subscreveu as razões para postular em nome do recorrente torna o ato *inadmissível* e não pode provocar a *consumação* do direito de a parte recorrer, podendo-se aperfeiçoar e tornar-se eficaz com a *apresentação do respectivo instrumento de procuração ou de substabelecimento de poderes*. Até aqui, não há, portanto, maiores novidades.

A questão, porém, não é tão simples se a emenda apresentar-se *intempestiva*. Numa primeira vista, qualquer emenda posterior ao escoamento do prazo para o qual o ato foi destinado é inviável, seja ele qual for, *exceto, contudo, quando houver norma permissiva* (exemplos de normas que permitem emenda a atos já praticados

são os arts. 284, 511, § 2º, do CPC, respectivamente aplicáveis à petição inicial defeituosa e à apelação com preparo insuficiente, conforme vimos acima).

Contudo, o art. 13 do CPC permite que a incapacidade da parte e defeito de sua representação processual possam ser sanados, mediante sua intimação e assinação de prazo “razoável” pelo juiz.

Esse dispositivo, em tese, poderia se aplicar a qualquer momento do processo, mesmo depois da sentença, já que a verificação acerca da existência dos pressupostos processuais é matéria cognoscível de ofício a *qualquer tempo* (art. 267, § 3º, do CPC) e não há norma que imponha sua aplicação apenas em primeira instância, antes da sentença.¹³⁴ Desse modo, soa realmente razoável que o recorrente, nessa hipótese, seja intimado para sanar o vício na prática daquele ato em específico.

A iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, limita a sanabilidade de tal vício nas *instâncias ordinárias*,¹³⁵ vedando-a em sede de recurso especial. O entendimento acabou consagrado pela Súmula 115 daquela corte (“na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”).¹³⁶

De início, e na mesma linha do que já dissemos acima, repugna a idéia de se cuidar, na espécie, de caso de *inexistência*, sendo a única explicação aceitável a de tratar-se de *ineficácia* (ou *inadmissibilidade*).¹³⁷

Mas, independentemente dessa discussão, é de se ver que a exclusão da sanabilidade apenas na instância especial não tem base legal ou razão de ser. Pois, se o ato processual praticado por advogado sem poderes fosse *inexistente*, não haveria razão para se diferenciar, de um lado, a apelação eivada de tal vício e, de outro, o recurso especial que apresentasse o mesmo defeito. Inexistência é inexistência na instância ordinária ou na instância especial, tanto faz.

Também não convence o argumento – ventilado por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO em recente parecer já referido¹³⁸ – de que no recurso especial preponderaria o interesse público em detrimento do da parte e que isso justificaria um controle formal mais rigoroso.

¹³⁴ Nesse sentido, confirmam-se *RJT* 90/556 e 95/1349, *RT* 520/271. Em sentido oposto, entendendo inadmissível a aplicação do art. 13 em sede recursal, *RJT* 151/1005, *JTJ* 165/103, *RT* 797/291.

¹³⁵ Sobre tudo no ato de interposição de apelação: *RSTJ* 68/384, 79/279, 137/519, 137/626, 163/207.

¹³⁶ O entendimento também tem eco no Supremo Tribunal Federal, quando se trata de recurso extraordinário (*RTJ* 158/322).

¹³⁷ Discordamos, igualmente e pelas razões já tão longamente lembradas, que não se trata de *inutilidade*, nem mesmo relativa, como entendeu ATHOS CARNEIRO (Ação rescisória..., cit., p. 59).

¹³⁸ Ação rescisória..., cit., p. 60.

Isso porque não se pode afastar inteiramente o interesse da parte na espécie, tampouco se pode *selecionar* que normas processuais podem ou não ser aplicadas na via especial (sob pena de se vulnerar a garantia ao devido processo legal). O interesse público é *mais evidente* em sede de recursos especial ou extraordinário, mas não *único*.¹³⁹

Em suma, entendemos que a emenda a atos praticados à falta de pressupostos processuais pode, assim, ocorrer dentro das condições aqui estudadas, segundo o raciocínio que desenvolvemos acima, inclusive se o processo estiver em instância especial, não existindo os óbices que a jurisprudência majoritária e alguns doutrinadores insistem em levantar.

7.4.4 Fatos impeditivos e extintivos

Essa perspectiva de análise – *pressupostos processuais de cada ato processual em si considerado, independentemente daqueles que devem informar a proposição da demanda e a apresentação da defesa* – não se resume aos pressupostos subjetivos.

Com efeito, assim como a demanda deve ostentar, como pressuposto processual, a ausência de *fatos impeditivos* (como a *convenção de arbitragem*) ou *extintivos* (*litispendência, coisa julgada e perempção*), também cada ato processual deve ser praticado sem que haja quaisquer obstáculos.

Entretanto, como tais fatos impeditivos e extintivos da demanda não se aplicam, em absoluto, aos demais atos processuais posteriores, individualmente considerados, o que resta para estes últimos são justamente as duas outras clássicas modalidades de *preclusão: lógica e consumativa*. A rigor, ambas são – de acordo com a doutrina tradicional e com o conceito de preclusão que daí deriva – *extintivas* (uma vez ocorridas, provocam a extinção do direito da parte respectivo). Ou seja: também cada ato processual deve ser praticado sem que antes tenha se verificado qualquer fato extintivo.¹⁴⁰

7.4.4.1 Preclusão lógica

Um fato que implica impossibilidade de prática de atos processuais é precisamente a *preclusão lógica*, que pode ser caracterizada como *fato extintivo* de direitos processuais.

¹³⁹ Fosse assim, nosso sistema haveria de admitir, como o CPC italiano, o *recurso no interesse da lei*.

¹⁴⁰ Não poderíamos incluir aqui a *preclusão temporal*, pois, apesar de fato extintivo, não se liga ele a vícios de *fundo*. Assim, perfilhamos o entendimento da maioria doutrina, que inclui o tempo na esfera da *forma* em sentido amplo.

A *preclusão lógica* se dá quando a parte perde a possibilidade de praticar determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível, ou seja, se a parte praticar ato logicamente incompatível com outro anteriormente já exercitado, o segundo será *inadequado*, não quanto à sua *forma*, mas sim quanto a um de seus *pressupostos processuais objetivos* (ausência de fatos extintivos).

Os exemplos que se colhem no Código de Processo Civil são os do art. 117, *caput* (“Não pode suscitar conflito de competência a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência”), e o art. 503, do CPC (“A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita e prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”).^{141,142}

Esses seriam atos logicamente incompatíveis por disposição legal, mas há que se alvirar, também, a preclusão lógica independentemente de previsão legal.¹⁴³

E, de fato, a prática forense também indica outros casos em que a incompatibilidade lógica entre dois atos exclui o que tenha vindo depois pela via da preclusão.

Comumente se diz que “a confissão judicial normal produz preclusão, vedando à parte confidente fazer declarações em sentido contrário”.¹⁴⁴ É comum ouvir também que, em uma ação de despejo por falta de pagamento, implementa-se

¹⁴¹ Exemplo lembrado por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY (Código de Processo Civil comentado, cit., p. 465).

¹⁴² Convém atentar para o fato de que não se confunde a preclusão lógica com a falta de interesse processual da parte na prática de determinado ato, como afirmou GIAN ANTONIO MICHELI (Curso de direito processual civil, v. 2, p. 244) no sentido de que, se o litigante manifesta, de alguma forma, aquiescência a uma decisão, *perderia o interesse* em dela recorrer. Parece-nos, contudo, que, para que haja interesse recursal, é imprescindível que: a) mostre-se a parte como *sucumbente*, isto é, que a decisão recorrida lhe cause *gravame* ou *prejuízo*; e b) que o recurso seja o meio *necessário* e *adequado* para repará-lo (no sentido de que, como afirma NERY JR., o litigante não possa “obter a vantagem sem a interposição do recurso”, *Princípios fundamentais*, cit., p. 261). No mesmo sentido, leciona BARBOSA MOREIRA, para quem o interesse de recorrer “resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (Comentários..., cit., v. 5, p. 495). Ora, ainda que o litigante venha a manifestar, de alguma forma, aquiescência à decisão, ainda assim pode haver interesse recursal (representado pela conjugação dos fatores *sucumbência-necessidade*), mas, inobstante, o sistema exclui do mundo jurídico o direito à interposição do recurso pelo fenômeno da preclusão lógica.

¹⁴³ VALJUNES GARCIA (Da preclusão..., cit., p. 250 ss) diferencia a “conduta legalmente incompatível” da mera “conduta logicamente incompatível”.

¹⁴⁴ ANTONIO ALVES BARBOSA (Da preclusão processual civil, p. 94). No mesmo sentido vem JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 53).

a preclusão lógica do direito de o réu-locatário contestar, se purgou a mora.¹⁴⁵ Aliás, os processos envolvendo locações prediais são terreno fértil para casos de *preclusão lógica*.¹⁴⁶

A verificação da ocorrência de preclusão lógica dificilmente pode ser feita em abstrato. A preclusão lógica não está adstrita a casos taxativos, impede em termos gerais que a parte adote, *a posteriori*, posicionamento logicamente diverso de outro anteriormente adotado. Por isso mesmo, inviável qualquer tentativa de enumerar hipóteses do fenômeno, cabendo apenas – e essa foi nossa intenção – apresentar alguns exemplos.¹⁴⁷

O fundamento dessa modalidade de preclusão vem bem sintetizada por GIOVANNI VERDE:¹⁴⁸ “todas as vezes em que um sujeito processual tem o ônus de cumprir mais de um ato, dentro de um arco de tempo determinado ou no âmbito de uma seqüência disciplinada unitariamente, o legislador se preocupa que esses comportamentos sejam coerentes entre si. Conseqüentemente, quando falta coerência, ou, mais precisamente, quando entre dois ou mais atos da série há incompatibilidade, o ato sucessivo não pode ser cumprido, e, tendo sido realizado, não pode ser levado em conta”. Parece claro, então, que a preclusão lógica também vem inspirada pelo princípio da *boa-fé*¹⁴⁹ e pela idéia de que o processo deve se desenvolver de modo harmônico.

Ressalve-se apenas que, tanto na inicial como na contestação, a preclusão lógica não se aplica, em face do *ônus* que, respectivamente, autor e réu têm em concentrar ataque e defesa, informados pelo *princípio da eventualidade*. A natural consequência da aplicação desta regra é que a demanda e a defesa possam apresentar argumentos (e requerimentos) contraditórios entre si. Mas todos eles são coordenados sob uma linha de *subsidiariedade*, de modo que não se nega o princípio da preclusão lógica. O mesmo se aplicará aos recursos.

¹⁴⁵ Na doutrina, JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 58) e MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (A *preclusão*..., cit., p. 34). Na jurisprudência, JTACSP 60/209.

¹⁴⁶ “A entrega das chaves do imóvel pelo locatário, após o oferecimento da apelação, caracteriza a preclusão lógica, pela incompatibilidade de procedimentos” (JTA-Lex 161/53). No mesmo sentido, RT 756/302.

¹⁴⁷ Aos exemplos dados pode-se acrescentar entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que “opondo-se o autor ao ingresso de outrem nos autos, no pólo passivo, não pode, em sede de embargos declaratórios a acórdão e, posteriormente, de recurso especial, pretender o contrário. Caso de preclusão lógica” (3ª T., REsp 20001-SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 17.11.1992). Na jurisprudência do extinto 2º TAC/SP, colhe-se acórdão que entendeu ser inadmissível à parte que concorreu com o julgamento antecipado da lide apelar alegando cerceamento de defesa por não ter se produzido prova em audiência (JTA-Lex 151/536).

¹⁴⁸ *Perfil do processo civil*, p. 273, em tradução livre.

¹⁴⁹ Esta idéia é muito bem defendida por MONIZ DE ARAÇÃO (Comentários..., cit., v. 2, p. 292).

Por derradeiro, não é demais observar que a preclusão lógica é *comissiva*, e não *omissiva* como a preclusão temporal. Nessa modalidade, a preclusão não é derivada da *inércia*, mas sim da efetiva prática de um ato antecedente e logicamente conflitante com o subsequente.¹⁵⁰ Com essa simples ressalva, parece-nos fácil dissipar enganos comumente cometidos de confundir a preclusão lógica com a temporal.¹⁵¹

7.4.4.2 Preclusão consumativa

Diz-se também que a *preclusão consumativa*, a exemplo da lógica, representaria *fato extintivo* de direitos processuais cabentes às partes. Daí por que ambas vem tratadas no tópico reservado aos pressupostos processuais.

Alguns autores¹⁵² enxergariam no art. 158 do CPC a matriz normativa desse fenômeno (“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”).

Ademais, um dos exemplos de aplicação desse fenômeno mais comumente invocado dessa modalidade de preclusão refere-se aos arts. 300 e 303 do CPC, que obrigam o réu a desfilir todos os meios de defesa na contestação, sob pena de não mais poder fazê-lo (consagram, pois, o princípio da concentração da defesa e seu correlato princípio da eventualidade).¹⁵³

¹⁵⁰ Também NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 275) já se pronunciou no sentido de que a aquiescência tácita, que dá causa ao advento da preclusão lógica, só pode se verificar quando há a efetiva prática de ato incompatível com outro subsequente.

¹⁵¹ Como exemplo dessa confusão, pode-se recordar que, anteriormente à reforma processual de 1994, que extinguiu a liquidação por cálculos do contador (art. 604 do CPC), eram comuns julgados afirmando que a ausência de impugnação dos cálculos pela parte inviabiliza a apelação contra a sentença que os homologou pela ocorrência da preclusão lógica (RSTJ 106/334, STJ-Lex 106/220; RTJ 81/993). A hipótese, contudo, é de *preclusão temporal*: a inércia da parte em impugnar os cálculos no momento oportuno provoca a *inadmissibilidade* da impugnação em momento posterior, e não propriamente incompatibilidade lógica entre a inércia e a posterior irrisignação, sendo irrelevante cogitar – como fazem os julgados referidos – se a inércia é reputada ou não como aceitação tácita dos cálculos. No mesmo sentido, é de refutar a ocorrência de preclusão lógica se o réu contesta sem opor exceção de incompetência ou suspeição (como alvitra CRISTINA FERREAZ, *Prazos no processo de conhecimento*, p. 70); pelas mesmas razões, parece-nos admissível apenas a hipótese de preclusão temporal.

¹⁵² MAURÍCIO GIANNICO, *A preclusão*..., cit., p. 117.

¹⁵³ Outro exemplo de aplicação da preclusão consumativa é dado por DINAMARCO (*Instituições*..., cit., v. 3, p. 300): “Só se dá o trânsito em julgado por preclusão consumativa, quando tiver sido julgado o último recurso cabível contra a última decisão possível no processo.” Ora, segundo o exposto nos itens precedentes, a preclusão consumativa ocorreria quando houvesse a prática do ato mais de uma vez. O que há na espécie, rigorosamente, é coisa julgada (formal apenas ou também material), subsequente ao esgotamento das vias recursais para impugnação da última decisão lançada no pro-

Voltando a enfrentar a questão sob o prisma da possibilidade de emenda de atos já praticados válida ou invalidamente, desde que dentro do prazo que a lei lhes destinou, não há como ver *preclusão consumativa*, pelos argumentos já expostos.

Nem mesmo o art. 158 do CPC afastaria essa conclusão, mormente porque esse dispositivo pretendia romper com o dogma, decorrente do art. 16 do CPC de 1939, no sentido de que todas as manifestações de vontade das partes precisariam ser homologadas pelo juiz.¹⁵⁴ Ademais, o dispositivo é extremamente criticável, pois afirma a desnecessidade de homologação para todos os atos (exceto a assistência da ação), mas no geral a maioria dos atos das partes que encerram manifestação de vontade depende de homologação, tais como a renúncia ao direito em que se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido e a transação, para ficar apenas com os exemplos dados por MORIZ DE ARAGÃO, que chegou a afirmar que a norma "deve ser recebida com um grão de sal".¹⁵⁵

Portanto, segundo nosso entendimento, apenas o decurso do prazo ou a prática de ato logicamente incompatível em momento anterior extingue o direito da parte em praticar o ato ou emendá-lo.

Caso o *exato mesmo ato* seja praticado duas vezes, o segundo sequer precisa receber a declaração de inadmissibilidade, pois, se nada acrescentar ao primeiro, *não traz a menor repercussão ao processo*. Não se cogitaria de sua admissibilidade ou inadmissibilidade, pois o ato não poderia produzir nenhum tipo de efeito diverso daquele que o primeiro ato já seria apto a produzir. A existência de um instituto para explicar esse fenômeno é absolutamente dispensável, com o devido respeito àqueles que entendem de modo diverso.

Em apoio a essa tese, pensemos em outro exemplo: quando a parte, insatisfeita com determinada decisão interlocutória, interpõe o recurso de agravo, provoca a retratação do juízo prolator da decisão agravada (art. 529 do CPC). Caso esse magistrado a mantenha, a parte não poderá dela recorrer *novamente*, não porque houve preclusão consumativa, e sim porque lhe falece *interesse recursal* (a pretensão impugnativa já foi veiculada, de sorte que a medida pleiteada no segundo agravo é desnecessária).

De outra banda, se o primeiro ato for formalmente inadequado, o segundo, apresentado dentro do prazo, suprimindo-lhe os defeitos, produzirá normal efeito, como se o primeiro jamais tivesse existido. Baseia-se essa idéia na concepção de que o ato formalmente inadequado equivale à completa omissão da parte.

cesso (essa derivada de uma preclusão temporal). Discordamos, pois, de DINAMARCO, para afirmar não ser esse caso de preclusão consumativa.

154 Assim entendeu PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, cit., t. 3, p. 83.

155 *Comentários...*, cit., p. 30-31.

Por fim, se o primeiro ato for regular, e um segundo for praticado de maneira *mais completa* que o primeiro (e desde que na forma, tempo e lugar corretos), nada impediria, pelas razões já expostas, que se reputasse esse segundo como emenda ou complemento do primeiro, não se verificando algo que a doutrina chama de *preclusão consumativa*.¹⁵⁶

Ora, em todos esses casos, o que extingue o direito da parte à prática do ato é o transcurso do prazo, e não a sua prática em momento anterior, de modo que não há que falar em *preclusão consumativa*.

Enfim, para que se admitisse a preclusão consumativa como modalidade do gênero preclusão seria necessário nela identificar – de modo igualmente claro, como ocorre quanto à preclusão temporal e lógica – a vocação de instituto destinado a impedir obstáculos à marcha do processo, ou de eliminar retrocessos. Se a lei destinou determinado período de tempo para a prática de um ato processual, não há que falar em retrocesso se a parte antecipa-se ao termo final e depois apresenta alguma emenda ou correção àquele mesmo ato. Não poderia se cogitar de retrocesso simplesmente porque a marcha processual estava previamente programada para aguardar o transcurso do prazo. Se o prazo tivesse sido integralmente utilizado, contramarcha alguma haveria.

Assim, também porque essa terceira modalidade de preclusão não se enquadra nas finalidades das demais é que encontramos elementos suficientes para negar a existência de tal conceito¹⁵⁷ e, por tudo isso, parece-nos que a doutrina e a jurisprudência que defendem a tal preclusão consumativa, aqui, apegaram-se

156 Nesse sentido, há dois julgados citados por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil...*, cit., p. 559, nota 9 ao art. 514), publicados na *RJT/ESP* 111/222 e *RT* 624/96, de que dois recursos de apelação interpostos em favor da mesma parte por advogados diferentes são um só. Note-se, contudo, que quando muito se poderia cogitar de uma *preclusão lógica* entre um recurso e outro, ou seja, se expressamente a parte recorrente aceitasse um capítulo da sentença e, depois, outro recurso (ou emenda ao primeiro) o impugnasse, por simples aplicação do art. 503 do CPC.

157 ENRIQUE VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 43 ss) igualmente defende que existiriam apenas as preclusões temporal e lógica, mas por outro fundamento. O autor entende que a noção de preclusão consumativa contraria duas idéias fulcrais que estão à base do instituto, quais sejam, a de que a preclusão está ligada a uma *tréncia* da parte e a de que, *etimologicamente*, preclusão deriva de "pre" (antes) e "cludere" (fechar), de maneira que a preclusão consumativa operaria um "fechamento de portas" posterior. Parece-nos, entretanto, que os argumentos revelam-se frágeis, seja porque a preclusão lógica (que o autor aceita como existente no sistema) não se baseia em uma inércia, mas sim numa conduta do agente em momento antecedente (como vimos no item 7.4.4.1, *supra*), seja porque em todos os casos de preclusão descritos pela doutrina tradicional (temporal lógica e consumativa) a extinção do direito processual se dá por fatos que ocorrem em momento anterior àquele no qual se cogitam os efeitos da preclusão (seja o decurso de tempo, seja a prática de ato incompatível, seja a prática válida ou inválida do ato em momento anterior).

a um verdadeiro *dogma*, como não raro ocorre, mas que não tem a menor razão de ser.¹⁵⁸

7.5 Considerações conclusivas sobre as três clássicas modalidades de preclusão dirigida à atividade das partes

Do exposto nos itens precedentes emergem algumas conclusões sobre as três modalidades de preclusão delineadas pela doutrina processual tradicional.

Sobre a preclusão temporal, trata-se ela de um dos aspectos que giram em torno das limitações de tempo a que se sujeitam as partes no processo. E vemos que esse fenômeno decorre da superação de prazos processuais, contados em dias ou horas (termos de data certa), ou fases processuais (termos de data incerta).

A preclusão lógica se insere na órbita da inadequação do ato processual quanto a seus pressupostos, pois o ato não será admitido se houver fato *extintivo*.

Por fim, e diante de toda a análise empreendida, sentimo-nos seguros em afirmar que *preclusão consumativa não existe*, pois a prática do ato não impede, em si, *processual* da parte em praticar determinado ato novamente, ou a *impossibilidade temporal* ou *lógica* de emendar ato já praticado, jamais a *consumação* do direito da parte pelo exercício do direito processual, *seja válida, seja invalidamente* (ou, por devoção ao rigor terminológico, *eficaz ou ineficazmente*).

7.6 Efeitos associados à preclusão

Estabelecido o que se pode entender por preclusão, pode-se, então, disso- ciá-la de outros fenômenos e efeitos processuais que estão fora do centro de sua conceituação.

De fato, o ordenamento processual prevê outros efeitos associados aos da *preclusão*, além daqueles da *perda do direito de praticar determinado ato no mesmo processo*, que é o que caracteriza o cerne do fenômeno. PONTES DE MIRANDA¹⁵⁹ já atentava para esse problema: "As consequências da omissão não se limitam: a) à

¹⁵⁸ DINAMARCO, em sua mais recente obra, alerta do perigo de se arraigarem demasiadamente na doutrina processual determinados dogmas, sob pena de se comprometerem os fins a que o processo se destina: "Nós, doutrinautores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito" (*Nova era do processo civil*, p. 11-12).

¹⁵⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 121.

preclusão, isto é, a que não mais se admita a prática do ato que seria proveitoso para a parte, e, g., contestar, impugnar, recorrer; e b) à condenação nas custas; ou c) à extinção do processo, à dispensa das provas, à convocação de substituto serventário, à multa e à pena ao perito, à pena de confissão."

pensemos na preclusão do direito à contestação – pela perda do prazo (preclusão temporal), por exemplo.

Nessa particular hipótese, há a perda do direito de contestar, mas o Código de Processo Civil prescreve outras consequências jurídicas, como a ocorrência da *revelia*, que importa na *presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor* (art. 319 do CPC). E se o réu não tinha advogado constituído nos autos, opera-se ainda outro efeito, qual seja, a flutância de prazos independentemente de intimação (art. 322, com redação dada pela Lei nº 11.280/2006).

Trata-se, aqui, de dois efeitos associados ao da preclusão (que, em si, é o que implica apenas a *perda* da faculdade de contestar). Para melhor visualizar a situação, basta ver que o incapaz, se perder o prazo para contestação, tem seu direito de praticar tal ato fulminado pela preclusão, mas nem por isso ocorre a revelia, em face da ressalva contida no inciso II do art. 320 do CPC. Acode-nos dizer que a preclusão do direito de contestar *induz* a revelia, exceto quando a lei exclui esses efeitos.

Também se pode dizer que a *perempção* é um efeito associado ao da preclusão e que ocorre no momento em que o autor, pela terceira vez consecutiva, deixa de adimplir o ônus de dar impulso ao processo no momento de promover a citação do réu (arts. 267, V e 268, parágrafo único, ambos do CPC). Serão, nesse caso, três consequências jurídicas além da própria perda da possibilidade de realizar o ato processual no mesmo processo (preclusão), o autor verá o processo se extinguir (com fundamento no art. 267, III, do CPC), e ainda perderá a possibilidade de repropor a ação (*perempção*).

O exato mesmo fenômeno – *efeito processual associado à preclusão* – ocorre (ou melhor, pode ocorrer) com a *coisa julgada* (tanto formal quanto material). Escudo o prazo para recurso de apelação, a parte não poderá mais praticar este ato processual, e concomitantemente, *no mais das vezes*, surge a coisa julgada. Sobre isso voltaremos a tratar adiante.¹⁶⁰ Pode-se pensar, também, na omissão de a parte, depois de intimada, depor pessoalmente em juízo, o que acarreta a pena de confissão.¹⁶¹

Trata-se, todos esses, de efeitos que não se confundem com a preclusão (quanto fenômeno que extingue o direito da parte de praticar determinado ato), mas vêm a ela associados numa relação de causa e efeito. A distinção mostra-se

¹⁶⁰ Capítulo 9, *infra*.

¹⁶¹ O exemplo também se aplica no direito alemão (cf. SCHÖNKE, *Direito processual civil*, p. 170).

relevante, sempre tendo-se em vista o rigor técnico e terminológico que nos propusemos a abraçar.¹⁶²

7.7 Preclusão e inadmissibilidade

À vista dos conceitos traçados nos itens anteriores, podemos finalmente estabelecer uma relação entre preclusão e inadmissibilidade.

Como já vimos, o processo é meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista,¹⁶³ de modo que, se o ato praticado pela parte desatender ao modelo legal, será ele *ineficaz* (ou seja, a inadequação do ato gera sua *inadmissibilidade*).

O assunto, em linhas gerais, foi por nós analisado no texto *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades*: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil,¹⁶⁴ no qual chegamos à conclusão de que a inadequação do ato praticado pela parte importa em *inadmissibilidade* (ineficácia para produzir os efeitos desejados pelo litigante, o que possibilita que o processo siga seu rumo como se o ato não tivesse existido), ao passo que a imperfeição do ato processual praticado pelo juiz ou seus auxiliares viola diretamente o princípio da *legalidade* que deve pautar os atos estatais, e que no processo se traduz na garantia do *devido processo legal*, gerando uma *nullidade* (e outro ato, desta vez re-

¹⁶² ROBERTO POLI (Sulla sanabilità..., cit., p. 472, nota 53, e p. 478-479) prefere dizer que a preclusão poderia ser classificada em diversos tipos, de acordo com a extensão de seus efeitos. Em alguns casos, em razão do escopo do ato processual da parte, a sua omissão em praticá-lo importa em consequências mais severas que em outras situações.

¹⁶³ LIEBMAN (Lezioni..., cit., v. 1, p. 19).

¹⁶⁴ Inédito.

gular, deveria ser praticado para substituir aquele inválido).¹⁶⁵ São também nesse sentido as lições de DINAMARCO^{166,167} e NELSON NERY JR.¹⁶⁸

Desse modo, afastamos inteiramente a idéia de *nullidade* da órbita da *preclusão de atos processuais*,¹⁶⁹ pois, quando o ato da parte é praticado depois de ter se operado a preclusão do direito respectivo, ocorre sua inadmissibilidade e não *nullidade*.¹⁷⁰ O ato não será *nulo* também porque não há necessidade que outro,

¹⁶⁵ "O juiz, no desempenho de seus poderes-deveres, há que respeitar as garantias constitucionais asseguradas a cada cidadão de um Estado de Direito; atende, pois, a interesse público. O não atendimento ao modelo prescrito na lei é repudiado pelo sistema, que reputa o ato irregular ou defeituoso inválido, e determina seja ele excluído do mundo jurídico, mediante sua declaração de *nullidade* (respeitados, evidentemente, os parâmetros já analisados - convalidação, aproveitamento, finalidade, prejuízo etc.). [...] A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no plano da eficácia. Diferentemente sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei se situa no plano da validade" (p. 19).

¹⁶⁶ Na obra *Litiscônscio* (p. 252), o autor já atenta para esse detalhe, para, com apoio na lição de CALMON DE PASSOS, dizer que o defeito do ato da parte (no caso, a propositura da demanda à falta de condições da ação) implica inadmissibilidade, que não se confunde com a nulidade: "Não é nulo o processo em que faleça ao autor uma das condições da ação (especialmente o interesse de agir ou a legitimidade); o que sucede é que a apreciação do pedido do autor, em sua procedência ou improcedência, se faz inviável, ficando o juiz desobrigado de 'prestar tutela jurisdicional'. Quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, em caso de carência de ação (CPC, art. 267, IV), isso se dá não porque inválidos os seus atos ou inválido o procedimento como um todo, mas porque inadmissível o resultado proposto."

¹⁶⁷ Nas *Instituições* (cit., v. 2, p. 611-612), de modo mais amplo, está assentada a idéia de que os atos judiciais defeituosos podem ser declarados *nulos* (a análise se passa no plano da *validade*), ao passo que o exame dos atos da parte, quando viciados, se situa no plano da *eficácia* apenas, sem se cogitar de sua validade ou não.

¹⁶⁸ "Há ainda quem afirme poder o recorrente completar o seu recurso, oferecendo as razões posteriormente à interposição, desde que o faça antes que o prazo se tenha escoado. Esse entendimento, *data maxima venia*, não encontra amparo no art. 514, II, do CPC [...]. O principal argumento da corrente que pensa ser dispensável a apresentação de razões de recurso respeita a não ocorrência de nulidade. Diz que a simples ausência de razões não acarreta nulidade, posto que a lei não previu tal hipótese como causa de nulificação. Não se trata de nulidade, mas sim de inobservância de forma prescrita em lei para interposição do recurso, o que acarreta inadmissibilidade, e não conhecimento do recurso. [...] Nada têm a ver essas hipóteses com nulidade" (*Princípios fundamentais*, cit., p. 313-314).

¹⁶⁹ Diferentemente entendeu MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão...*, cit., p. 60), para quem o desatendimento do ato ao tempo em que deveria ser praticado gera preclusão, ao passo que a inadequação do ato à forma geraria *nullidade*. Na doutrina italiana, é comum falar que o ato praticado depois de ter se operado a preclusão é *nulo* (v. g. SARACINI, *Il termine...*, cit., p. 176-177, e TESORI, *Contributo...*, cit., p. 86).

¹⁷⁰ REMO PANNAIN (*Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 465 ss) observa que vários atos processuais, quando evitados de irregularidade, deixam de ser recebidos (*inadmissibilidade*), mas nem por isso podem se considerar nulos; apenas a lei impede-os de adquirir a eficácia a que o agente que

regular, se produza em seu lugar (como sucede com os atos do juiz e seus auxiliares); simplesmente a lei impede aquele ato de provocar os efeitos que a parte almejava quando o praticou (a lei reputa-o ineficaz apenas, não inválido).¹⁷¹

Pois bem. O ato praticado *intempestivamente* é formalmente inadequado (no aspecto temporal) e se dá quando o direito que a parte tinha de fazê-lo já havia sido fulminado *ipso facto* pela preclusão, ou seja, o transcurso do tempo gera a preclusão que, por sua vez, provoca a inadmissibilidade do ato praticado a des-
tempo.¹⁷²

De outra banda, o ato praticado após outro incompatível já ter sido realizado (preclusão lógica) importa em *inadmissibilidade* do segundo em razão da existência de fato extintivo.

O primeiro ato seria, segundo classificação adotada por DINAMARCO, *causativo*, cuja ocorrência é suficiente para produzir os resultados programados pela parte, independentemente do curso do juiz que, ao contrário, se limita a reconhecer o seu advento (difere do ato indutivo que, para produzir efeitos, depende de confirmação ou curso da autoridade judicial).¹⁷³

É exatamente o que ocorre com respeito ao clássico exemplo de preclusão lógica encontrado no art. 503 do CPC. Um dos pressupostos de admissibilidade dos recursos é a “inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer”,¹⁷⁴ que, o praticou aspirava. E acrescenta que a inadmissibilidade pode decorrer justamente do advento de uma *preclusão* (muito embora conserve contornos próprios).

171. Nem mesmo se pode cogitar da nulidade do ato da parte por contaminação. Pense-se que uma das partes interpõe apelação, pleiteando a declaração de nulidade de determinada sentença, e a parte adversa apresenta recurso adesivo, pleiteando a majoração da verba honorária a favor de seu advogado. Se o recurso principal for acolhido, declarando-se nula a sentença, a apelação adesiva não se contamina pela nulidade, mas sim fica *prejudicada* (como se costuma falar nos tribunais) ou, tecnicamente, *inadmissível por falta de interesse processual superveniente*. A nulidade derivada, prevista no art. 248 do CPC, aplica-se apenas aos atos do juiz e de seus auxiliares.

172. Se o ato jamais for praticado, não há que falar em ineficácia ou inadmissibilidade: a omissão da parte foi, nesse caso, absoluta. Se o ato foi praticado de forma diferente da prevista na lei ou em desacordo com os pressupostos processuais exigidos, se houver tempo, poderá ser emendado; se não for emendado, a situação equipara-se à omissão, e o juiz tem o poder-dever de declarar a ineficácia do ato (não porque tenha havido *consumação* do direito à prática do ato, mas sim, segundo entendemos, por que não houve emenda que regularizasse o ato oportunamente, equiparando-se a situação à completa omissão do litigante). A necessidade de que o juiz declare a ineficácia daquele ato viciado — mesmo que, por ser ineficaz (inadmissível), não produza efeito — decorre da mesma razão pela qual se impõe que o juiz que declare, por exemplo, que determinado negócio jurídico é nulo, isto é, a segurança jurídica. Em ambos os casos, a lei diz que aqueles atos não produzem efeitos (guardadas as diferenças entre uma e outra situação), mas, para que não haja incertezas entre os particulares, impõe-se a afirmação judicial acerca da existência daquele vício.

173. *Instituições...*, cit., v. 2, p. 488.

174. Cf., dentre outros, NERY JR. (*Princípios fundamentais*, cit., p. 349).

rigorosamente, “enquadra-se o caso na figura da preclusão lógica, que consiste na perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício”.¹⁷⁵

Aqui, a preclusão ao segundo ato processual se produziu no momento em que o primeiro ato foi praticado. *Novamente aqui se vê uma relação de causa (preclusão) e efeito (inadmissibilidade)*.

Assim, podemos finalmente afastar a idéia, razoavelmente difundida,¹⁷⁶ de que haveria uma quarta hipótese de preclusão: a derivada da *inadmissibilidade* do ato processual, já que a *inadmissibilidade* é efeito da preclusão, seja em que modalidade for.¹⁷⁷

Uma última observação que nos compete fazer refere-se à postura do juiz diante da ocorrência da preclusão. Como bem apontou RICCO, no trecho de sua obra referida no item introdutório deste capítulo, o juiz tem o (poder-)dever de reconhecer a preclusão e, desarte, pronunciar a inadmissibilidade do ato praticado pela parte.

Se o juiz *deixa* de pronunciar a *inadmissibilidade* de determinado ato praticado pela parte quando, por lei, deveria fazê-lo, a partir daí o processo passa a ser nulo. Mas a *nulidade* deriva não do ato da parte, mas sim do ato (*omissivo* ou *comissivo*) do juiz que deixou de pronunciar a inadmissibilidade.¹⁷⁸ Confirma-se, então, a idéia de que a nulidade deve ser afastada dos atos praticados pelas partes.¹⁷⁹

175. Cf. EARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 118).

176. Como defendida por, e.g., ANDRIOLI (*Preclusione (diritto processuale civile)*, cit., p. 569) e GUARNIERI (*Preclusione (processuale penale)*, cit., p. 574).

177. Em linhas gerais entendeu da mesma forma TESORIERE (*Contributo...*, cit., p. 86).

178. Diferentemente entende TERESA ARAÚJA ALVIM WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 137-138). Apesar de a autora reconhecer a existência do instituto *inadmissibilidade*, entende deva ser ele estudado no mesmo universo das nulidades: “Remanesce, no entanto, a dúvida: ainda que ‘inadmissível’, uma vez praticado o ato, qual o seu regime jurídico? Da nulidade e ou da anulabilidade? Ou teriam os atos ‘inadmissíveis’ um regime próprio? Parece-nos que não. Talvez a melhor forma de se encontrar um regime jurídico para os atos inadmissíveis seja a de classificá-los segundo as categorias de inexistentes, nulos e anuláveis, conforme a natureza da regra que tenha sido infringida.” Pelas razões já exaustivamente expostas, não podemos concordar com tal afirmação.

179. Não se pode discutir, contudo, que tanto os atos do juiz como os da parte podem ser *juridicamente inexistentes* (como acolhe a doutrina absolutamente dominante, desde GALENO LACERDA, em *Despacho saneador*, esp. p. 72), assim como existe a *mera irregularidade* (que não contamina a eficácia e invalidade do ato, ou vício que atentasse para norma formal meramente útil, e não necessária, nas palavras de CARNELIUTI, repetidas por FREDERICO MARQUES, em suas *Instituições...*, cit., v. 2, p. 414) e mais recentemente por DALL’AGNOL JR. (Para um conceito de irregularidade processual, *Saneamento do processo — estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*, p. 83-108).

7.8 (A)tipicidade da preclusão de ônus processuais

Questão que se impõe, antes de prosseguirmos, é a seguinte: a *preclusão de ônus processuais* é tipificada na lei processual? Vale dizer: a lei diz que direitos processuais estão especificamente sujeitos à preclusão?

Na doutrina processual italiana é praticamente assente o entendimento de que a preclusão ocorreria em casos expressa e taxativamente previstos (sobretudo em sua modalidade temporal que, convenhamos, realmente desperta maior interesse em virtude de sua relevância).¹⁸⁰ A doutrina peninsular parte da idéia de que o art. 152, 2ª comma, do CPC italiano estabelece que os prazos são todos ordinatórios, exceto aqueles expressamente reputados pela lei como peremptórios.¹⁸¹ Restariam apenas as *preclusioni implicite*,¹⁸² decorrentes da superação de uma fase ou estado do processo,¹⁸³ mesmo que quanto a isso não haja consenso (veja vista que apenas a *Novella* de 1990 despertou os italianos para esse problema), e ainda que essa distinção só tenha razão de ser se desconsiderarmos a idéia de que há termos de data certa e outros de data incerta, e que os dois tipos encerram prazos processuais.

Mesmo em nossa doutrina pátria se encontram autores – como ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA – que se empenham em definir quais “casos” de preclusão viriam previstos no sistema processual.¹⁸⁴

Para enfrentar a questão posta, cumpre de início constatar que a preclusão de ônus processuais, diferentemente de outros institutos,¹⁸⁵ não está totalmente

¹⁸⁰ D'ONOFRIO, ferrenho crítico da doutrina chioviandiana, era um dos adeptos dessa corrente, e defendia que “este princípio não existe e não pode existir, e é apenas combinando as várias normas positivas e os vários institutos lógicos, que se pode estabelecer se em um determinado caso – e até que ponto – há preclusão” (Sul concetto..., cit., p. 433, em tradução livre). CHIOVENDA preferia falar em “preclusiones mais importantes admitidas em nosso direito processual”, listando suas hipóteses (*Principii...*, cit., p. 860-861, em tradução livre), e LIEBMAN trilhou o mesmo caminho ao fazer nota à tradução brasileira de suas *Instituições* (v. 3, p. 223-224). ANDRIOLI também se deu ao trabalho de enumerar longo rol de casos de preclusão no processo italiano (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 446).

¹⁸¹ Nesse sentido, especialmente PHOTO PISANI –CAPONI (*Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 181).

¹⁸² Como comumente diz a doutrina (e. g., CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 897).

¹⁸³ Nesse sentido, ainda, PHOTO PISANI –CAPONI (*Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 181).

¹⁸⁴ *Da preclusão processual civil*, p. 77 ss.

¹⁸⁵ Como muito se comentou à época da edição do Código de Processo Civil de 1973, o legislador acabou quebrando antiga tradição, definindo certos conceitos, como o de coisa julgada (art. 467 do CPC). É o que afirma expressamente o então Min. ALFREDO BUZAD na Exposição de Motivos do CPC (item, III, 8).

regulada em nosso Código,^{186,187} à exceção, como aponta FREDERICO MARQUES,¹⁸⁸ da *preclusão temporal* que está expressamente prevista no art. 183 do CPC. Justamente por isso, nesse mister, o tão recorrente paralelo entre o sistema processual brasileiro com o italiano mostra-se inviável, haja vista que lhes falta norma similar àquela insculpida no art. 183 do CPC pátrio, o qual também não traz nenhuma disposição como a do art. 152, 2ª comma, do CPC peninsular.

Diferentemente, a preclusão lógica, como vimos, apenas vem exemplificada nos arts. 117 e 503 do CPC. Nenhuma outra norma rege especificamente o fenômeno e, como vimos acima, os casos em que se aplica devem ser resultado de análise da situação concreta (seria uma *preclusão implícita*).

A interpretação do art. 183 do CPC, tomando-se em conta uma aceção mais ampla do termo *prazo*, conforme delineado no item 7.2.3 *supra*, conduz inafastavelmente à conclusão de que ao menos a preclusão temporal é atípica, pois aplica-se sempre que houver prazos. E prazos haverá sempre, fixados especificamente na lei, ou por aplicação subsidiária do art. 185 do CPC.¹⁸⁹

Mas, ainda que assim não fosse, a idéia que emerge de uma interpretação sistemática do ordenamento é a de que a *imensa maioria* dos atos processuais tem como pano de fundo a realização de um *ônus* da parte e, via de consequência, está sujeita à preclusão.

Essa afirmativa decorre da própria natureza do processo, e seu princípio informativo da celeridade,¹⁹⁰ que implica ser-lhe, de regra, infensa a idéia de que a prática de atos processuais seja indeterminadamente aguardada pela autoridade judicial, ou que se desconsiderem atos anteriores praticados pela parte e que sejam logicamente incompatíveis com outros direitos processuais posteriores.

Imperam, então, a necessidade de celeridade do processo e o caráter cogente das normas que disciplinam a ordem dos atos processuais, de tal sorte que endossamos, *in totum*, o emblemático ensinamento de COMOLIO: “pareceria ilógico supor que a lei, depois de ter previsto a seqüência pré-ordenada de atos, possa reputar facultativa e derogável a sua observância. Em tal perspectiva, a preclusão – ex-

¹⁸⁶ Como bem atentou DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 455-456).

¹⁸⁷ Aliás, nosso Código usa o vocábulo somente em duas passagens (art. 245 e 473). Também no processo italiano não existe definição legal do instituto e sequer o termo *preclusão* aparece no texto do CPC (cf. CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria...*, cit., p. 897). Encontra-se apenas de cadenza que, como muitos autores italianos insistem, não se confundiria com a preclusão.

¹⁸⁸ *Manual...*, cit., v. 2, p. 170.

¹⁸⁹ Semelhante interpretação vem apregoada por VALLINES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 149 ss), ou seja, que os prazos são todos preclusivos, exceto quando a lei disponha em contrário.

¹⁹⁰ Conforme leciona ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 284).

pública, ou mesmo implícita ou virtual, segundo alguns – outra coisa não é senão a consequência processual do inadimplemento de um ônus”.¹⁹¹

Seria imensamente difícil enumerar ou classificar quais seriam esses atos,¹⁹² mas é certo que a imensa maioria deles, como vimos no item 6.2.1 *supra*, está na categoria dos ônus processuais, de modo que, em nosso entender, a melhor maneira de entabular a solução para o problema proposto é concluir que só não estão sujeitos à preclusão os atos da parte expressamente excluídos por disposição legal, ou seja, aqueles que decorrem da prática de um dever processual (pois, como já tivemos chance de assinalar, a consequência do inadimplemento do dever enseja sanções e não preclusões) e finalmente aqueles que o interesse privado prepondera sobre o público. Sobre esses casos é que versa o item que segue.

7.9 Atos que não estão sujeitos à preclusão

Deixando de lado os atos relativos à postulação da demanda e da defesa, por autor e réu, respectivamente, e concernente ao requerimento e produção de provas – que, propositadamente, foram deixados para o momento de tratarmos do princípio da eventualidade –, podemos agora tentar traçar algumas diretrizes para verificar quais atos processuais não estão sujeitos à preclusão.

Em consonância com as conclusões tiradas no item precedente, a maioria dos prazos é *peremptória* ou *preclusiva*, e em alguns casos, que serão adiante tratados, o regime da preclusão persiste, mas de forma atenuada. Finalmente, apenas em raríssimos casos é que a preclusão de direito da parte simplesmente não existe (ou seja, não importa quão longa tenha sido a omissão do agente; poderá sempre ele praticar o ato processual).¹⁹³ Esse é o ponto que nos interessa agora.

Executando-se alguns atos que apresentam repercussão ínfima no desenvolvimento do processo,¹⁹⁴ ou aqueles exercidos para adimplemento de deveres pro-

¹⁹¹ *Preclusione istruttoria*, cit., p. 974.

¹⁹² CAISO ACRICOLA BARBI (Da preclusão no processo civil, cit., p. 62) observou, com acuidade, que “a multiplicidade de atos que a parte pode praticar em juízo tornaria praticamente impossível – e mesmo inútil – uma catalogação nem determinado ordenamento”.

¹⁹³ Aqui novamente consignamos nossa discordância de ROBERTO POLI (Sulla sanabilità..., cit., p. 478-479) quando afirma que haveria vários tipos de preclusão, alguns mais intensos, outros menos. O fenômeno, em si, é o mesmo (e importa na perda de um direito processual pela parte); o que muda, apenas, é o momento em que ele se aplica e que formalidades o precedem.

¹⁹⁴ DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 2, p. 203) arrola como exemplo de “faculdade processual pura” o direito da parte em citar precedentes jurisprudenciais como argumentos em seus arrazoados. Nos poderíamos acrescentar como exemplo o direito da parte, no processo perante o Juizado Especial Cível, em pedir a degravação das fitas de depoimentos testemunhais (art. 44 da Lei nº 9.099/1995). Em qualquer tempo tais atos podem ser praticados, não estando sujeitos à preclusão.

cessuais, ocorrem-nos, de início, três exemplos: o primeiro se dá no processo de execução de título extrajudicial por quantia certa, após a citação, em que a não-indicação de bens à penhora não enseja a extinção do processo, mas sua suspensão (art. 791, III, do CPC), sem possibilidade de perda, pelo exequente, do direito de praticar esse determinado ato processual.¹⁹⁵ O segundo se acha na promoção do cumprimento da sentença que, se não for requerida em seis meses, ensejará o arquivamento dos autos, sem prejuízo de posterior prosseguimento ao pedido do interessado (art. 475-J, § 5º, do CPC). Outra ordem de exemplos se encontra nos processos de jurisdição voluntária.¹⁹⁶

O traço que aproxima esses três exemplos é o fato de que, em todas as situações, não há propriamente um litígio a ser dirimido, de maneira que não há tanta necessidade de que o processo seja acelerado para o seu final.

É de rigor lembrar também de um exemplo que, hoje, desperta acesso interesse: é também possível à parte pedir, a qualquer momento, a antecipação dos efeitos da tutela, de maneira que, se não a requereu em determinado momento (quando se mostraram preenchidos os requisitos necessários), nada impedirá que o faça depois. Isso ocorreria tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no âmbito recursal (vale dizer, para pedir ao relator efeito suspensivo a recurso que não o tenha, ou o que se costumava chamar *efeito ativo*).

A razão para tanto, parece-nos, se acha numa projeção do princípio da *demandar* sobre o instituto da tutela antecipada, de modo que, assim como a parte não é obrigada a deduzir em juízo seu direito, e, num segundo momento, promover o cumprimento da sentença judicial que lhe tenha reconhecido esse direito¹⁹⁷, também não está obrigada a pedir a antecipação da tutela (e, posteriormente, promover o cumprimento da decisão provisória que lhe conceda o bem da vida litigioso em caráter precário).

Ademais, admitir que a parte estaria sujeita ao ônus de pedir a antecipação de tutela no momento em que se preencheram seus requisitos, sob pena de preclusão,

¹⁹⁵ Na “fase de cumprimento de sentença”, de acordo com as inovações da Lei nº 11.232/2005, a omissão do credor em indicar bens do devedor à penhora provoca, igualmente, a suspensão do processo (aplicando-se o art. 791, inciso III, subsidiariamente, nos termos do art. 475-R, ambos do CPC). A diferença é que, nessa hipótese, o devedor já terá sido apenado com multa de 10% prevista no art. 475-I do mesmo diploma.

¹⁹⁶ De fato, e como teremos oportunidade de ver em maiores detalhes posteriormente (item 10.2, *infra*), em processos de jurisdição voluntária por excelência não se pode reconhecer preclusão para as partes, por não haver nenhum resquício de litígio (e, dessarte, não haver a mesma necessidade de celeridade processual que se reflete nos processos de cunho contencioso, em que há uma lide a ser composta), e por aplicação do art. 1.109 do CPC (que autoriza o juiz a não seguir os limites da “legalidade estrita”).

¹⁹⁷ Na sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005, o credor tem seis meses para dar início ao cumprimento da sentença condenatória e, mesmo na sua inércia não existe preclusão: os autos aguardarão em arquivo a provocação do interessado, nos termos do art. 475-I, § 5º, do CPC.

seria andar na contramão da evolução desse sobre instituto processual, e implicaria aceitar, *mutatis mutandis*, que, na pendência de recurso recebido no efeito meramente devolutivo, a parte vencedora (e recorrida) tivesse o ônus de extrair carta de sentença para execução provisória, sob pena de preclusão. A comparação é fundamental para entender os argumentos aqui desfilados.

Em ambos os casos (tanto na *execução provisória*, nos termos estritos do art. 475-O do CPC (introduzido pela Lei nº 11.232/2005, mas com redação algo similar ao art. 588 revogado), quanto na *efetivação da antecipação de tutela*, *ex vi* do art. 273, § 3º, do CPC) a parte interessada não está sujeita à preclusão, pois, a qualquer tempo, poderá promovê-las (até o momento em que a decisão que gerou a execução provisória se torne definitiva ou seja revogada, ou até o momento em que a decisão que antecipou tutela seja modificada ou tornada definitiva e apta para execução definitiva).

Isso porque não se pode esquecer que a lei dispõe sobre a *responsabilidade objetiva*¹⁹⁸ do litigante que executar a decisão antecipatória de tutela em ressarcir os prejuízos da parte adversa, se referida decisão vier a ser modificada ou revogada (tal como ocorre em caso de revogação dos atos da execução provisória, *ex vi* do art. 475-O do CPC), não sendo lógico conceder ao litigante uma única oportunidade para promover a medida, mesmo que não esteja disposto a, naquele momento, suportar o risco aí implicado. Isso sem falar nos casos em que há necessidade de prestação de caução. Não é justo ou razoável exigir que o interessado esteja imediatamente preparado para prestá-la, sob pena de precluir-se o direito de promover a execução provisória.

Assim, acabamos por identificar mais três casos em que a preclusão de ônus processuais não se aplica: o de pedir a antecipação dos efeitos da tutela, a de promover a sua efetivação (art. 273, § 3º, do CPC) e o de promover a execução provisória de uma sentença (art. 475-O do CPC), aí estando compreendidos todos os atos pertinentes (por exemplo, pagamento de emolumento para expedição de mandados judiciais, fornecimento de meios para realização de uma diligência, prestação de caução nos casos em que isso é exigido etc.).

Em suma, essas exceções (colacionadas a título meramente exemplificativo) reforçam a idéia de que haverá preclusão sempre que as partes estiverem sujeitas a ônus. Se não o estiverem – o que é raro ocorrer – não haverá preclusão.

Do mesmo modo, aqui, avulta indubitado que quando o interesse particular da parte apresenta larga preponderância sobre o interesse público, justifica-se a exclusão da preclusão sobre seus direitos processuais.

No mais, cabe aqui deixar pelo menos consignado que, em qualquer outro caso, mesmo quando o *interesse particular do litigante* apresenta alguma prevalên-

¹⁹⁸ Cf., e.g., ARAKEN DE ASSIS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 196) que afirma ser essa a "opinião comum".

cia sobre o interesse público, o que se verifica é a *maior elasticidade* do regime de preclusões, e não seu completo abandono.¹⁹⁹ Voltaremos a versar essas hipóteses adiante, quando tratarmos do impulso processual (item 10.2, *infra*).

7.10 Preclusão e princípio da eventualidade

7.10.1 Aspectos gerais

É comum a identificação da preclusão com o princípio da eventualidade,²⁰⁰ como se aquela servisse apenas para implementar este. Mas, com base nas conclusões alcançadas acima, essa identificação é errônea, pois a preclusão permeia todo o processo, atingindo um sem-número de atos processuais, indistintamente, ressaltando-se apenas os que tratamos no item precedente.²⁰¹

Todavia, é inegável que a preclusão que está associada ao princípio da eventualidade recai sobre os dois principais direitos que assistem às partes no processo: articular a demanda e a defesa, respectivamente.

O princípio da eventualidade, a bem da verdade, decorre lógica e necessariamente de outra regra, qual seja a que impõe aos demandantes o ônus "de propor, em um mesmo momento, todos os meios de ataque e defesa",²⁰² à qual poderíamos chamar de *princípio da concentração do ataque e da defesa* que vem intrinsecamente inspirado pela *preclusão*. Ou seja: ao estabelecer uma única oportunidade para alegação dos meios de ataque e de defesa, o legislador vê-se obrigado a tolerar a contrariedade entre uma determinada alegação e outra que a parte suscitou em caráter eventual.²⁰³

¹⁹⁹ Nem mesmo nos raros casos em que se deve aplicar o art. 267, § 1º, do CPC – que, conforme veremos em momento oportuno, são aqueles em que o impulso processual não pode ser o oficial, pois o andamento do processo depende de ato da parte –, pode-se dizer que está afastada a preclusão: apenas o sistema exigiu uma formalidade maior para instar a parte à prática do ato necessário ao andamento do processo (consistente na sua intimação pessoal, ao contrário do que ocorre para qualquer outro ato processual, em que o procurador é quem recebe o comando). Mas, cumprida essa formalidade, e escoadas as 48 horas a que alude o art. 267, § 1º, advém a preclusão, com a impossibilidade de a parte realizar o ato que daria impulso o processo, bem como, associada a ela, a extinção do processo sem exame de mérito (*ex art. 267, II ou III*).

²⁰⁰ V. g., SERGIO LA CHINA (*Diritto processuale civile: la novella del 1990*, p. 2-3).

²⁰¹ Cf., dentre outros, VALLES GARCÍA (*La preclusión...*, cit., p. 30).

²⁰² CAUZE E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 140).

²⁰³ Essa interessante perspectiva é sugerida por DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 74).

Assim, sempre se fala de princípio da eventualidade pressupondo-se logicamente a regra da concentração do ataque e da defesa (como se aquele tivesse absorvido esse). E em homenagem a essa doutrina tradicional, consideraremos o princípio da eventualidade como abrangente de ambos os postulados referidos acima.

Seja como for, essa regra de concentração de ataque e de defesa, da qual decorre o princípio da eventualidade, não tem eficácia alguma se não complementada pela preclusão, de sorte que, se o litigante deixar de fazer alegação, opera-se a *preclusão*.²⁰⁴

Ao autor,²⁰⁵ a aplicação do princípio da eventualidade impõe que, ao deduzir a demanda, na petição inicial, fique ele adstrito aos termos lá propostos.

Faculta-lhe, entretanto, o art. 294 do CPC apenas o *aditamento do pedido* antes da citação do réu. Quanto à alteração da *causa de pedir*, pode-se extrair do art. 264, *caput*, e do art. 294, parágrafo único, do CPC que é possível modificá-la dentro do mesmo termo, a despeito de que o art. 294, *caput*, refira-se apenas a *aditamento do pedido*.²⁰⁶ Fora disso, não há o que cogitar: o autor está impedido de pleitear depois o que não pediu na inicial.^{207, 208}

Após a citação, o art. 264 prescreve que o *aditamento do pedido* depende de *acquiescência* do réu e, após o saneamento do processo, nem mesmo a concordân-

²⁰⁴ Ou, como diz CALMON DE PASSOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 303), da preclusão "decorre o denominado princípio da eventualidade". Também sobre o tema, confira-se o ensinamento de TEREZA WAMBER (*O novo regime do agravo*, p. 303-304): "Para que se obtenham consequências práticas significativas do princípio da eventualidade, é necessária a figura da preclusão." PONTES DE MIRANDA (*Comentários*..., cit., t. 3, p. 111-112) já lecionara que "A exigência de simultaneidade do que concerne à alegação e à prova, *in omnem eventum*, chama-se princípio de eventualidade, que é a combinação do princípio da preclusão e do princípio de concentração."

²⁰⁵ Cumpre ressaltar o comentário de GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 12) que boa parte da doutrina nacional entende que o princípio da eventualidade se aplica apenas ao réu (e não ao autor), fazendo exegese simplista do art. 300 do CPC. Contudo, preferimos adotar a concepção mais ampla (abrangendo as posições jurídicas de autor e réu) e essa opção deve-se a duas razões: primeiro, pela falta de denominação do fenômeno que impõe ao autor o ônus de desfilir todos os meios de ataque na petição inicial, segundo, porque esse fenômeno não diverge daquele que atinge os poderes do réu ao formular a contestação (e nem poderia, haja vista que as partes devem ser tratadas de modo isonômico).

²⁰⁶ Assim é acórdão publicado em *JTA* 95/264.

²⁰⁷ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (*A preclusão*..., cit., p. 77) com amparo nas lições de MONIZ DE ARAGÃO, CALMON DE PASSOS e ARRUDA ALVES, afirma categoricamente que "o Código impõe ao autor, já formular, omitir na petição inicial".

²⁰⁸ Guiados por espírito de deformalização, há julgados que autorizam a alteração das partes inicialmente designadas para o processo, sem se cogitar da preclusão (o que, pela literalidade dos arts. 264 e 294, ambos do CPC, seria defeso fazer). Assim, *RT* 804/428 (TRF - 3ª Região, 4ª T., AI 2001.03.00.019218-3, rela. Des. Federal Therezinha Cazerta, j. 20.02.2002, maioria de votos).

cia de ambos os litigantes pode alterar o objeto litigioso do processo (conforme parágrafo único do mesmo dispositivo), cujo objeto desde então passa a estar definitivamente estável.

A última "brecha" dada pelo sistema ao autor repousa sobre os *atos supervenientes*, conforme o art. 462 do CPC, assim como aquelas matérias referidas no art. 303, I a III, do CPC, que, a despeito da disposição do *caput* e da localização do dispositivo logo abaixo das regras sobre a contestação, também se aplicam ao autor. Assim, fatos supervenientes podem ser levados ao conhecimento do juiz a qualquer momento (como, de resto, poderia este conhecer de ofício) e não se sujeitam à preclusão. Regra similar se acha insculpida no art. 517 do CPC, que se aplica a ambas as partes em grau de apelação.

A formulação da defesa também se governa pelo princípio da eventualidade, que vem insculpido expressamente no art. 300 do CPC. Tal dispositivo determina que toda a matéria de defesa deve estar *concentrada sob pena de preclusão*, e seu preceito é completado pelos arts. 297 e 299 do CPC (que impõe sejam contestação, exceção(ões) e reconvenção apresentadas, todas, num prazo de 15 dias).²⁰⁹ Essa é a regra geral, que vem excepcionada pelo já citado art. 303 e pelo art. 462 do CPC.

Dos três incisos do art. 303, dois merecem maior atenção.

Primeiramente, tem-se o inciso II, que consagra a idéia de que as matérias as quais o juiz pode *conhecer* a qualquer tempo, e de ofício, podem ser suscitadas pela parte sem restrições de cunho preclusivo. Necessário ressaltar que não se trata de um afrouxamento propriamente dito do regime de preclusões, mas sim de permitir à parte que provoque o exercício de poder que o juiz já poderia exercer de ofício. Voltaremos a tratar desse aspecto no Capítulo 9, *infra*.

Já o inciso III é uma "norma processual em branco". Com efeito, os casos em que a alegação da parte pode vir posteriormente às suas alegações iniciais vêm prescritos esparsamente na lei. Antes do advento da Lei nº 11.280/2006, o exemplo clássico era a prescrição que necessariamente haveria de ser suscitada pelo interessado (art. 194, CC), ainda que *em qualquer grau de jurisdição* (art. 193). Agora, por ser matéria cognoscível de ofício, fica ainda mais claro que a alegação tardia de prescrição é permitida pelo inciso II do art. 303.

Contudo, é relevante notar que, mesmo a despeito de tais permissivos legais, a invocação dessas matérias fora da sede apropriada (contestação) pode gerar a

²⁰⁹ É exatamente aqui que o sistema brasileiro destoa, inteiramente, do das Ordenações portuguesas, tratadas no item 2.6, *supra*. Com efeito, segundo sistemática vigente naquela época, a defesa não era concentrada (não havia, portanto, aplicação do princípio da eventualidade), e o rol das matérias de defesa sujeitas à preclusão era restrito. Mais uma vez afirmamos, assim, nossa discordância da clássica lição de LUEBMAN, na sua famosa nota à tradução da obra de CHOUVENA (*Instituições*..., cit., v. 3, p. 323, nota 1 ao § 66).

aplicação do disposto no art. 22 do CPC (perda dos honorários e pagamento das custas do processo).

Se se entender – como faz parte da doutrina e da jurisprudência – que é necessária malícia da parte,²¹⁰ está-se diante não de ônus, mas sim de verdadeira decorrência do *dever geral de lealdade no processo*, e o art. 22 do CPC prescreveria uma *penalidade*.

Se, de outro lado, se compreender que o preceito se aplica independentemente do elemento subjetivo da omissão do réu,²¹¹ continuaria vigendo a idéia de que a invocação de tais matérias seria um *ônus* (mesmo que esteja excluída, por expressas disposições legais, a pena de preclusão) e a inobservância desse comando legal implicaria que a parte fosse lançada em posição de desvantagem (consistente em arcar com as custas e com a perda dos honorários sucumbenciais). Essa solução guardaria coerência com uma interpretação literal do *caput* do art. 301 do CPC, que afirma “competir” ao réu alegar várias matérias que, no § 4º, reconhecem-se ser cognoscíveis de ofício.

Sob esse prisma, igualmente teríamos de considerar que a parte está sujeita ao *ônus* de alegar matérias que o juiz tem o poder de conhecer de ofício (art. 267, IV a VI, do CPC), já que, em sua parte final, o art. 267, § 3º, do CPC prevê à parte a posição de desvantagem consistente em responder pelas custas resultantes do retardamento. Estaríamos, aqui, diante de duas hipóteses (excepcionais, diga-se de passagem) em que a idéia de *ônus* vem dissociada da de *preclusão* (excepcionalmente as conclusões alcançadas no item 6.2.1, *supra*).

Independentemente disso, uma derradeira e necessária ressalva²¹² é a de que o princípio da eventualidade não se esgota na proposição da demanda e na formulação da contestação – apesar de ser essa a sua aplicação mais sensível e relevante –, pois também na esfera recursal sente-se sua manifestação. Com efeito, o recorrente tem de suscitar todas as razões de impugnação à decisão recorrida dentro do prazo recursal, sob pena de não poder fazê-lo depois justamente devido ao fenômeno da *preclusão*. E também o princípio da eventualidade, em sua aplicação ao recurso de apelação, sofre uma atenuação, consistente no art. 517 do CPC (que permite alegações que deixaram de ser feitas na primeira instância por razões de força maior), tal como ocorre com o princípio da eventualidade aplicada do à contestação (excepcionado pelo art. 303 do CPC).

²¹⁰ BOL. AASP 1016/100, *RJJPSP* 108/204, *JTA* 90/186.

²¹¹ Como defende José Roberto Bedaque (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 113).

²¹² Lembrada por Everardo de Souza (Do princípio da eventualidade..., cit., p. 105).

7.10.2 Princípio da eventualidade e provas

Questão de relevo reside em saber se o princípio da eventualidade também alcançaria a *dedução de meios probatórios a serem produzidos pela parte para sustentar suas alegações*. Pode-se dizer que a maioria dos autores repele tal conceitualização,²¹³ mas, para os nossos objetivos, parece mais adequado englobar na noção de “meios de ataque e defesa”, sobre a qual se apóia a idéia de regra da eventualidade, o requerimento de produção da prova.²¹⁴

Para entender tal idéia, é preciso distinguir, primeiramente, que a produção da prova compreende o seu *requerimento* por parte do litigante interessado, o seu *deferimento* pela autoridade jurisdicional e sua posterior *produção*. É nessa primeira fase que toca a questão colocada, ou seja, qual é o *momento* em que a parte deve fazer o requerimento das provas que pretende produzir, e se a sua omissão implica ou não *preclusão*.

Pela literalidade do disposto nos arts. 282, VI, 300 e 396 do CPC, a resposta seria simples: as partes sujeitam-se à preclusão se não especificarem as provas que pretendem produzir na peça inicial e na contestação, respectivamente. E há muitos julgados aplicando referidas normas com esse rigor (ignorando se o juiz determinou que as partes especificassem provas antes de proceder ao saneamento do processo,²¹⁵ e inclusive inadmitindo o “protesto por todos os meios de prova em direito admitidos, tão comum no cotidiano forense”).²¹⁶

Mas, há muito, percebe-se uma alteração no rumo da jurisprudência, admitindo-se amplamente o tal “protesto geral” por provas,²¹⁷ e mesmo aceitando-se a produção da prova pelo autor que omitiu pedido nesse sentido na peça inicial.²¹⁸ Visto que se admite o pedido genérico por provas, feito na inicial, ao longo do

²¹³ Confira-se, com farta referência doutrinária, Guilherme Freire de Barros Teixeira (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 12 ss).

²¹⁴ Assim defende, e.g., na doutrina estrangeira, Gianfranco Ricci (Individuazione o sostanziamento..., cit., p. 1240) e, entre nós, Everardo de Souza (Do princípio da eventualidade..., cit., p. 109).

²¹⁵ *RJJPSP* 123/204.

²¹⁶ *RT* 515/103.

²¹⁷ Especialmente na petição inicial admite-se o protesto geral, seja por se tratar de fórmula usual no dia-a-dia forense, seja porque ao formular a demanda o autor não tem como saber quais fatos restarão controvertidos, e como se dará a controvérsia, de modo que não é razoável exigir que ele precise os meios de prova necessários (isso seria exercício de futurologia). Nesse sentido, *REJ* 106/157 e *RT* 580/260. Assim, é no processo italiano, após a reforma de 1990, como leciona Cavallari (Le preclusioni e l'istruzione probatoria..., cit., p. 906), afirmando a idéia de que só se operaria a preclusão quanto à indicação dos meios de prova depois que estivesse fixado o *thema decidendum* e o *thema probandum*.

²¹⁸ *RT* 495/83 e *RP* 5/295.

tempo consolidou-se a prática de o juiz determinar às partes que especificassem as provas que *realmente* pretendem produzir, inclusive justificando sua pertinência.²¹⁹ Assim, à falta dessa especificação, o “protesto geral” feito na fase postulatória não poderia surtir efeitos.²²⁰

No tocante ao requerimento para produção da prova documental, a questão ganha contornos um pouco diversos, em função do fato de que não se bifurcam os momentos de seu *requerimento* e *produção*, bem como em função do que dispõem os arts. 283, 396 e 397, todos do CPC.

O art. 283 do CPC, a rigor, determina que venham com a inicial os *documentos indispensáveis* à propositura da ação. Agora as dúvidas do que sejam *documentos indispensáveis à propositura da ação* – que, segundo os objetivos deste trabalho, não nos interessam –, a rigor a conjugação dos arts. 396 e 397 do CPC indica que o único momento de produção da prova documental seria a petição inicial (para o autor) e a contestação (para o réu). E, segundo essa interpretação, ficaria então a salvo da *preclusão* apenas o direito da parte em juntar posteriormente aqueles documentos que forem *novos* (se traçarmos um paralelo com o art. 485, VII, do CPC, seriam aqueles que não existiam ao momento da propositura da ação, ou aqueles que, embora existissem, estavam indisponíveis à parte), ou destinados a provar fatos ocorridos posteriormente à petição inicial ou contestação, ou ainda para se contraporem a alegações ou documentos da parte adversa.

Mas o que se verifica é que a jurisprudência²²¹ há algum tempo, flexibiliza a interpretação dessas regras, franqueando à parte amplo direito de juntar documentos a qualquer momento, inclusive em fase recursal.²²² Talvez essa flexibilidade decorra do fato de que a produção da prova documental causa pouco embaraço ao desenvolvimento do processo²²³ (apenas a necessária abertura de vista do do-

²¹⁹ Parece-nos, realmente, natural que haja tal manifestação, pois, como vimos, principalmente o autor, mas em menor medida também o réu, não tem condições de dizer *exatamente* que provas serão necessárias para confirmar suas alegações no momento de formulação da petição inicial e contestação, respectivamente. Discordamos, apenas, da *forma* como essa oportunidade é dada aos litigantes, já que pela letra do *caput* do art. 331, tal manifestação dos litigantes deveria ser feita oralmente, em audiência preliminar, e não por escrito.

²²⁰ A tese ecoou no extinto 2º TAC/SP conforme julgado assim ementado: “Prova – Produção – Prova para especificação decorrido in albis – Preclusão – Protesto genérico por provas – Inadmissibilidade. Nos termos do § 2º do art. 331 do Código de Processo Civil, apesar de protestarem genericamente em suas manifestações, as partes, no momento em que indaga o juiz, devem especificar com justificativas quais provas serão produzidas, sob pena de preclusão” (10ª Câmara. AI 793.747-00/4, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 06.08.2003).

²²¹ RT 400/426, 401/241.

²²² RT 484/93.

²²³ FABIO MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 156) anota que esse seria um dos argumentos a embasar a jurisprudência italiana no processo do trabalho que também flexibiliza a regra precl-

cumento juntado à parte adversa, nos termos do art. 398 do CPC, pode ocasionar algum atraso, o qual, contudo, não é comparável ao atraso que a oitiva de uma testemunha ou a realização de uma perícia poderiam causar).

No sumário, a questão da preclusão quanto aos requerimentos de produção de prova é um pouco diferente, haja vista que os arts. 276 e 278 impõem respectivamente a autor e réu o *ônus* de requerer na inicial e contestação produção de prova testemunhal e de perícia, indicando, se o caso, rol de testemunhas, quesitos e assistente técnico. Nesses casos, a jurisprudência é bem mais rígida na aplicação da preclusão.²²⁴

Assim, como se vê, também os poderes de requerer produção de provas estão sujeitos à preclusão se não forem exercitados, respectivamente, na inicial e na contestação, em que pese o fato de a jurisprudência vir se mostrando cada mais flexível quanto à aplicação de tal efeito preclusivo. Isso justifica nossa opção pelo conceito mais amplo de princípio da eventualidade, para englobar os requerimentos de provas.

De outra parte, muito embora a questão da *produção* da prova refuja da órbita do princípio da eventualidade, cabe aqui, por uma questão de coordenação lógica com o que já foi exposto, fazer breves considerações a respeito.

Pois bem. Há também aplicação do princípio da preclusão no momento de *produção* da prova, como regra geral do processo que é. Ou seja: se a parte tinha determinado prazo para arrolar testemunha, cuja oitiva foi deferida, mas não o fez, sujeita-se à preclusão. Se a parte requereu produção de prova pericial, mas não adiantou as despesas necessárias, também perderá o direito a ela.²²⁵

Todavia, também com respeito à produção de outros meios de prova que não a documental, a tendência é um *afrouxamento* do regime preclusivo, seja quanto a *testemunhas*,²²⁶ seja quanto à *perícia*.²²⁷

siva incidente sobre o direito das partes em juntar novos documentos.

²²⁴ Quanto à preclusão para o autor que não arrolou testemunhas na inicial: RT 481/82, RJTJESP 39/61, 63/136, JTJ 155/117; JTA 62/282, 65/234, 69/223, 90/348; quanto à preclusão para o réu que não pediu perícia na contestação: RT 502/933, RJTJESP 45/158, Bol. AASP 960/730.

²²⁵ Cf., dentre outros, ARAÚJO CINTRA (Abandono da causa no novo Código de Processo Civil, *Revista Forense*, nº 254, p. 172).

²²⁶ JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 52) cita acórdão (RT 424/179) que admittiu que, na hipótese de redesignação de audiência de instrução e julgamento, a parte poderia arrolar testemunhas, mesmo que não o tivesse feito antes da designação da primeira data. Há julgado do extinto 2º TAC/SP publicado em RT 746/290 que entendeu admissível a oitiva de testemunhas cujo rol foi apresentado a destempe, pois eram indispensáveis para a instrução da causa.

²²⁷ Em THEOTONIO NEGRÃO (*Código...*, cit., p. 451, nota 3 ao art. 421, § 1º), trazendo inúmeros acórdãos (vários do STJ) que afirmam que o prazo para a parte indicar assistente técnico e formular quesitos não seria preclusivo. Ainda no terreno da prova pericial, já se assentou que o prazo para

É de notar que essa flexibilização de interpretação, seja quanto à preclusão do poder de juntar ao processo prova documental (conforme sinalizado acima), ou da produção de outros meios de prova, decorre de dois fatos.

O primeiro deles reside na *natureza dinâmica e dialética da postulação e instrução da causa*. Assim, se, ao formular a inicial, o autor tem elementos para crer ser desnecessária a prova pericial, e não a requer, e a contestação acarreta a necessidade de sua realização, o ordenamento não pode impedir que o autor requiera a perícia no momento em que a necessidade dela surja.²²⁸

Esse entendimento deflui naturalmente se considerarmos a garantia constitucional de amplitude da produção probatória, como ínsita ao devido processo constitucional.²²⁹ Essa solução se extrai também à vista da garantia constitucional ao contraditório, de maneira que, do mesmo modo que o art. 397 do CPC permite juntada de um novo documento para contraposição a fato alegado pela parte adversa, também é plenamente justificável a possibilidade de requerimento de perícia por uma das partes após a adversária ter alegado algum fato que desse ensejo a essa modalidade de prova.²³⁰ Assim, sempre há a possibilidade de interpretar favoravelmente à parte as normas concernentes à preclusão do direito de pedir produção de provas.

O segundo motivo a justificar a corrente jurisprudencial que atenua os rigores preclusivos quanto ao exercício dos poderes das partes em requerer a produção da prova (muito embora isso não fique totalmente claro na leitura dos julgados referidos) funda-se, sobretudo, na idéia de que, se o juiz tem reconhecidos seus *poderes(-deveres) instrutórios*, a aplicação restritiva do regime legal de preclusões retirar-lhe-ia elementos probatórios necessários ao correto julgamento da lide.²³¹ Dessarte, independentemente dos ônus e cargas processuais a que se sujeitam as partes, vários dispositivos do Código (em especial o art. 130) dão ao juiz o poder de, *ex officio*, determinar a colheita de provas.

recolher os honorários do perito não seria preclusivo (1ª TACIVIL - 4ª Câm.; AI nº 1.055.170-3-SP; Rel. Juiz Gomes Corrêa; j. 7-11-2001, BAASP 2292/634 e, de 2-12-2002).

²²⁸ Conforme também entendeu GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 18).

²²⁹ Cf. BEDAQUE (Garantia de amplitude de produção probatória, *Garantias constitucionais do processo*, p. 158-189).

²³⁰ A idéia de que a postulação e a instrução têm natureza dialética e, portanto, dinâmica inspira uma flexibilização que o processo civil italiano traz ao princípio da eventualidade, permitindo a formulação dos pedidos de provas à vista das alegações da parte adversa, conforme observa GIANFRANCO RUCCI (Individualizzazione o sostanziazione..., cit., p. 1242).

²³¹ Nesse sentido CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., t. 3, p. 127) e JOÃO BATISTA LOPES (Breves considerações..., cit., p. 51).

Ou seja, apesar de todo o temperamento que a interpretação dos poderes das partes à luz das garantias constitucionais pode trazer, as partes ainda têm ônus no que toca à prova e, conseqüentemente, estão sujeitas à preclusão. Mas isso não significa que o juiz perca o poder de, de ofício, deferir a produção de outros meios de prova, mesmo que requeridos a destempero, bem como acolher elementos probatórios que venham aos autos fora do prazo ou em desacordo com as formalidades legais. Novamente aqui se pode visualizar como são diferentes as posições das partes e do juiz na relação jurídica processual.²³²

Enfim, o modo de entender por que o princípio da eventualidade é muito rigoroso quanto à articulação da demanda e da defesa, e bem flexibilizado quanto ao requerimento de produção de provas, é ter presente o disposto no art. 262 do CPC que consagra a idéia de que o juiz é inerte para dar início ao processo (que exige das partes a provocação) e para conhecer dos fatos da causa (que devem ser apontados pelas partes, exceto em determinadas hipóteses), mas depois que o processo é instaurado, a direção e impulso lhe incumbem (é o que dizem, também, os arts. 125, II, e 130, ambos do CPC).

7.10.3 Críticas ao princípio da eventualidade

O princípio da eventualidade não raro é criticado, justamente por seu papel decisivo na formatação do nosso sistema processual como *rígido*.

As principais críticas dirigidas ao princípio da eventualidade dizem respeito ao fato de que sua instituição dá margem à multiplicação de processos versando a mesma lide e ao inchaço das peças iniciais e contestações com matérias que forçosamente são alegadas apenas em observância à concentração da defesa, sem que fossem realmente relevantes para o deslinde do processo.²³³

Diz-se, também, que em causas muito complexas seria exigir demais dos litigantes que tivessem absoluta certeza, de antemão, de todas as matérias de ataque e de defesa que deveriam utilizar, o que só ocorreria à vista do resultado da prova.²³⁴

²³² Nessa mesma esteira, poderia se cogitar da possibilidade de a parte arrolar testemunha para audiência de instrução, mesmo que tenha em momento antecedente pugnado pelo julgamento antecipado da lide. Nesse caso, a oitiva da testemunha se dá *por determinação do juiz*, exercitando seus poderes instrutórios, ignorando-se a preclusão lógica.

²³³ Vide, a propósito, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA (*O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 192 ss).

²³⁴ Nesse sentido, RUI PORTANOVA (*Princípios do processo civil*, p. 129), que acrescenta: "a exigência despreza as hipóteses, muito frequentes, de causas bastante complexas, nas quais possa ser necessária uma troca ulterior de alegações. A par disso, é uma solução simplista que supõe erradamente que a parte ou seu patrono sempre podem ter formado um juízo definitivo sobre a causa, sobre a importância e influência das várias questões, sobre a necessidade de tais ou quais meios de provas".

Além disso, as partes podem se prejudicar de maneira muito severa pela perda de um prazo (para contestar, por exemplo), o que poderia representar uma limitação exagerada ao exercício do direito constitucional de defender-se em juízo.²³⁵

Por outro lado, crítica-se o regime oposto – da liberdade de deduções das partes no processo – justamente porque dá azo a retrocessos e demora na marcha do processo,²³⁶ o que interessa particularmente ao litigante que sabe não ter razão, e que, imbuído de má-fé, usa dos direitos assegurados pela lei para procrastinar ao máximo a conclusão da instrução e o proferimento de uma decisão final.

Isso sem falar no fato de que supostamente os litigantes guardariam seus melhores argumentos para o final, fazendo com que os juízes desperdiçassem tempo enfrentando matérias que têm menor importância para o deslinde da causa.²³⁷

Por derradeiro, podemos ainda observar que, em um procedimento marcado pela liberdade dada às partes quanto à dedução de suas matérias de ataque e de defesa, é mais difícil introduzir norma que permita ao juiz julgar antecipadamente o mérito da demanda, haja vista que as partes têm domínio sobre o impulso processual.²³⁸

A discussão em torno do problema é bastante espinhosa e atormenta os processualistas do Brasil e de outros países.

Na Itália, por exemplo, muito se questionou em torno das vantagens e desvantagens do princípio da eventualidade, sobretudo nos primeiros dez anos de vigência do Código de 1940, e após o advento da *Novella* de 1990.

Conforme vimos acima (item 3.2, *supra*), o Código de Processo Civil italiano, em sua redação original de 1940, estabelecia um regime de *preclusões elásticas* (adotava-se, com alguns temperamentos, o princípio da eventualidade, deixando a cargo do juiz instrutor abrandá-lo quando entendesse conveniente). Quebrava-se, assim, o regime de ampla liberdade que o Código de Processo Civil Peninsular de 1865 previa.

Na doutrina estrangeira, ressaltando muitas vezes a dificuldade do autor em seguir à risca o princípio da eventualidade, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 19).

235 SERGIO MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, p. 13) chega a cogitar que as severas restrições à articulação da defesa pelo réu poderiam implicar uma violação do princípio da paridade de armas, já que o autor teria longo tempo para preparar seus meios de ataque, ao passo que o réu se vê constrangido a alegar concentradamente toda a sua defesa, em prazo exíguo, sob pena de preclusão.

236 Cf., dentre outros, MARELLI (*La trattazione della causa...*, cit., p. 2).

237 Esse aspecto é ressaltado na *Relazione Grandi* (ou a Exposição de Motivos do CPC italiano de 1940) para justificar a instituição, naquele diploma, do princípio da eventualidade.

238 Conforme teremos oportunidade de analisar, mais amplamente, adiante (item 10.2, *infra*).

CALAMANDREI,²³⁹ escrevendo logo após a entrada em vigor do Código italiano, fez completa análise dos dois pontos de vista, ressaltando as vantagens da novel sistemática, pelo equilíbrio com que lidou com as exigências contrastantes que cada um dos sistemas acolhe: vedou-se a chicana, mas deu-se poder ao juiz para, quando conveniente, atenuar as preclusões.

Esse sistema viveu por pouco tempo, pois logo em 1950 o *Codice* sofreria sua primeira *Novella*, a qual, nas palavras de SERGIO LA CHINA, “marcou justamente a inversão da tendência verificada na imposição original de 1940. Isso ocorreu precisamente porque se considerava sacrificada a plenitude dos direitos da parte, sobretudo dos direitos de defesa, pela necessidade de concentrar, no início, argumentos, pedidos e provas, e se queria, ao invés, deixar um espaço mais amplo para estas atividades no curso do processo”.²⁴⁰

Assim, voltou-se a adotar o sistema anterior, de liberdade das partes. Muito embora o Código continuasse a prever a concentração da demanda e da defesa, não estabelecia a regra da *preclusão*, de tal sorte que, na prática, o regime era de plena flexibilidade.

Depois, em 1973, operou-se, quanto ao processo do trabalho, nova reforma, apertando o regime de preclusões, e, ao cabo dessa alteração legislativa, o sistema processual italiano passou a contar com dois sistemas: um rígido, para as causas trabalhistas, outro flexível, para as causas cíveis em geral.

Ao longo do tempo, contudo, as desvantagens do regime de ampla liberdade começaram a, novamente, brotar e tornaram-se um grave inconveniente para a celeridade processual nas causas cíveis.²⁴¹

Acabou-se, então, na *Novella* de 1990, por incorporar ao processo civil de cognição aquelas mesmas conquistas a que o processo do trabalho chegara em termos de celeridade e objetividade. Institui-se, então, a “pena de decadência” à parte que deixasse de observar o ônus da concentração.²⁴² Excetuavam-se, como já vimos,

239 *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 317.

240 *Diritto processuale civile*: la *novella* del 1990, p. 3, em tradução livre.

241 Novamente, o testemunho de SERGIO LA CHINA é emblemático: “Ma anche questa nuova imposizione generò, seppure a tempi più lunghi, una reazione contraria. Il processo civile di cognizione si andava dilungando attraverso una serie di udienze di numero imprevedibile: poteva accadere ed accadeva che indifferentemente alla sesta, alla settima, all’ottava, all’undicesima udienza una parte producesse un nuovo documento, formulasse una nuova eccezione, offrisse una nuova prova costringendo l’altra parte – per il principio del contraddittorio – a chiedere termine per esaminare ciò che veniva prospettato od offerto a replicare, al che poteva seguire una contro-replica dall’altra parte, e così via [...]” (*ibidem*, p. 3).

242 Cf. COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 283).

os pedidos de provas, os quais poderiam ser formulados por uma parte apenas à vista das alegações da outra.²⁴³

Em 1995, finalmente, deu-se uma nova (embora mais modesta) contra-reforma, com a alteração do art. 167, 2ª comma, mencionada acima (item 3.2, *supra*), mitigando a preclusão para o réu quanto aos poderes atinentes à formulação da defesa.

Em Portugal, ao contrário, seguiu-se caminho inverso: a reforma operada em 1995-1996 atenuou o regime de eventualidade vigente desde 1939, de maneira a dar maior liberdade às partes (vide item 3.5, *supra*).

Enfim, como se vê, enquanto há países que promovem mudanças que instauram a eventualidade com vistas a acelerar os processos (como na Itália, pela *Novella* de 1990), outros lutam contra a rigidez preclusiva, atenuando a aplicação do princípio da eventualidade e pretendendo uma melhora na prestação jurisdicional (como em Portugal, consoante as profundas reformas operadas também na década de 90).

Em verdade, como analisa ALVARO DE OLIVEIRA,²⁴⁴ “a concentração dos atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo”.

Assim, parece claro que a solução do problema emerge de um meio-termo entre o rigor estrito e a absoluta elasticidade.

Se analisarmos alguns sistemas processuais europeus atualmente vigentes, veremos que esse é o caminho que vem sendo adotado, já que o princípio da eventualidade, embora presente, passa a ostentar alguns temperamentos. Assim se viu na Alemanha (em que o § 296 da ZPO permite ao juiz aceitar alegações tardias se não houver risco de atraso na marcha do processo), Itália (cujo art. 167, 2ª comma, com redação dada pela Lei nº 534/1995, afrouxou a regra da eventualidade para o réu, e, de uma forma geral, novas alegações podem ser aceitas, por exemplo, se a versão fática e as provas apresentadas pelo réu exigiam resposta do autor) e Portugal (em cujo processo se permite aportar matéria de fato com muito maior liberdade, bem como alterar pedido e causa de pedir em diversas situações).

GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA²⁴⁵ também prega a adoção de um meio-termo entre o princípio da eventualidade totalmente rígido que nosso Código apresenta e o regime de elasticidade que havia em Códigos europeus do século XIX.

²⁴³ GIANFRANCO RICCI (Individuazione o sostanziazione..., cit., p. 1242).

²⁴⁴ *Do formalismo...*, cit., p. 173.

²⁴⁵ *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 196 ss.

O autor sugere – com base em uma interpretação constitucional das garantias ao contraditório e à ampla defesa, que, à vista do resultado da prova, possam as partes apresentar novos pedidos e exceções e formular novas alegações de fato. O referido monografista alvitra ainda que não se deve declarar a nulidade de atos processuais que violaram regras atinentes à eventualidade, se o contraditório foi respeitado (aí incluindo-se a sentença *ultra* ou *extra petita*). O autor também defende que o Código de Processo Civil deveria conter norma semelhante à do art. 384 do CPP (que permite a *mutatio libeli*) e regras que facultassem a alteração do pedido e da causa de pedir pelo autor até a audiência preliminar (art. 331 do CPC) ou mediante consenso das partes, mesmo após o saneamento do processo (eliminando-se o contido no art. 264, parágrafo único, do CPC).

De nossa parte, parece temerário renunciar, pura e simplesmente e para a generalidade dos casos, às benesses advindas do princípio da eventualidade em termos de rapidez e objetividade, apesar de convirmos que o nosso regime é por demais fechado. Uma possível solução para esse impasse é dotar o juiz de poderes para desconsiderar fundamentadamente o princípio da eventualidade quando militarem justas razões para tanto e/ou quando não houver risco de atraso significativo no curso do processo.

Seria uma pequena válvula de escape que poderia atenuar o excessivo rigor com que nosso sistema foi construído e possibilitar alguns dos temperamentos propostos por GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA. Não podemos crer na concessão, pura e simples, de direitos à parte de modificar suas pretensões após a colheita da prova, mas sim à outorga, ao juiz, de poderes para aceitá-las, se for o caso. De resto, o adequado manejo do art. 462 do CPC pode dotar o magistrado de vastos poderes para atender à natureza dinâmica dos fatos e da instrução probatória e atenuar o princípio da eventualidade.²⁴⁶

7.11 Nota sobre a natureza jurídica da preclusão de ônus processuais

Feitas essas considerações, resta-nos finalmente enfrentar a tormentosa questão: *qual a natureza jurídica da preclusão que recai sobre os ônus das partes?*

²⁴⁶ CASSO SCARPINELLA BUENO (*Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1421) observa que a jurisprudência limita a atuação do art. 462 apenas para os casos em que o fato superveniente não altera a causa de pedir e para os casos em que o fato realmente aconteceu depois da propositura da ação, e não simplesmente se era ele desconhecido pelas partes antes do aforamento da demanda.

Muitos dizem tratar-se de *fato processual*,²⁴⁷ outros preferem falar em *princípio*²⁴⁸ (ou *princípio informativo do processo*),²⁴⁹ ou ainda em *sanção*.²⁵⁰

Podemos descartar, logo de início, ser fato processual. Como se sabe, os fatos jurídicos são aqueles acontecimentos no mundo concreto que produzem efeitos no processo (se forem fatos naturais, são denominados *fatos jurídicos "stricto sensu"*; se ao contrário contarem com a participação humana, recebem a denominação de *atos jurídicos*). Ora, como vimos, a preclusão é *consequência jurídica* que a lei processual atribui, ou a um *fato jurídico "stricto sensu"*, como o transcurso do tempo (*preclusão temporal*), ou a atos da parte (*atos jurídicos*), como a realização de atividade incompatível com outra futura (*preclusão lógica*).²⁵¹

A preclusão, em si, não é *fato jurídico*, nem mesmo *processual*, pois não se trata de acontecimento do mundo real verificado no processo e com consequências jurídicas sobre ele projetadas, mas sim a *própria consequência jurídica* atribuída pela lei a um determinado *fato* ou *ato processual*.²⁵²

Também não podemos acolher a concepção de que a preclusão é sanção, ainda que com a ressalva de JOÃO BATISTA LOPES de que "[n]ão se trata, porém, segundo pensamos, de penalidade ou sanção em sentido próprio, mas *sut generis*, porque não acarreta inexoravelmente a perda do direito. A penalidade ínsita à preclusão é mais restrita, por isso que apenas obsta que a parte omissa pratique a destempero o ato processual pretendido". Com efeito, e como pretendemos repisar desde o início, a preclusão liga-se visceralmente à idéia de *ônus*, no sentido de que o seu inadimplemento acarreta consequências negativas ao agente omissor não porque

²⁴⁷ Na doutrina estrangeira, GUARNIERI (Preclusione (processuale penale), cit., p. 572) e RICCO (La preclusione processuale penale, p. 15 ss) chegam à conclusão de que a *preclusão* é um *fato jurídico secundário*, pois não extingue todo o processo, mas põe fim a um das facultades que nele podem ser exercidas. MAURÍCIO GIANNICO (A preclusão..., cit., p. 78) entende ser a preclusão *fato jurídico*, ainda que decorrente de outro *fato jurídico* anterior.

²⁴⁸ V. g., SERGIO COSTA (Manuale..., cit., p. 259); TESORIERE (Contributo..., cit., p. 14), MARELLI (La trattazione della causa, cit., p. 15 ss), COUTURE (Fundamentos..., cit., p. 182) e VALLINES GARCÍA (La preclusión..., cit., p. 33), dentre outros.

²⁴⁹ Na doutrina estrangeira, JOSÉ ALMAGRO NOSFETE (Derecho procesal, t. 1, v. 1, p. 324) e, dentre nós, ARRUDA ALVIM (Manual..., cit., v. 1, p. 285-286).

²⁵⁰ Principalmente João Batista Lopes (Breves considerações..., cit., p. 47) e ainda os autores referidos no Capítulo 6, *supra*.

²⁵¹ Em sentido análogo, MÔNIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 145).

²⁵² SALVATORE SATTA (Diritto processuale civile, p. 239) nega se possa falar de verdadeiro "effetto di preclusione", já que "la preclusione è un effetto in se stessa". Em sentido assemelhado, entre nós, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (O novo regime do agravo, p. 299), para quem "parece-nos que a impossibilidade da prática do ato não é efeito da preclusão (que seria o fato gerador dessa consequência), mas é a própria preclusão". MÔNIZ DE ARAGÃO (Preclusão..., cit., p. 144-145) compartilha da mesma opinião, invocando lição de CARNELUTTI em seu abono, e acrescentando que "a preclusão não é um ato; não é, pois praticável; só pode acontecer como resultado".

a ordem jurídica esperava o comportamento ativo, mas porque o sujeita à disposição do interessado. A rigor, a ordem jurídica não espera comportamento algum: simplesmente deixa o exercício de determinado direito à disposição da parte, de modo que ela pode exercê-lo (gozando, se assim proceder, da posição de vantagem dela decorrente), ou deixar de fazê-lo (suportando, com isso, as consequências de sua omissão).

Eliminadas as alternativas menos adequadas, podemos afirmar tratar-se, ao mesmo tempo, de um *princípio*, de um *instituto* e de uma *técnica processual*.

Trata-se de um *princípio*, porque, como observa MARELLI, seria, ao mesmo tempo, um *cânone* do processo (sobre o qual se assenta o desenvolvimento do rito), e uma exigência genérica, inerente a qualquer processo.²⁵³ Cuida-se, igualmente, de um *instituto* processual, pois apresenta contornos próprios e seu estudo e aplicação podem ser entabulados dentro de rigores científicos, de modo a diferenciá-los de outros institutos, como a decadência, a prescrição ou a nulidade processual. Finalmente, trata-se também de uma *técnica*, pela qual o legislador confere ao processo maior racionalidade e impede as partes de fazer do processo "coisa privada", exigindo que seus direitos processuais sejam exercidos dentro dos parâmetros da lei processual, sob pena de serem reputados ineficazes.