

PATRÍCIA DETLINGER

O INSTITUTO DA PRECLUSÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

PATRÍCIA DETLINGER

O INSTITUTO DA PRECLUSÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO

Monografia apresentada
à banca examinadora
da COGEAE –
Coordenadoria Geral de
Especialização,
Aperfeiçoamento e
Extensão da Pontifícia
Universidade Católica de
São Paulo, como
exigência parcial para
obtenção do título de
especialista em direito
processual civil, sob a
orientação do Professor
Fernando Sacco Neto.

SÃO PAULO

2011

BANCA EXAMINADORA

Agradeço a todos que contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento deste trabalho, especialmente à minha família e a Deus.

Agradeço também ao Professor Fernando Sacco Neto, pelo apoio e pelo trabalho de orientação, bem como pelas preciosas aulas ministradas no COGEAE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONCEITO	4
3. CLASSIFICAÇÃO TRÍPLICE	6
3.1. Preclusão temporal	6
3.2. Preclusão lógica	9
3.3. Preclusão consumativa	12
4. ASPECTOS HISTÓRICOS	16
5. NATUREZA JURÍDICA	18
6. ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRECLUSÃO SOB O VIÉS DE PRINCÍPIO	22
7. OUTROS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRECLUSÃO	24
7.1. Acesso à justiça	24
7.2. Impulso oficial	24
7.3. Eventualidade	25
8. DIFERENÇAS COM OUTROS INSTITUTOS	29
8.1. Preclusão e decadência	29
8.2. Preclusão e prescrição	31
8.3. Preclusão e perempção	32
8.4. Preclusão e coisa julgada	34
9. PRECLUSÕES PARA O JUIZ	41
9.1. Preclusão e despacho saneador	47
9.2. Preclusão e produção de provas	55

9.3. Preclusão e pedido de reconsideração	65
10. PRECLUSÃO E RECURSOS	66
10.1. Preclusão e Agravo	66
10.2. Preclusão e Recursos Excepcionais	69
11. PRECLUSÃO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	74
12. CONCLUSÃO	77
13. BIBLIOGRAFIA	81

1. INTRODUÇÃO

O processo, para atingir sua finalidade de concretizar a lei diante da justa e efetiva prestação jurisdicional, deve ser célere e seguro.

Para a concretização do conceito de devido processo legal, justiça tardia equivale a negação da justiça.

De fato, os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à efetividade da promessa de tutela jurisdicional constituem ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais vem-se afirmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva.¹

Além de célere, o provimento jurisdicional deve ser acobertado pelo manto da segurança jurídica, o que significa que questões já decididas não poderão ser rediscutidas ou reapreciadas.

Ao ser formulada demanda perante a justiça, busca-se não somente a satisfação do direito, mas igualmente a segurança de que o deslinde do pleito não seja objeto de arbítrios da parte contrária, com quem se estabelece a lide.

Não fosse esse o preceito fundamental da *juris ditio*, não haveria ordem e o procedimento seria dotado de instabilidade e surpresas.

¹ Cândido Rangel Dinamarco, **Fundamentos do processo civil moderno**, p. 894.

Assim, torna-se indispensável fixar o lapso dentro do qual se possam realizar os atos ou faculdades processuais, sendo evidente que não se deva deixar à livre vontade das partes a escolha do momento processual adequado para a prática de atos ou faculdades que sejam de seu interesse.

Nesse diapasão se insere o instituto da preclusão. Seu estudo iniciou-se no começo do século XX pelo grande mestre italiano Giuseppe Chiovenda, que o qualificou como um mecanismo que, ora mais brando, ora mais rígido, conduz o processo sempre adiante, garantindo-se o alcance, com certa objetividade e presteza, do provimento jurisdicional definitivo.²

Trata-se de um instituto de ordenação processual, pelo qual vão sendo excluídas as etapas ultrapassadas dentro da regular marcha processual. Na medida em que os atos ou faculdades processuais se realizam, ficam impedidos de renovação ou repetição.

Desta forma, graças à incidência da preclusão, o processo é impulsionado, rumo à sentença final de mérito, vedando-se o retrocesso, ou o retorno aos momentos e fases já superados.

O instituto da preclusão promove a ordem do processo, impondo uma ordem lógica aos atos e fases processuais, e assim propiciando chegar à decisão final de maneira mais célere, segura e satisfativa.

Em razão da grande preocupação doutrinária com a efetiva, justa e célere prestação da tutela jurisdicional, o tema é de grande

² Giuseppe Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, *passim*.

importância, já que, como verdadeiro princípio do sistema processual, o instituto da preclusão está intimamente ligado à organização e à não eternização da lide, impulsionando-se o feito, propiciando a aceleração da marcha do processo e certeza das decisões proferidas, tornando efetivo o ideal de rápida e segura composição dos litígios.

2. CONCEITO

A palavra preclusão tem origem do latim *praecclusio*, de *praeccludere*, que significa fechar, tolher, encerrar. Entende-se o ato de encerrar ou de impedir que algo se faça ou prossiga.³

No âmbito jurídico, indica propriamente a perda de uma determinada capacidade processual em razão do não exercício dela na

³ De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 1074.

ordem legal, ou por se haver realizado um ato incompatível com seu exercício, ou ainda por já ter sido ela validamente exercida.

Na definição inicialmente dada por Chiovenda, significa a *perda, a extinção ou consumação*, de uma faculdade processual pelo fato de se haverem esgotados os limites prescritos ao seu exercício.⁴

Conforme entendimento da doutrina brasileira, adotado por Antônio Alberto Alves Barbosa, *“preclusão é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequada, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente”*.⁵

Superado o momento próprio para a prática do ato processual, ou já tendo este sido realizado, válida ou invalidamente, ou ainda, sendo incompatível com outro anteriormente praticado, diz-se que ocorreu a preclusão.

Ensina Manoel Caetano Ferreira Filho que *“o ato praticado após ter-se verificado a preclusão é ineficaz, não produzindo qualquer efeito na relação processual. Assim, a contestação apresentada fora do prazo não impedirá a revelia e a apelação interposta extemporaneamente não evitará o trânsito em julgado da sentença”*.⁶

⁴ Giuseppe Chiovenda, op. cit., p. 155.

⁵ Antônio Alberto Alves Barbosa, **Da preclusão processual civil**, p. 52.

⁶ Manoel Caetano Ferreira Filho, **A preclusão no direito processual civil**, p. 31.

Conclui-se que a preclusão constitui, portanto, uma situação jurídica impeditiva à repetição do ato processual ou ao retorno da fase ultrapassada.

3. CLASSIFICAÇÃO TRÍPLICE

Conforme definições apontadas, e principalmente baseada na classificação proposta por Chiovenda, o instituto da preclusão é atualmente classificado pela doutrina e jurisprudência em três modalidades: temporal, lógica e consumativa.

Com efeito, a classificação é feita com base no fato gerador (fato jurídico) da preclusão, sendo a perda de prazo, prática de ato incompatível ou efetivação da faculdade processual.

3.1. Preclusão temporal

Pela preclusão temporal entende-se a perda da faculdade processual em virtude de ter-se decorrido *in albis* o prazo para praticá-la. A preclusão temporal nasce da inércia da parte, que deixou de praticar determinado ato no prazo determinado.⁷

O artigo 183 do CPC trata da preclusão temporal pelo decurso de *prazos próprios*, entendidos como aqueles cujo descumprimento ocasionam consequências processuais.

⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO. AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO. INTERPOSIÇÃO VIA “FAX”. INTEMPESTIVIDADE. ORIGINAL NÃO APRESENTADO. LEI N. 9.800/1999. ART. 2º. PRECLUSÃO TEMPORAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(AgRg no AgRg no Ag 1234463. STJ 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 26.10.2010, DJ em 11.11.2010) (disponível em www.stj.jus.br)

Estão sujeitas à preclusão temporal somente as partes. Embora o Código de Processo Civil estipule prazos para que os magistrados pratiquem determinados atos de sua competência, por cediço que tais prazos não estão sujeitos à preclusão, eis que os prazos previstos no CPC para o juiz são considerados *prazos impróprios*. Para estes, a não realização do ato dentro do prazo assinalado pela lei processual não acarreta consequência alguma ao processo.

A determinação contida no artigo 189 do CPC, de que o juiz proferirá os despachos de mero expediente no prazo de 2 (dois) dias, e as decisões no prazo de 10 (dez) dias, de certo que não se impõe o rigorismo do instituto em análise, sob pena de se procrastinar ainda mais o andamento do feito.

Ademais, diferente do que ocorre com as partes, que sofrem as penas da preclusão a que deram causa, neste caso, não seria o juiz quem as sofreria, e sim a própria parte, que ficou sem a atividade jurisdicional que lhe aproveitaria.

Neste passo, ressalva o artigo 183 do CPC o direito da parte de provar que não praticou o ato dentro do prazo por justa causa. Assim, o decurso do prazo, por inação da parte, implica na extinção do direito de praticar o ato, independentemente de declaração judicial, ressalvando-se à parte, no entanto, a possibilidade de alegar e provar que não o realizou por justa causa, ou seja, que não o realizou por advento de evento imprevisto, alheio à sua vontade, que a tenha impedido de realizar o ato por si ou por mandatário.

Conforme anteriormente decidido pelo STJ, são exemplos de justa causa a doença do advogado da parte, mormente quando único

constituído nos autos⁸, a concessão de vistas fora do cartório para a parte contrária quando em curso prazo da outra parte⁹, a greve dos serviços forenses¹⁰, e informação equivocada disponibilizada na internet¹¹.

⁸ PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA A IMPEDIR A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO NO PRAZO LEGAL. DOENÇA DO ADVOGADO. CARACTERIZAÇÃO COMO JUSTA CAUSA. RESTITUIÇÃO DE PRAZO. ART. 183 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. QUESTÃO DE DIREITO. VIABILIDADE DA ANÁLISE NO RECURSO ESPECIAL.

- O transcurso do prazo para a prática do ato conduz a preclusão do direito, salvo a exceção da ocorrência da justa causa prevista no parágrafo primeiro do artigo 183, do CPC, que exige a coexistência de evento imprevisto, alheio a vontade da parte e que a tenha impedido de praticar o ato por si ou por mandatário.

- O art. 183 do CPC refere-se à restituição de prazo e não à suspensão ou à interrupção de prazo. Na ausência de fixação judicial sobre a restituição do prazo, é aplicável o disposto no art. 185 do CPC.

- A doença do advogado pode constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º do CPC, principalmente quando ele for o único procurador constituído nos autos.

- A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão.

- A qualificação jurídica dos fatos constitui questão de direito, viabilizadora da análise do recurso especial. O controle de legalidade da qualificação jurídica dos fatos está afeto à competência do STJ, em âmbito de recurso especial. A qualificação jurídica dos fatos feita pelo Tribunal a quo não vincula a qualificação jurídica dos mesmos fatos pelo STJ.

Agravo no recurso especial improvido.

(STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 533.852/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.06.2005, DJ 05.09.2005, p. 398). (disponível em www.stj.jus.br)

⁹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. VISTA DOS AUTOS À FAZENDA DURANTE O PRAZO PARA OFERECIMENTO DOS EMBARGOS. OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ART. 183 DO CPC. REABERTURA DO PRAZO.

1. A concessão de vista dos autos de execução fiscal à Fazenda estadual antes de decorrido o prazo para oferecimento dos embargos pela executada caracteriza justa causa a permitir a reabertura do prazo legal para a prática do ato. Incidência do art. 183 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 785.266/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 11.04.2006, DJ 29.05.2006, p. 217). (disponível em www.stj.jus.br)

¹⁰ GREVE DOS SERVENTUÁRIOS NO PRIMEIRO GRAU. AGRAVO DE INSTRUMENTO, SUSPENSÃO DO PRAZO. JUSTA CAUSA.

A greve dos servidores do Primeiro Grau constitui justa causa na interposição extemporânea de agravo de instrumento, uma vez que a parte encontra-se impossibilitada de instruir adequadamente o recurso.

Recurso conhecido e provido.

(STJ, 4ª Turma, Resp 540.383/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 09.09.2003, DJ 28.10.2003, p. 294). (disponível em www.stj.jus.br)

¹¹ PROCESSUAL – PRAZO – JUSTA CAUSA – INFORMAÇÕES PRESTADAS VIA INTERNET – ERRO – JUSTA CAUSA – DEVOLUÇÃO DE PRAZO - CPC, ART. 182.

Pode-se ainda afirmar que, configura-se justa causa, ensejando a devolução do prazo, casos de nulidade de publicação, e a entrega indevida dos autos a uma das partes quando em curso *prazo comum*.

A parte deverá alegar e provar a justa causa no prazo de 5 (cinco) dias, contados do término do evento que ocasionou o desatendimento ao prazo, sob pena de preclusão.

Nítido exemplo de preclusão temporal é a revelia, ocasionada pela perda de prazo pelo réu para contestar a ação.

3.2. Preclusão lógica

Pela preclusão lógica entende-se a perda da faculdade processual em virtude de já se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Vislumbra-se quando da impossibilidade da parte vir a praticar determinado ato, ou ainda, postular qualquer espécie de providência judicial, que seja incompatível com o ato anteriormente praticado.¹²

- Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro neles contido constitui “evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato.” Reputa-se, assim, justa causa (CPC, Art. 183, § 1º), fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar. (Art. 183, § 2º). (STJ, 1ª Turma, Resp 390.561/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 18.06.2002, DJ. 26.08.2002, p. 175) (disponível em www.stj.jus.br)

¹² PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO. VALORES APRESENTADOS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E HOMOLOGADOS EM JUÍZO. POSTERIOR PRETENSÃO, EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO, DE REDISCUSSÃO DO CÁLCULO APRESENTADO PELA PRÓPRIA EMPRESA PÚBLICA. PRECLUSÃO LÓGICA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Revela-se improcedente a arguição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação

Exemplo típico de preclusão lógica é o que ocorre quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício de impugná-la (recorrer), na forma do artigo 503 do CPC.

Fredie Didier Jr. ensina que “*também há preclusão lógica em relação ao magistrado*”. Exemplifica indicando uma situação em que o juiz concede uma tutela antecipada com fundamento em abuso de direito de defesa, sendo incompatível a recusa em condenar o réu por litigância de má fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Destaca o mestre baiano, que “*também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados*”.¹³

Ainda para elucidar melhor o assunto, destacamos o exemplo de Daniel Amorim Assumpção Neves, que entre outras, nos traz a situação do art. 218, § 2º, CPC, que estabelece que quando se

suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio.

2. Este Superior Tribunal entende que não se trata de erro material a não concordância da parte com os critérios de cálculo utilizados, ainda mais quando ela própria apresentou os valores e requereu a homologação cálculo, pleiteando a extinção da execução, conforme consignado no acórdão recorrido:

Deferido o requerido prazo pelo Juízo a quo, a CEF manifestou-se pela homologação judicial do novo cálculo apresentado – R\$ 78.673,47 – requerendo a extinção da execução, na forma do art. 794, I, do CPC (fl. 51).

3. Ocorre, portanto, **preclusão lógica** da pretendida rediscussão, em sede de apelação, dos valores apresentados em juízo pela própria parte que os deseja impugnar, ainda mais quando transcorrida a oportunidade de se oporem embargos à execução e, nesse momento, nada a respeito dos cálculos foi argüido.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Turma, Resp 1200516, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 16.06.2011, DJ em 24.06.2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

¹³ Fredie Diddier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, Volume I, p. 282.

verificar que o réu é demente ou encontra-se impossibilitado de receber a citação, o juiz, reconhecendo tal situação, nomeará ao citando um curador. Assim, uma vez nomeado o curador, a citação de dará em seu nome, sendo típico caso de substituição processual. Desta forma, não poderá o juiz operar a citação em nome do réu, já que o considerou demente ou impossibilitado, e tal impedimento decorre da preclusão lógica, verificada no momento em que o magistrado considerou o réu impossibilitado de receber a citação.¹⁴

Destarte, defende Fredie Diddier Jr., que o objetivo da preclusão lógica é vedar comportamentos contraditórios, de sorte que se a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, sendo que a preclusão lógica está intimamente ligada ao princípio da boa fé objetiva.¹⁵

¹⁴ Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 43.

¹⁵ Fredie Diddier Jr., op. cit, p. 283.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL – PRECLUSÃO LÓGICA.

1. É fato público e notório que as reformas processuais implementadas no Código de Processo Civil ao longo dos últimos anos tem como objetivo dar efetividade a garantia constitucional do acesso à justiça, positivada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Como exemplo desse louvável movimento do legislador tem-se a dispensa do reexame necessário nas causas de competência do Juizado Especial Federal, consoante prevê o art. 13 da Lei 10.259/2001, e nas demais causas mencionadas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do diploma processual, na redação que lhes deu a Lei 10.352/2001.

2. À luz dessa constatação, incumbe ao STJ harmonizar a aplicação dos institutos processuais criados em benefício da Fazenda pública, de que é exemplo o reexame necessário, com os demais valores constitucionalmente protegidos, como é o caso do efetivo acesso à justiça.

3. Diante disso, e da impossibilidade de agravamento da condenação imposta à fazenda pública, nos termos da Súmula 45/STJ, chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, a permissão de que os entes públicos rediscutam os fundamentos da sentença não impugnada no momento processual oportuno, por intermédio da interposição de recurso especial contra o acórdão que a manteve em sede de reexame necessário, devendo ser prestigiada **a preclusão lógica ocorrida na espécie, regra que, segundo a doutrina, tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, que orienta a lealdade processual** (proibição do venire contra factum proprium).

3.3. Preclusão consumativa

Finalmente, pela preclusão consumativa entende-se a perda da faculdade processual pelo fato de já ter sido tal faculdade anteriormente exercida, válida ou invalidamente.

Ainda que inválido, o ato deve ser existente, visto que, sendo inexistente, estar-se diante da preclusão temporal. Uma vez praticado o ato, entende-se “*consumada*” tal faculdade processual, ensejando a ocorrência da preclusão *consumativa*¹⁶.

4. A ilação de que fraudes e conluios contra a fazenda pública ocorrem principlamente no primeiro grau de jurisdição, levando à não-impugnação da sentença no momento processual oportuno pelos procuradores em suas diversas esferas do Poder Executivo, por si só, não tem o condão de afastar a indispensável busca pela efetividade da tutela jurisdicional, que envolve maior interesse público e não se confunde com o interesse puramente patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal e de suas respectivas autarquias e fundações. Ademais, o ordenamento jurídico possui instrumentos próprios, inclusive na seara penal, eficazes para a repressão de tais desvios de conduta dos funcionários públicos.

5. É irrelevante, ainda, o fato de o art. 105, III, da Constituição Federal não fazer distinção entre a origem da causa decidida, se proveniente de reexame necessário ou não, pois o recurso especial, como de regra os demais recursos de nosso sistema, devem preencher, também, os requisitos genéricos de admissibilidade que, como é cediço, não estão previstos constitucionalmente. Em outras palavras, a Carta Magna não exige, por exemplo, o preparo ou a tempestividade, e nem por isso se discute que o recurso especial deve preencher tais requisitos.

6. Recurso especial não conhecido em razão da existência de fato impeditivo do poder de recorrer (preclusão lógica).

(STJ, 2ª Turma, Resp 1085257/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 09.12.2008, DJ em 24.03.2009). (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

¹⁶ MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. RENOVAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO DO INSS. OFERECIMENTO DAS RAZÕES APÓS O TÉRMINO DO PRAZO RECURSAL. INTEMPESTIVIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O recurso administrativo deve ser interposto com as razões do pedido de reforma.

2. O prazo para o recurso é peremptório e contínuo, ou seja, ultrapassado o lapso temporal ou **exercido o direito de recorrer, opera-se a preclusão consumativa** para a prática de qualquer ato relacionado com a interposição do recurso, em homenagem aos princípios da preclusão consumativa e da segurança jurídica.

3. Segurança concedida.

(STJ, Primeira Seção, MS 7897/DF, Mandado de Segurança 2001/0106446-2, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 24.10.2007, DJ. 12.11.2007, p. 147). (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

A preclusão consumativa decorre do brocardo *ne bi in idem*. Atinge as partes e o juiz, encontrando fundamento jurídico nos artigos 158 CPC, que prevê a imediata produção de efeitos quando praticados atos processuais pelas partes, 471 *caput*, CPC (“*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)*”) e 473, CPC (“*é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão*”).

Neste passo, se a parte praticou o ato, e posteriormente se arrependeu de algo, não poderá repeti-lo ou retificá-lo, por conta da ocorrência da preclusão consumativa. É o que ocorre no caso de protocolizada uma apelação no décimo dia do prazo, não será mais possível ao recorrente aditar tal recurso, seja para acrescentar novo pedido ou novos argumentos, seja para corrigir eventuais falhas. A preclusão consumativa gera o efeito de eliminar o prazo restante. Desta forma, protocolizado o recurso no décimo dia, o restante do prazo, que no caso da apelação seriam cinco dias, foi eliminado.

Outro exemplo é quando o réu, no prazo de quinze dias de que dispõe para defesa, apresentar contestação no décimo dia e reconvenção no décimo quinto dia. Ao verificarmos o disposto na primeira parte do artigo 299 do CPC, temos que a contestação e a reconvenção devem ser oferecidas simultaneamente e em peças autônomas. Assim, numa interpretação literal do dispositivo, é de se concluir que se o réu apresentou apenas a contestação no décimo dia do prazo, não terá mais o cinco dias restantes para oferecer a reconvenção, pois seu direito de reconvir precluiu.

Discussão bastante interessante e controversa recai sobre a necessidade ou não de ratificação de recurso quando protocolizado na pendência de julgamento de embargos declaratórios. Neste caso, uma vez oferecido o recurso, questiona-se: opera-se a preclusão consumativa, mesmo no caso de pendência de julgamento dos aclaratórios?

A jurisprudência do STJ já foi bem divergente quanto a este assunto. A primeira turma do STJ já decidiu pela desnecessidade de ratificação ¹⁷, e a Corte Especial já decidiu pela necessidade, entendendo ser prematuro o recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. ¹⁸

¹⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL OFERTADO, PELA PARTE ADVERSA, ANTES DOS ACLARATÓRIOS E DENTRO DO PRAZO LEGAL. ACÓRDÃO EMBARGADO MANTIDO, *IN TOTUM*. DESNECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA DE ÓBICE. POSSIBILIDADE.

1. Agravo regimental contra decisão que proveu o agravo de instrumento para apreciar o recurso especial, ao qual se deu provimento.
2. O acórdão *a quo* determinou a não-incidência do imposto de renda sobre férias não-gozadas na vigência do contrato laboral, admitindo a possibilidade de dedução, por ocasião do ajuste anual do imposto de renda, dos valores indevidamente retidos.
3. Inexistência de nenhum óbice para a interposição do recurso especial do autor em face da sua não-ratificação devido à oposição de embargos de declaração por parte da Fazenda Nacional.
4. Os aclaratórios foram apresentados pela Fazenda Nacional e não pelo autor. Para este o acórdão da apelação restou perfeitamente solucionado, a seu desfavor, mas insuscetível de qualquer omissão ou contradição, tido o apelo sido interposto dentro de prazo legal.
5. Agravo Regimental não-provido.
(STJ, 1ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento, 757.130/SC, rel. Min. José Delgado, j. em 06.06.2006, DJ. 22.06.2006). (disponível em www.stj.jus.br)

¹⁸ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO.

- **É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.**

- Recurso especial não conhecido.

(STJ, Corte Especial, Resp 776.265/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 18.04.2007, DJ. 06.08.2007). (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Contudo, após a publicação do enunciado da Súmula 418 do STJ, em 11.03.2010, foi pacificado o assunto no sentido de necessidade de ratificação, conforme se confere da ementa abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. SÚMULA Nº 418/STJ.

1. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, o pedido de reconsideração pode ser recebido como o recurso apropriado, desde que a sua interposição seja tempestiva e não haja erro grosseiro ou má-fé do recorrente.

2. **Nos termos do enunciado nº 418 da Súmula desta Corte, “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”**

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1230567/SP, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. em 26.10.2010, DJ em 16.11.2010) (negritos nossos)

(disponível em www.stj.jus.br)

4. ASPECTOS HISTÓRICOS

No direito brasileiro, apenas no final do século XIX era possível falar-se sobre o conceito e características da preclusão. Como exposto alhures, somente no início do século XX é que seu estudo foi sistematizado por Giuseppe Chiovenda. O que ocorria anteriormente a esta época eram casos isolados, de perda de direito à prática de determinado ato em função da inércia e do decurso do tempo.

Ainda que apenas recentemente o instituto da preclusão começou a ser estudado pelos processualistas brasileiros, este é bastante antigo, existindo desde a época do direito romano-canônico. Naquela época, a preclusão tinha caráter punitivo, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, se dizia *poena preclusi*.¹⁹ Prossegue, esclarecendo que nos recentes estudos relacionados ao instituto da preclusão, este foi sistematizado sem qualquer conotação com a idéia de pena.

¹⁹ Humberto Theodoro Júnior, **A preclusão no direito processual civil**, p. 11.

No direito francês, no século XVIII, um elemento idêntico ao da preclusão foi adotado, denominado *forclusion*, que significava caducidade.

Anteriormente aos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, o processualista alemão Oscar Bülow já falava em *präklusion*²⁰, que significava o fenômeno pelo qual as partes perdem o direito de praticar determinado ato ou faculdade processual em razão de não tê-lo praticado no momento oportuno.

Assim, embora diferente e com características próprias, Chiovenda inspirou-se em Bülow para criar o instituto da preclusão, que no direito italiano, foi acolhido primeiramente pela doutrina e jurisprudência, constando expressamente na legislação italiana no Código de 1942.

Da mesma maneira no direito brasileiro, a preclusão foi acolhida primeiramente pela doutrina e jurisprudência, para posteriormente constar expressamente em nossa legislação. De fato, apenas na Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro, é que encontramos a menção ao instituto da preclusão. Também no Código de Processo Penal brasileiro de 1940, encontramos a menção a tal instituto na exposição de motivos, quando prevê que o juiz, na busca da verdade real, “não estará sujeito a preclusões”.

Contudo, ainda que não houvesse referência à preclusão propriamente dita, o Código de Processo Civil de 1939 já fazia aplicação do instituto, à medida que estabelecia uma ordem legal

²⁰ Cláudio Cintra Zarif, “**Preclusões**”, f. 10.

para a prática dos atos processuais, impondo a perda da faculdade de praticar o ato caso o momento próprio fosse superado.

Atualmente o instituto da preclusão tem plena aplicação em nosso ordenamento processual, sendo inclusive verificado nos mais recentes preceitos, como na Lei 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial.²¹

5. NATUREZA JURÍDICA

Tema bastante controverso é o que se refere à natureza jurídica da preclusão. Conforme mencionado no capítulo anterior, antigamente, na época do direito romano-canônico, a preclusão possuía um caráter punitivo.

Atualmente, diverge em muito o entendimento da doutrina no que concerne à natureza jurídica da preclusão. Alguns acreditam, conforme João Batista Lopes, que se trata de uma “*penalidade sui generis, que não depende de declaração judicial expressa, operando ipso iure*”. Não acarreta a perda do direito, apenas obsta que a parte omissa pratique intempestivamente determinado ato processual.²²

Prossegue, esclarecendo que *in casu*, penalidade não tem sentido de reprovabilidade, censurabilidade. Consiste no

²¹ O § 5º do artigo 12 da referida lei é um exemplo da passagem do instituto neste preceito, *in verbis*:

Art. 12 (...)

§ 5º A digitalização de autos em mídia não digital, em tramitação ou já arquivados, será precedida de publicação de editais de intimações ou da intimação pessoal das partes e de seus procuradores, para que, no **prazo preclusivo** de 30 (trinta) dias, se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de algum dos documentos originais. (negritos nossos)

²² João Batista Lopes, **Breves considerações sobre o instituto da preclusão**, p. 47.

impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão da prática de outro ato com ele incompatível. Encerra elucidando que essa penalidade “*não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo*”.

Divergindo da posição supra apontada, afirma José Frederico Marques que, *objetivamente* considerada, a preclusão é um fato jurídico impeditivo destinado a assegurar o progressivo avanço da relação processual e a coibir seu recuo para fases anteriores do procedimento. Por outro lado, *subjetivamente* considerada, entende o autor que se trata da perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica extinto. Complementa observando que as preclusões temporal e lógica são preclusões impeditivas, enquanto que a preclusão consumativa teria o caráter e natureza de fato extintivo.²³

Compartilham deste entendimento Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmarem que “*a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento*”.²⁴

Arruda Alvim afirma que a preclusão, verdadeiro princípio processual, para ser corretamente entendida, pressupõe a compreensão do conceito de *ônus*. Explica que a idéia de *ônus* é mais

²³ José Frederico Marques, **Instituições de direito processual civil**, p. 347.

²⁴ Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, p. 328.

branda que a idéia de obrigação, visto que, em caso de inércia da parte em praticar o ônus, esta não sofrerá sanção, diferentemente da obrigação que, em caso de descumprimento, a parte sofrerá conseqüências prejudiciais para si.²⁵

Aduz o jurista que a preclusão não se confunde com sanção. Sanção é conseqüência jurídica decorrente do descumprimento da norma jurídica ou da infração de um dever jurídico. No caso da sanção, supõe-se uma obrigação que, não sendo cumprida a tempo, será posteriormente em decorrência da aplicação da sanção. Exemplifica citando o caso de uma testemunha que se recusa a depor e é obrigada posteriormente a prestar o depoimento. No caso do ônus, diante da inércia da parte em praticar determinado ato, tal ato não poderá mais ser praticado, tampouco de forma coercitiva, de modo que estará preclusa a oportunidade para fazê-lo. Assim, conforme exemplificou, decorrido o prazo para a contestação, a parte não poderá mais contestar.

Parte da doutrina afirma que não há na preclusão qualquer caráter de penalidade ou sanção processual, visto que o ônus pela prática de determinado ato processual não deve ser entendido como obrigação, mas como mera faculdade.

Considerando que a preclusão atinge não só as partes, como também o juiz, nesse contexto, seria ilógico entender que o juiz fosse penalizado com a impossibilidade de rever uma decisão incidental em face da omissão da parte em impugná-la.²⁶

²⁵ Arruda Alvim, **Manual de Direito Processual Civil**, p. 495-496.

²⁶ Heitor Vitor Mendonça Sica, **Preclusão Processual Civil**, p. 262.

Interessante se faz apontar a posição de Fredie Didier Jr, quando defende que, em regra, se está diante de um efeito jurídico. Contudo, “pode compor o suporte fático de algum fato jurídico”.²⁷

Adotamos a posição de Arruda Alvim, que afasta a natureza jurídica de sanção e defende que a preclusão trata-se de ônus processual da parte, sendo que em caso de ato incompatível, consumação do ato, ou inércia da parte em praticá-lo, estará preclusa a oportunidade para fazê-lo.

Por conseguinte, a preclusão trata-se de um instituto, por apresentar características próprias, sendo ainda um princípio processual, pois está intimamente ligado à estruturação do procedimento.

²⁷ Fredie Diddier Jr., **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, p. 285. Exemplifica o mestre baiano: “Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é o elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material. A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal”.

6. ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRECLUSÃO SOB O VIÉS DE PRINCÍPIO

O instituto da preclusão assume também *status* de verdadeiro princípio, imperativo para ordenar e disciplinar o processo, sem o qual este nunca teria fim.

Ligado à estrutura processual, organiza e regula o procedimento, de forma a dotá-lo de rigidez. Assim, torna-se imprescindível para a não eternização e disciplina da lide.

Nesse sentido, vejamos a valiosa lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁸:

“Politicamente justifica-se a preclusão em virtude do princípio pelo qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento – como é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei – maior se torna a importância da preclusão”.

Opondo-se a esse princípio teríamos a situação em que as partes poderiam aduzir novas alegações e apresentar novas provas até o momento da sentença, regendo-se o processo não por uma seqüência legal, mas discricionária. Certamente tal situação traria verdadeira insegurança jurídica às partes, que passariam a encontrar “surpresas” no decorrer do procedimento, prejudicando demasiadamente as estratégias a serem seguidas pelos litigantes.²⁹

Forçoso concluir que a aplicação do princípio da preclusão representa uma garantia para a efetividade processual e homenageia o princípio da segurança jurídica, vedando o arbítrio das partes na regulamentação da marcha do processo.

²⁸ Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 329.

²⁹ Fernando Rubin, **Preclusão – Constituição e Processo**, p. 80 e ss.

7. OUTROS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRECLUSÃO

7.1. Acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça foi consagrado pela ordem jurídica constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que trouxe a redação de que: *“A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Entendido como direito de ação, ou garantia da inafastabilidade da jurisdição, o princípio do acesso à justiça compreende não somente o livre ingresso em juízo, mas o direito a um provimento jurisdicional célere, justo e efetivo.

A propósito, doutrina Firly Nascimento Filho *“O acesso (à justiça) deve ser efetivo e material, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar a situação ofertada, em prazo razoável”*.³⁰

Parece claro que o objetivo deste princípio é desobstruir o acesso à justiça, de forma a facilitar a efetiva, rápida e justa solução de litígios, com a devida prestação jurisdicional.

7.2 Impulso oficial

O princípio do impulso oficial é consagrado pelo art. 262 do Código de Processo Civil, que dispõe que *“o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”*.

A partir da exegese de sua redação, observa-se que a primeira parte do dispositivo legal remete aos princípios da demanda, também denominado princípio dispositivo, e princípio da inércia da jurisdição.³¹

A segunda parte da redação dispõe que o processo se desenvolve por impulso oficial, o que significa dizer que, embora por iniciativa das partes, uma vez instaurado o litígio, o processo não fica

³⁰ Firly Nascimento Filho, **Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil**. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 321.

³¹ Art. 2º, CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

adstrito à provocação das partes, pois *impulsiona-se* adiante por atos do juiz e dos auxiliares da justiça.

Assim, embora a jurisdição seja inerte, uma vez instaurado o processo, este não pode ficar à mercê das partes. O Estado tem interesse na solução do litígio, em vista da prevalência do interesse público sobre o particular. E é nesta seara que o Estado está autorizado a promover o andamento processual, visando seu desenvolvimento e conclusão na mais breve espaço de tempo possível, exaurindo-se, desta maneira, o dever estatal de prestar a atividade jurisdicional.

Com efeito, assim como a preclusão, o objetivo do princípio do impulso oficial é *impulsionar* o processo, rumo à solução final do conflito posto à apreciação do Poder Judiciário.

7.3. Eventualidade

Pelo princípio da eventualidade ficam as partes obrigadas a apresentarem, de uma única vez e no momento oportuno, todos os meios de ataque e defesa, sendo que os fatos ou argumentos não manifestados em momento oportuno estarão preclusos.

Desta forma, cabe ao réu formular, de uma única vez e na contestação, todas as matérias de defesa que possui, exceto, por óbvio, aquelas que constituem objeto específico de outras respostas ou incidentes, como as exceções e a reconvenção.

Nesse contexto, o princípio da eventualidade é também conhecido como princípio da concentração da defesa na contestação, e consiste na preclusão do direito de alegar em fases

posteriores do processo matéria de defesa não apresentada na contestação. Uma vez oferecida a contestação, tem-se por consumado o direito de defesa, ensejando, portanto, a preclusão consumativa, de forma que não poderá o réu apresentar novas alegações, salvo no caso de direito superveniente ou matérias de ordem pública.

O princípio da concentração da defesa na contestação encontra amparo nos artigos 300³² e 302³³ do Código de Processo Civil. Da análise dos dispositivos legais mencionados, conclui-se que cabe ao réu alegar na contestação toda a matéria de defesa, de forma que, na ausência de manifestação expressa sobre todos os fatos narrados na inicial, estes serão considerados incontroversos, e, portanto, presumidos verdadeiros, dispensando o autor de prová-los.

Por seu turno, o momento processual para o autor alegar e requerer o que de direito, especificando seu pedido, é na petição inicial, sendo que a este também é vedado, no caso de já ter sido citado o réu, modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento daquele.

Com efeito, o princípio da eventualidade para o autor encontra amparo jurídico no artigo 294 do Código de Processo Civil,

³² Art. 300, CPC: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

³³ Art. 302, CPC: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público”.

quando expressa que o autor somente poderá aditar seu pedido antes da citação.³⁴

Nesta esteira, cabe mencionar que, também com relação às provas, o momento de sua indicação é também na inicial, conforme artigo 282, inciso VI, do Código de Processo Civil. O entendimento do STJ é no sentido de que, *a priori*, na oportunidade da petição inicial, vale o protesto genérico por produção de provas, devendo tal pedido ser especificado após a vinda de eventual defesa (contestação), sendo que, fixados os pontos controvertidos da demanda, o juiz proferirá despacho chamando as partes a especificarem as provas que pretendem produzir. No caso de silêncio da parte quanto ao referido despacho, estará preclusa a oportunidade de produção de provas, ocasionando o julgamento antecipado da lide.³⁵

Em que pesem as diferenças de estilo, assim como no instituto da preclusão, o objetivo do princípio da eventualidade é impulsionar o processo, acelerando seu trâmite rumo ao provimento final. Possui ainda o escopo de evitar o elemento surpresa, com a produção de meios de ataque e defesa em qualquer momento do processo. Com a incidência do princípio da eventualidade, fica

³⁴ Art. 294, CPC: “Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”.

³⁵ PROCESSUAL CIVIL – PROVA – MOMENTO DE PRODUÇÃO – AUTOR – PETIÇÃO INICIAL E ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS – PRECLUSÃO.

- O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, Art. 283, VI); na segunda, após a eventual contestação, o Juiz chama à especificação de provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, Art. 324).

- **O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial.**

(STJ, 3ª Turma, Resp 329.034/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 14.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 263) (grifos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

delimitado nas peças processuais e em momento oportuno quais os meios de ataque e defesa que serão utilizados pelas partes, possibilitando desta forma a definição de estratégias.

O que ocorre é que, segundo Maurício Giannico, “a *preclusão é instituto muitíssimo mais amplo: sua aplicação não está adstrita ao âmbito dos ônus de afirmar e contestar, incidindo numa variedade enorme de outras hipóteses*”.³⁶

8. DIFERENÇAS COM OUTROS INSTITUTOS

Cabe neste capítulo expor algumas considerações sobre a preclusão e institutos afins, devido à constante confusão com

³⁶ Maurício Giannico, **A preclusão no direito processual civil brasileiro**, p. 31.

outros institutos do direito civil e direito processual civil, como a *decadência*, *prescrição*, *perempção*, e *coisa julgada*. O presente capítulo não visa, contudo, esgotar o assunto, mas apenas demonstrar suas principais diferenças com referidos institutos.

8.1. Preclusão e decadência

A semelhança entre os dois institutos apenas se nota quando se trata da preclusão temporal, pois ambos possuem em comum o elemento “tempo”. Ademais, ambos carregam a idéia de “perda” em razão da “inércia”, tendo em comum a extinção de um direito por não ter sido o mesmo praticado no tempo devido.

Contudo, cada um desses institutos tem sua identidade própria, e carregam relevantes diferenças quanto ao objeto, à finalidade e quanto aos efeitos.

Nesse contexto, vale relembrar o conceito de decadência, para melhor elucidar a questão. Segundo Fredie Didier Jr. “a *decadência ou caducidade é a perda do direito potestativo em razão do seu não exercício no prazo legal ou contratualmente estabelecido. Este prazo, em razão disso, recebe o nome de prazo decadencial (...)*.” Esclarece que a decadência é fato que pode ser alegado e apreciado a qualquer tempo e grau de jurisdição, e que conforme artigo 269, IV, CPC, implica a extinção do processo com resolução do mérito.³⁷

Portanto, diferentemente do que ocorre com a preclusão, a decadência atinge o direito ao próprio exercício da

³⁷ Fredie Diddier Jr., **Curso de Direito Processual Civil**, Volume I , p. 557.

pretensão para praticar determinado poder, sendo que a sua ocorrência acarreta o perecimento do direito.

A decadência é matéria de ordem pública. Pode ser argüida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, podendo ainda ser conhecida *ex officio* pelo juiz na modalidade legal (art. 210 do CC-2002).

Quanto ao objeto, a decadência versa sobre direitos substanciais, extinguindo-os. Por seu turno, a preclusão é instituto eminentemente processual, versando, portanto, sobre direitos processuais.

A decadência é um fenômeno extraprocessual, porquanto tem seus efeitos verificados fora do processo. Este fenômeno fulmina o próprio direito material, implicando em óbice para que o direito que decaiu venha a ser novamente pleiteado em juízo, impedindo que seja iniciado um novo processo. A preclusão, por sua vez, tem seus efeitos restritos apenas ao processo no qual se operou.

Por fim, quanto à finalidade, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que, tanto a decadência quanto a preclusão, objetivam a paz e harmonia social, por meio da certeza das relações jurídicas. A diferença consiste, contudo, no escopo primordial da preclusão, qual seja, impulsionar o processo, alcançando-se seu desfecho na maior brevidade possível.

8.2. Preclusão e prescrição

Semelhantemente como ocorre com a decadência, a preclusão e a prescrição também têm em comum a idéia de “perda”,

ocasionada pelo “tempo” e pela “inércia”. Contudo, não obstante essa semelhança, a preclusão e a prescrição não se confundem.

Seguindo os ensinamentos de Fredie Didier Jr., “a *prescrição encobre a eficácia de determinada pretensão, em razão do não exercício dela em determinado lapso de tempo (art. 189 do CC-2002)*”. Esclarece que a “*prescrição pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição*” e ainda que “*a decisão que acolhe a prescrição é decisão de mérito porquanto diga respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida*”.³⁸

Logo a prescrição é um prazo dentro do qual pode ser exercitado o direito de ação, e caso não o seja, consoante teoria civilista, a ação estará prescrita, embora o direito ainda permaneça.

Assim, a prescrição diz respeito ao próprio direito de ação, e é nesse contexto que não deve ser confundida com a preclusão, pois esta última demanda a idéia de perda do direito de praticar determinado ato ou faculdade processual, o que pressupõe o regular direito de ação.

A prescrição atinge um direito de ordem patrimonial, e assim como a decadência se revela fora do ambiente do processo, enquanto que a preclusão apenas se revela dentro do ambiente do processo.

Da mesma forma como a decadência, a prescrição é considerada um instituto de direito substancial, de sorte que a preclusão é um instituto de direito processual.

Por fim, a finalidade dos institutos da preclusão, decadência e prescrição se identificam, na medida em que todos

³⁸ Fredie Diddier Jr., op. cit, p. 557-558.

visam à paz e harmonia social. A diferença é que, tanto a prescrição quanto a decadência, visam evitar que as situações indefinidas assim permaneçam *ad eternum*, enquanto que a preclusão visa impulsionar o processo.

8.3. Preclusão e perempção

A perempção é um instituto processual verificado no caso de extinção do processo por abandono do autor. Consoante melhor doutrina, trata-se de sanção processual, aplicada quando o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, por 3 (três) vezes. No caso de propositura da mesma demanda pela quarta vez, esta será extinta sem julgamento de mérito, em razão da perempção³⁹.

A perempção atinge o direito do autor de intentar o mesmo litígio perante o Poder Judiciário, não obstante a possibilidade de alegá-lo como matéria de defesa.

Embora coincidir com o instituto da preclusão no que tange à idéia de “perda”, em razão do “tempo” e da “inércia”, os institutos da preclusão e perempção não se confundem.

O objetivo da perempção é evitar que o Estado fique à mercê do autor para atender à prestação jurisdicional em suas infundáveis reproposituras de ação. Trata-se de sanção processual e

³⁹ Art. 267. “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

Art. 268. (...)

Parágrafo único. “Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no inciso III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa seu direito”.

seus efeitos são verificados além do processo, enquanto que a preclusão, por seu turno, trata-se da perda de um direito consistente na prática de um ato ou faculdade processual dentro do âmbito do processo, e visa impulsioná-lo adiante.

Por fim, vale mencionar que outra diferença verificada é que a ocorrência da perempção depende de alegação do réu⁴⁰, o que não ocorre com a preclusão, que independe de alegação da outra parte.

8.4. Preclusão e coisa julgada

Conforme conceito adotado pela redação do artigo 467 do Código de Processo Civil, *“denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*.

Trata-se de instituto jurídico que integra o conteúdo do princípio da segurança jurídica, e que possui como principal característica a imutabilidade da decisão judicial.

Pela coisa julgada o direito incorpora-se ao patrimônio jurídico do titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial.

Opera-se a coisa julgada somente com relação às sentenças, especificamente quanto à parte dispositiva, das quais não cabem mais recursos, sendo que quanto às decisões interlocutórias transitadas em julgado, opera-se a preclusão.

⁴⁰ Súmula 240, STJ: “A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

Há quem defenda que decisões interlocutórias não transitam em julgado, apenas precluem, sendo que apenas as sentenças transitam em julgado. Porém, em que pese sua grande importância, não nos aprofundaremos em tal discussão por fugir do foco do presente trabalho.

A imutabilidade da decisão judicial tem seus efeitos projetados dentro ou fora do processo, daí falar-se em coisa julgada formal e material.

A coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença dentro do processo no qual foi proferida, porquanto não caiba mais recurso ⁴¹. Nessa esteira, podemos pensar que as decisões que extinguem o processo sem julgamento de mérito, arroladas nos incisos do artigo 267 do Código de Processo Civil, formam a coisa julgada formal, porquanto possam ser discutidas em outro processo, no caso de repropositura da demanda, exceto nos casos de perempção, litispendência ou coisa julgada, por força de que dispõe o artigo 268, CPC⁴².

⁴¹ Nesse contexto, é de grande valia a lição de Cândido Rangel Dinamarco, **in Instituições de Direito Processual Civil**, p. 297: “Coisa julgada formal é a *imutabilidade da sentença como ato jurídico processual*. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará. No processo em que se deu a coisa julgada formal, o ato jurídico *sentença* é representado pela sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja *transitado em julgado*. A coisa julgada formal é um dos dois aspectos do instituto da coisa julgada e opera exclusivamente no interior do processo em que se situa a sentença sujeita a ela”.

⁴² Não poderíamos deixar de citar mais uma valiosa lição do grande mestre Cândido Rangel Dinamarco, *in Instituições...*, op. cit., p. 296: “Quando a sentença se limita a decidir sobre o processo, extinguindo-o sem julgamento do mérito, sua imutabilidade é fenômeno puramente processual, inerente e interno ao processo que se extingue, sem repercussões na vida das pessoas em suas relações exteriores a ele: simplesmente, aquele processo deixa de existir e provavelmente as partes ainda poderão voltar a juízo, com o mesmo conflito a ser apreciado pelo juiz”.

Quanto à coisa julgada material, conforme já esclarecido, o Código de Processo Civil a conceitua no artigo 467 como *a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso*.

A coisa julgada material é a *imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*⁴³ (art. 269, CPC). Seus efeitos se projetam para fora do processo, atingindo a vida das pessoas e impedindo que se reabra a discussão sobre o mesmo litígio, exceto nos casos excepcionais arrolados no artigo 485, CPC.

Não há dificuldade em diferenciar a coisa julgada material da preclusão. A preclusão trata-se de um fenômeno endoprocessual, porquanto seus efeitos estão adstritos ao processo no qual ela se opera. A coisa julgada material extrapola os efeitos do processo, conforme aduzido no parágrafo anterior. A preclusão é instituto de direito processual, sendo a coisa julgada material instituto de direito substancial. A problemática reside na diferenciação entre preclusão e coisa julgada formal.

Primeiramente, convém traçar algumas peculiaridades da coisa julgada, tanto formal quanto material, para assim distingui-la da preclusão.

Inicialmente, colocamos que a preclusão atua em todas as fases do processo, e não somente no final, enquanto que a coisa julgada é verificada apenas no final do processo.

Outra diferença é que, como veremos adiante, a preclusão não atinge as matérias de ordem pública, sendo possível ao juiz apreciá-las a qualquer tempo, mesmo que já tenha havido pronunciamento judicial acerca de tais questões, exceto nos casos

⁴³ Cândido Rangel Dinamarco, Instituições..., op. cit., p. 301.

em que a competência para julgá-las passa a ser da instância superior. Sobre as matérias de ordem pública, estudaremos com maior profundidade nos capítulos destinados a estudar as preclusões para o juiz e no capítulo que se refere à preclusão e sua relação com os recursos.

Ademais, a preclusão, como exhaustivamente demonstrado, é a perda do direito de praticar determinado ato ou faculdade processual, incidindo apenas nas determinadas faculdades processuais ou questões individualmente consideradas. A coisa julgada incide sobre todo o processo, ou seja, consiste na imutabilidade da sentença que extingue o processo, não sendo possível a prática de quaisquer atos processuais em razão da extinção.

Passemos agora a cuidar da diferenciação entre preclusão e coisa julgada formal, a mais difícil de todas as comparações até agora feitas no presente trabalho.

A preclusão, assim como a coisa julgada formal, são fenômenos endoprocessuais, porquanto operam seus efeitos apenas dentro do processo no qual se originaram. Daí falar-se que a coisa julgada formal seria a *preclusão máxima*.

Nesse contexto, interessante se faz transcrever o ensinamento de Manoel Caetano Ferreira Filho⁴⁴:

“A preclusão torna imutável uma decisão singularmente. Já a coisa julgada formal, tornando imutável a sentença, gera a imutabilidade, daquele mesmo processo, de todas as demais questões que lhe foram lógicas e anteriormente decididas. Daí porque falar-se em ‘preclusão máxima’. Não se trata de uma mera preclusão de questão, mas sim da preclusão de todas as questões que foram suscitadas e decididas no processo”.

⁴⁴ Manoel Caetano Ferreira Filho, **A preclusão no direito processual civil**, p. 72.

Este entendimento, de que compartilha grande parte da doutrina, baseia-se na idéia de que a coisa julgada formal seria a última preclusão ocorrida dentro do processo, mas que abarca todas as preclusões ocorridas dentro dele. Do início do processo até o seu fim, com o trânsito em julgado da sentença, várias preclusões já se consumaram. A coisa julgada formal seria a preclusão do processo como um todo.

Em outras palavras, seria uma consequência da preclusão do recurso cabível contra a sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito. Por conseguinte, antes da sentença e enquanto este ato for recorrível, é possível ocorrer a preclusão de faculdades e de questões. Contudo, após o trânsito em julgado da sentença, havendo a preclusão da faculdade de interpor recursos, ocorrerá a coisa julgada formal.

De outro viés, há vozes de peso na doutrina que defendem que preclusão e coisa julgada formal são institutos idênticos. Sustentam que, dentre todas as preclusões ocorridas dentro do processo, a coisa julgada formal é apenas a última delas.

Defendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁵ que *“... a denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se na verdade, de preclusão e não de coisa julgada.”*

Apud João Batista Lopes⁴⁶, Celso Agrícola Barbi e Lopes da Costa propõem a eliminação do conceito de coisa julgada formal, sob o argumento de que se confundiria com o de preclusão.

⁴⁵ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, p. 767.

⁴⁶ João Batista Lopes, **Breves considerações sobre o instituto da preclusão**, p. 46.

Em que pese tal posição ter sido recusada pela generalidade da doutrina, há quem concorde com ela. Humberto Theodoro Júnior⁴⁷ opinou da seguinte maneira:

“Ora, se o que fecha o processo é a impossibilidade de recorrer (preclusão da faculdade recursal), onde ficaria a coisa julgada formal, senão no lugar do efeito imediato da própria extinção do direito de recorrer? Não há como separar as duas noções, de maneira que a coisa julgada formal não é outra coisa que a última preclusão ocorrida dentro do processo.

Não há utilidade prática nem teórica em distinguir a coisa julgada formal da preclusão.

Em conclusão, pode-se afirmar que não há sentença de mérito que não faça coisa julgada *material*. Logo, coisa julgada *formal* – repita-se – não é senão a última preclusão que, dentro do processo, prepara o campo para a formação da coisa julgada material, que por sua vez, irá projetar-se no mundo exterior à relação processual que se exauriu graças à derradeira preclusão provocada pela coisa julgada formal.

Daí o acerto da lição de Lopes da Costa e de Celso Barbi, sobre a total desnecessidade de separar a noção de coisa julgada formal da idéia de preclusão. Naturalmente, a preclusão é um fenômeno muito mais amplo, pois abraça todas as faculdades processuais e quase todas as questões decididas antes da sentença. Pretender classificar como *coisa julgada formal* a extinção da faculdade de recorrer da sentença definitiva corresponde apenas a uma tradição mais pedagógica e prática que científica.

Coisa julgada formal é, com efeito, apenas e tão-somente um último elo da cadeia das sucessivas preclusões que encaminham a relação processual para a coisa julgada material, esta, sim, um fenômeno que ultrapassa a preclusão e se manifesta fora do processo em que a sentença foi proferida.

Que diferença de natureza haveria entre a irrecorribilidade de uma sentença terminativa e de uma sentença de mérito? Por que se pretender que uma se sujeita à preclusão e outra à coisa julgada formal, como se isto fosse substancialmente diverso nos dois casos? O fenômeno é rigorosamente o mesmo: as partes não poderão mais impugnar a sentença dentro da relação processual finda, nem o Juiz poderá alterá-la dentro do mesmo processo.

A coisa julgada formal não precisa, enfim, de um lugar fora do fenômeno da preclusão processual, porque não tem efeito algum além do de qualificar a sentença como *irrecorrível* “por força da preclusão dos recursos”.

⁴⁷ Humberto Theodoro Júnior, **A preclusão no direito processual civil**, p. 28.

Contudo, apesar da notável semelhança, a preclusão e a coisa julgada formal não se confundem.

A principal diferença entre os dois institutos é que a coisa julgada formal somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença terminativa de primeiro grau, enquanto que a preclusão é instituto que ocorre durante todo o *iter* processual.

A coisa julgada formal não se trata simplesmente de preclusão de questões. Sendo a última preclusão ocorrida dentro do processo, não se trata apenas de uma espécie de preclusão, mas de um fenômeno que abarca todas as preclusões ocorridas dentro do processo, dotando o processo como um todo da característica da imutabilidade.

E para encerrar a discussão acerca da comparação entre os dois institutos, trazemos a precisa lição de José Manoel de Arruda Alvim⁴⁸:

“Sem embargo de a coisa julgada formal originar-se da preclusão, que se substancia na não interposição do recurso, ambas não se confundem. A preclusão diz respeito ao não uso do recurso, ao passo que a coisa julgada formal encerra e fecha o processo, pondo-lhe um ponto final”.

Assim, respeitadas as opiniões em contrário, entendemos que preclusão e coisa julgada formal tratam-se de institutos distintos.

⁴⁸ José Manoel de Arruda Alvim, **Manual de Direito Processual Civil**, p. 465.

9. PRECLUSÕES PARA O JUIZ

Em que pese o entendimento consagrado pela doutrina acerca da existência de preclusões para o juiz, há quem defenda o contrário. João Batista Lopes diz que a preclusão atinge somente às partes. Para este autor, a proibição de o juiz decidir novamente as questões já decididas (art. 471, CPC) decorre do princípio *ne bis in idem*⁴⁹.

Contudo, pode-se dizer que este posicionamento é isolado. Vale lembrar que no presente trabalho, no capítulo destinado à *classificação triplíce*, no item destinado à *preclusão temporal*, esclarecemos que essa modalidade de preclusão atinge somente as partes, visto que os prazos estipulados no Código de Processo Civil para que os magistrados pratiquem atos de sua competência tratam-se de *prazos impróprios*, que são aqueles cujo descumprimento não acarreta consequência jurídica.

Inobstante o fato de que a preclusão temporal não atinge ao juiz, há outras modalidades de preclusão que se referem ao magistrado. Manoel Caetano Ferreira Filho afirma que a única modalidade de preclusão que atinge ao juiz seria a *consumativa*⁵⁰. Contudo, o entendimento consagrado pela doutrina é o de que além da preclusão *consumativa*, também a preclusão *lógica* afeta o magistrado, conforme explicamos anteriormente. Sidney Pereira de Souza Junior afirma com razão que o magistrado não poderá “*agir de modo ilógico no decorrer do feito*”⁵¹.

⁴⁹ João Batista Lopes, **Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional**, p. 32-33.

⁵⁰ Manoel Caetano Ferreira Filho, **A preclusão no direito processual civil**, p. 25.

⁵¹ Sidney Pereira Souza Junior, **A preclusão pro judicato na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC / Comentários ao Resp 345.436-SP)**, p. 265.

João Batista Lopes, mesmo afirmando que a preclusão não atinge a atividade do juiz, sustenta que, quanto ao magistrado, fala-se em preclusão *pro judicato*⁵².

Com efeito, a preclusão *pro judicato* encontra o seu fundamento jurídico no artigo 471, CPC, que diz que “*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*”. Apesar do dispositivo legal se localizar no Código Processual Civil na seção da coisa julgada, trata-se de verdadeira preclusão de questões.

Daí verifica-se a razão dos autores que afirmam que a preclusão *consumativa* atinge ao magistrado, vez que a preclusão *pro judicato* na forma do artigo 471, CPC, trata-se de preclusão *consumativa* na medida em que dispõe categoricamente que ao juiz é vedado decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide. Apud Humberto Theodoro Júnior, “*com o pronunciamento acerca da questão o Juiz presta a função jurisdicional devida, concluindo o que lhe competia*”⁵³.

O artigo 471, CPC, relaciona-se diretamente com o artigo 463, CPC, que diz que depois de publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la para corrigir inexatidões materiais, erros de cálculo ou através de embargos de declaração. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam ser verdadeira hipótese de preclusão consumativa para o juiz, e complementam aduzindo que a decisão prolatada nos casos de improcedência liminar (art. 285-A, CPC) e de

⁵² João Batista Lopes, **Os poderes do juiz...**, op. cit., p. 33.

⁵³ Humberto Theodoro Júnior, **A preclusão no direito processual civil**, p. 19.

sentença que indefere a inicial (art. 296, CPC) constituem exceção ao artigo 463, CPC, e assim à preclusão consumativa para o juiz⁵⁴.

Com efeito, os casos de improcedência *prima facie* encontram previsão legal no artigo 285-A do CPC, sendo que o parágrafo primeiro dispõe que se o autor apelar é facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, reformar sua decisão e determinar o regular prosseguimento do feito, ordenando a citação do réu. O parágrafo segundo ressalva que, sendo mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

No caso de indeferimento da inicial, existe a hipótese de retratação da sentença pelo juiz no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contadas da interposição do recurso de apelação. No caso de retratação, o magistrado dará prosseguimento ao feito determinando a citação do réu.

O juízo de retratação de que cuida o artigo 296, CPC, origina-se do nosso próprio ordenamento jurídico. Embora o atual Código de Processo Civil instituir o recurso de apelação como cabível contra as sentenças terminativas (art. 267, CPC), ou definitivas (art. 269, CPC), de certo que o estatuto de 1939 previa o agravo de petição como recurso cabível contra as sentenças terminativas, o qual possuía o juízo de retratação como característica intrínseca.

Assim o atual Código de Processo Civil retirou o recurso de agravo de petição do ordenamento jurídico e unificou o recurso contra as sentenças, independente de sua natureza, apenas mantendo a previsão do juízo de retratação nas hipóteses de interposição do recurso de apelação contra sentença que indefere a

⁵⁴ Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero, **Código de processo civil comentado artigo por artigo**, p. 441.

inicial (art. 296, CPC), e mais tarde concedendo o juízo de retratação aos casos de improcedência *prima facie* (art. 285-A, CPC).

Neste diapasão, convém destacar a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves, quando afirma que, no caso de não conhecimento do recurso de apelação, pela falta de algum dos requisitos de admissibilidade, não será possível ao magistrado reformar sua decisão via juízo de retratação, não em virtude de preclusão, mas da coisa julgada, operada em virtude do não recebimento da apelação⁵⁵.

Outra importante exceção à preclusão para o juiz trata-se do juízo de retratação previsto para as decisões interlocutórias. O sistema processual prevê a possibilidade de retratação pelo magistrado no caso de interposição do recurso de agravo (art. 523, § 2º, CPC). Por conseguinte, seguindo o raciocínio do mestre Humberto Theodoro Junior, no caso de não interposição do recurso de agravo, opera-se a preclusão *pro judicato* tanto para as partes quanto para o juiz⁵⁶.

Finalmente, quanto às matérias de ordem pública, estas não estão sujeitas à preclusão. A lei processual expressamente exclui a incidência da preclusão *pro judicato* nas matérias conhecíveis de ofício pelo juiz, conforme se extrai da leitura dos arts. 219, § 5º, 267, § 3º e 301, § 4º, CPC.⁵⁷

⁵⁵ Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 276.

⁵⁶ Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 19.

⁵⁷ Art. 219 (...)

§ 5.º “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Art. 267 (...)

§ 3.º “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o

réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Art. 301 (...)

§ 4.º “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

Neste sentido, vejamos o entendimento pacífico do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA DE ANUIDADES POR CONSELHO PROFISSIONAL. ARTIGO 535, II, CPC. ALEGADA VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. **CONHECIMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.**

1. No tocante à alegada violação do disposto no artigo 535 do CPC, o recurso especial não merece provimento. Sabe-se que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

2. Reconhece-se que ambas as questões tratadas nos presentes autos – inadequação da via eleita e legitimidade da parte – são **matérias de ordem pública, o que autoriza seu conhecimento ex officio nas instâncias ordinárias e, em casos excepcionais, pelas instâncias extraordinárias. É cediço que as matérias de ordem pública não se submetem a seus efeitos nas instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi vi do disposto no artigo 267, § 3º, do CPC.**

3. Recurso especial parcialmente provido, com a determinação de retorno dos autos à origem.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1175100/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 05.04.2011, DJ em 13.04.2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. OFENSA INEXISTENTE. **MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA NÃO SE SUBMETEM A PRECLUSÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.** ENUNCIADOS NS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ.

Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o arresto atacado nos embargos de declaração não padece, como na hipótese, de qualquer omissão, contradição, ou obscuridade.

As matérias de ordem pública podem ser levantadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, inexistindo preclusão em relação a elas. Precedentes do STJ.

O recurso especial não se presta à interpretação de cláusulas contratuais nem à reapreciação do suporte fático-probatório da causa, a teor dos enunciados ns. 5 e 7 da Súmula deste Pretório.

Dissídio Pretoriano não configurado em razão do descumprimento dos regramentos legais pertinentes e da dessemelhança fática entre os arestos citados e a hipótese vertente.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, 4ª Turma, Resp n. 781050/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 09.06.2006, DJ em 26.06.2006) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. EXISTÊNCIA DE ANTERIOR CONFLITO DE COMPETÊNCIA, JULGADO PELO STJ ANTES DO ADVENDO (“SIC”) DA EC 45/04. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE REEXAME DA QUESTÃO.**

1. A implementação da regra que estabelece a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações de indenização por danos causados em acidente de

Desta forma, mesmo que já tenha havido pronunciamento judicial acerca das questões de ordem pública, poderá o juiz reapreciá-las, sem contudo ferir o princípio da segurança jurídica, já que a violação de tais matérias acarreta nulidade absoluta,

trabalho (EC 45/04) ocorreu com a ressalva de que a competência material da Justiça do Trabalho não alcança os processos em trâmite na Justiça Comum Estadual, nos quais já tenha sido proferida sentença de mérito.

2. A competência em razão da matéria, por ser absoluta e inderrogável, é **matéria de ordem pública, não sujeita aos efeitos da preclusão pro judicato**. Precedentes.

3. Há grande incoerência em admitir o julgamento de mérito de ação de indenização pelo Juízo Comum Estadual quando se sabe que os Tribunais Superiores desenvolveram entendimento completamente destoante daquele que conduziu ao resultado do julgamento de conflito de competência anterior, ainda que na mesma lide.

4. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE GUARAPUAVA-PR.

(STJ, 2ª Seção, CC 102531/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.08.2010, DJ em 06.09.2010)

(negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. CESSÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA A EXECUÇÃO, SÚMULA 211 DO STJ. **PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.**

1. Ausente a violação ao art. 535, do CPC, pois afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Ausência de prequestionamento quanto à legitimidade do cessionário de crédito-prêmio de IPI para figurar no pólo ativo da execução. Incidência da Súmula n. 211/STJ.

3. **Não há que se falar em preclusão pro judicato, pois é possível ao julgador revogar decisão que dispôs sobre a viabilidade das substituições processuais, por se tratar o reconhecimento da ilegitimidade ativa de matéria de ordem pública.** Precedentes: Resp. n. 955.005/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 26/02/2008, EREsp. n. 295.604/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.9.2007; Resp. n. 327.168/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.8.2004; Resp. n. 1.054.847/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.11.2009; Resp. n. 781.050/MG, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 9.5.2006.

4. Diante da especificidade da sentença que reconheceu a existência do direito ao crédito-prêmio de IPI, sequer a autorização da Fazenda Nacional poderia suprir a legitimidade do cessionário na execução. Isto porque o direito reconhecido para os cedentes é o do creditamento na forma dos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei n. 461/69, implicando em providências de compensação nos livros de apuração do IPI que somente poderiam ser tomadas pelos próprios cedentes, jamais pelos cessionários.

5. Dúvida levantada pela Corte de Origem a respeito da própria existência do crédito cedido, o que prejudica o interesse e a legitimidade do cessionário.

6. Agravo regimental não provido.

(STJ, 2ª Turma, AgRg no Resp n. 959518/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 23.03.2010, DJ. em 12.04.2010) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

o que pode ensejar a propositura de ações autônomas de impugnação à coisa julgada (ação rescisória).

Destarte, em se tratando de *prescrição, pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições da ação*, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo ser analisadas de ofício pelo juiz ou ainda pelo tribunal, por força do efeito translativo dos recursos.

Nesse diapasão, vale comentar a importante exceção trazida por Maurício Giannico: a chamada preclusão hierárquica, a qual consiste no impedimento do juiz de primeiro grau em rever as matérias de ordem pública decididas pelo órgão superior, as quais passam a valer, nas palavras do mestre, *de forma irrestrita e irrevogável*.⁵⁸

Por fim, esclarecemos que previsão legal de que as matérias de ordem pública podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição abrange apenas os primeiro e segundo graus de jurisdição, já que com relação às instâncias extraordinárias, em tese, deve ser respeitado o requisito do prequestionamento como condição de admissibilidade do recurso, discussão que enfrentaremos adiante, no capítulo sobre preclusão e recursos.

9.1. Preclusão e despacho saneador

Após a fase postulatória, o juiz determina providências com o fim de eliminar defeitos ou irregularidades processuais, para assim seguir o feito adiante, organizando a fase instrutória. Conforme

⁵⁸ Maurício Giannico, **A preclusão no direito processual civil brasileiro**, p. 49.

ensina Cândido Rangel Dinamarco, *sanear significa sanar, curar, purificar*⁵⁹.

O magistrado poderá determinar a forma pela qual organizará o feito, se por escrito ou oralmente, através da audiência preliminar, na forma do artigo 331, CPC.

A audiência preliminar não é obrigatória, sendo que a sua não realização não gera qualquer invalidade processual. Com efeito, o § 3º do artigo 331, CPC, expressamente prevê que “*se o direito em litígio não admitir transação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 2º*”. Por seu turno, o § 2º do citado dispositivo legal menciona que “*se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.*”

Assim, não sendo o caso de audiência preliminar, ou julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-330, CPC), o juiz proferirá o chamado “despacho saneador”, o qual consiste em decisão escrita, que deverá conter o exame das questões processuais pendentes, a fixação dos pontos controvertidos e a delimitação da atividade probatória, declarando saneado o feito. Sendo o caso de audiência preliminar, a decisão de saneamento será proferida oralmente na audiência.

A questão que nos interessa consiste na eficácia preclusiva da decisão de saneamento. A jurisprudência do STJ diverge

⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 548.

quanto à questão ora posta em debate, conforme se confere das ementas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. **A jurisprudência do STJ firmou orientação no sentido de que “Nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício ((arts. 267, § 3º e 301, § 4º, CPC)”** (Resp n. 285.402/Rs, 4ª T., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.05.2001).

2. Recurso especial provido

(STJ, 1ª Turma, Resp n. 847390/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 06.03.2007, DJ. em 22.03.2007, p. 302) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE SANEAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. **As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação – mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo).**

2. Recurso especial provido.

(STJ, 3ª Turma, Resp n. 1254589/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 30.09.2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSUAL CIVIL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – QUESTÃO PRECLUSA POR R. DECISUM SANEADOR QUE RESTOU IRRECORRIDA – AGRAVO IMPROVIDO.

1. **Afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo recurso, não há como rediscutir a matéria em sede de apelação, em face da preclusão.**

2. Agravo improvido.

(STJ, 3ª Turma, AgRg no Resp, n. 1045481/PR, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 07.08.2008, DJ. em 28.08.2008) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO REJEITADA NO DESPACHO SANEADOR. QUESTÃO RENOVADA NA APELAÇÃO. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO.

1. **Afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição do recurso de agravo de instrumento, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de ofensa ao instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria.**

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 4ª Turma, AgRg no Resp n. 1147834/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10.05.2011, DJ em 19.05.2011)(negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Na doutrina, prevalece o entendimento de que a decisão que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo não se submete à preclusão *pro judicato*, por força do que dispõe o § 3º do art. 267, CPC⁶⁰.

Apud Eduardo Talamini⁶¹, Bermudes opina que quando o magistrado expressamente decide sobre as questões processuais pendentes, haveria preclusão apenas para a parte, caso esta não agravasse. Moniz de Aragão cita inclusive que pode o juiz rever seu posicionamento acerca da decisão sobre a presença dos pressupostos processuais e as condições da ação, caso entenda haver-se equivocado no primeiro exame. Compartilha deste entendimento Cruz e Tucci, que sustenta que o magistrado pode reapreciar as matérias conhecíveis de ofício independente de agravo. Talamini ainda cita os nomes de Ovídio Baptista da Silva, Vicente Greco Filho e Luiz Rodrigues Wambier, autores que negam o caráter preclusivo da decisão declaratória de saneamento, mesmo que expressa quanto às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Contra, defendendo o caráter preclusivo da decisão saneadora, cita Barbosa Moreira, para quem *“tal decisão, se não agravada, tem eficácia preclusiva não só quanto aos temas expressamente abordados quanto aos que, conhecíveis de ofício ou tendo sido suscitados, não foram decididos”*.⁶²

⁶⁰ Nesse contexto, valiosa a leitura Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 233-255.

⁶¹ Eduardo Talamini, **Saneamento do processo**, p. 101-102.

⁶² Apud Eduardo Talamini, op. cit., p. 100.

Rogério Lauria Tucci menciona que “havendo decisão expressa e não interposto agravo, não se pode redecidir”.⁶³ Contudo, dá a entender que mesmo as questões implícitas, aquelas não decididas expressamente, não poderiam ser rediscutidas após a decisão de saneamento.

Apud a mesma obra, para José Joaquim Calmon de Passos, havendo decisão expressa e não interposto o agravo, ocorre preclusão tanto para o juiz quanto para o tribunal. Na falta de decisão expressa, ocorre a preclusão somente para o juiz. Contudo, apresenta diversas ressalvas e exceções que contrariam sua tese, exemplos: não há preclusão para os pressupostos de existência; para a incompetência absoluta (art. 113, § 1º, CPC); para os atos praticados no processo por pessoa sem capacidade postulatória ou por advogado sem procuração, posto que inexistentes, etc.

Frederico Marques defende a ocorrência da preclusão de questões expressamente decididas na ausência do recurso de agravo. O mesmo ocorre na hipótese de questões que foram suscitadas pela parte e não foram mencionadas pelo juiz que deu por saneado o processo. Contudo, consigna que não há preclusão de questões que não foram apontadas nem pela parte nem pelo juiz, mesmo que sua ocorrência pudesse ser verificada anteriormente ao saneamento.

Fredie Didier⁶⁴ opina que há preclusão para o reexame de questões inerentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, e explica que o fato da possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões não significa que as mesmas poderão ser decididas novamente, apenas poderão ser decididas sem a

⁶³ Ibid., p. 101.

⁶⁴ Fredie Diddier Jr., **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, p. 526.

provocação das partes, sendo irrelevante o momento em que serão apreciadas. Não obstante, reconhece que sua posição é minoritária e cita a Conclusão n. 9 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: “*Em se tratando de condições da ação não ocorre preclusão mesmo existindo explícita decisão a respeito*”.

Didier afirma que a decisão que resolve a fase saneadora deve ser expressa: “*não se admite a preclusão do exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita*”. Fundamenta esta posição no princípio constitucional do dever da motivação, insculpido no art. 93, IX, CF/88. Assim, para o mestre baiano, somente poderá ocorrer preclusão com relação às questões expressamente decididas caso não interposto o agravo, ou com agravo não conhecido⁶⁵.

Manoel Caetano Ferreira Filho opina de maneira semelhante à de Fredie Didier: para o autor, quanto às questões não mencionadas na decisão saneadora, não haveria preclusão, posto que não há que se falar em decisão implícita. Quanto às questões expressamente decididas, não interposto o agravo, não poderiam ser reapreciadas pelo juiz de primeiro grau. Explica que a autorização para decidir as questões de ordem pública a qualquer tempo não poderia ser confundida com permissão ao juiz para redecidir, sendo permitido apenas ao tribunal (inclusive os superiores) examinar a matéria de ofício, pois haveria verificação inédita em novo grau de jurisdição⁶⁶.

Apud Eduardo Talamini⁶⁷, Moniz de Aragão defende a inexistência de pronunciamento expreso sobre as condições da ação

⁶⁵ Fredie Diddier Jr., op. cit, p. 528-529.

⁶⁶ Manoel Caetano Ferreira Filho, **A preclusão no direito processual civil**, p. 104-115.

⁶⁷ Eduardo Talamini, op. cit., p. 100.

e dos pressupostos processuais, a não ser em casos de extinção do processo.

Barbosa Moreira também reconhece a possibilidade de decisão implícita, quando aponta a eficácia preclusiva da decisão saneadora *“não só quanto aos temas expressamente abordados quanto aos que, conhecíveis de ofício ou tendo sido suscitados, não foram decididos”*. Assim também Rogério Lauria Tucci e Calmon de Passos, posições já comentadas acima.

Contudo, suas opiniões são isoladas. Conforme exposto nas opiniões de Fredie Didier e Manoel Caetano Ferreira Filho, não há que se falar em decisão implícita, posto que fere o princípio constitucional da fundamentação das decisões, insculpido no art. 93, IX, CF/88.

Eduardo Talamini também não aceita a hipótese de decisão implícita, opinião corroborada por Sergio Bermudes⁶⁸ e Daniel Amorim Assumpção Neves⁶⁹.

João Batista Lopes⁷⁰ expõe a opinião de Frederico Marques, a qual já comentamos, e a de Arruda Alvim, sendo interessante transcrevê-la:

“Para que ocorra, efetivamente, a preclusão a que aludimos é necessário que o juiz tenha, realmente, decidido a respeito da matéria (...) Havendo omissão a respeito das matérias que deveriam ter sido decididas no saneador, mas não o foram, tem entendido a jurisprudência” (refere-se à jurisprudência anterior ao Código de 1973) “ser cabível agravo no auto do

⁶⁸ Eduardo Talamini, op. cit., p. 101-103.

⁶⁹ Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 234-239.

⁷⁰ João Batista Lopes, **Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional**, p. 33-34.

processo. No fundo, porém, trata-se de excesso de cautela, pois a regra válida é a de que se não houve preclusão – por ausência de decisão – a questão deverá ainda ser decidida” (*In Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, vol. II, pp. 175-176).”

João Batista Lopes consigna que, embora a opinião de Arruda Alvim ter sido expendida antes da vigência do atual Código de Processo Civil, é a que melhor se ajusta ao sistema em vigor. E assegura que *“não há extrair consequências jurídicas do silêncio do juiz. O silêncio, neste caso, é o nada jurídico, porque o juiz tem o dever indeclinável de prestar a tutela jurisdicional através de despachos, decisões interlocutórias e sentenças”*.

Em obra anterior⁷¹, João Batista Lopes ressalta que a omissão do juiz não pode ser entendida como decisão, visto que *“a omissão do juiz poderá gerar incertezas quanto ao acolhimento ou rejeição de preliminares”*.

Menciona o art. 162, § 2º, do CPC que dispõe que *“decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”* (grifos nossos). Daí conclui-se que para que exista decisão é preciso que o juiz efetivamente resolva a questão a ele dirigida, não podendo a omissão ser interpretada como decisão.

Não há previsão alguma na legislação acerca de decisões implícitas, sendo certo que o silêncio não possui o condão de gerar efeitos jurídicos.

Após muitas discussões doutrinárias e de muito oscilar a jurisprudência, o STF editou a Súmula 424, cujo enunciado diz: *“Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso,*

⁷¹ João Batista Lopes, **Breves considerações sobre o instituto da preclusão**, p. 54.

excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”.

O STJ acompanha o entendimento, conforme ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. DESPACHO SANEADOR DESFUNDAMENTADO. ILEGITIMIDADE DE PARTE E CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO APRECIADAS. IMPROVIMENTO DO APELO.

Consoante dispõe a lei do processo civil, **só estão alcançadas pela preclusão as questões decididas expressamente no saneador.**

A lei exige que as questões sejam fundamentadas, embora de modo conciso, comando legal que se não compadece com o julgamento “implícito” de qualquer questão aventada no curso da lide.

Ao juiz é vedado afastar preliminares (condições da ação), no saneador, mediante a simples referência – partes legítimas – sendo imprescindível fundamentar o decisório expendendo as razões que o justificam.

Silenciando, o juiz monocrático, sobre a ilegitimidade da parte (autora) por não ser proprietária das terras abrangidas pela rodovia, nenhum impedimento existia, in casu, para que o tribunal a quo decidisse sobre essa matéria, de ofício, como efetivamente o fez, em face do disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Dissídio jurisprudencial improvado.

Recurso a que se nega provimento.

Decisão por maioria de votos.

(Resp 68280/GO, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 26/03/1996) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Assim, por todas as razões acima expostas, e acompanhando o entendimento de nossos Tribunais superiores, entendemos que as decisões devem ser sempre explícitas e fundamentadas, em respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões e ao princípio da segurança jurídica.

9.2. Preclusão e Produção de Provas

No processo civil atual, a figura do juiz vem cada vez mais se distanciando do papel de mero expectador das partes e assumindo posição mais ativa no processo, tendo permissão legislativa

no sentido de determinar a produção de provas para o julgamento justo da controvérsia.

Assim, na busca pela verdade real, o julgador deve tomar a posição de agente colaborador do processo, de participante ativo na instrução probatória em sua feição substancial, e não mais um mero fiscal de regras e formulários.

Essa tendência é refletida no art. 130, CPC: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

Quanto ao momento, é certo que, conforme dispõe a redação do art. 331, § 2º, CPC, caso não obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas no despacho saneador.

O presente capítulo visa demonstrar que não só na fase saneadora o juiz poderá determinar a produção de provas, como durante todo o *iter* processual, até que se forme seu convencimento acerca da resolução da lide posta em debate.

Conforme estudamos anteriormente, a preclusão temporal não atinge o juiz, visto que os prazos a ele impostos tratam-se de prazos impróprios. Mais evidente ainda se verifica a inocorrência da preclusão temporal em matéria de provas. Assim, se o juiz julgar necessária a produção de determinada prova após a fase

saneadora, não há qualquer impedimento para sua produção *ex officio*, em qualquer momento processual.

Neste sentido já decidiu o STJ:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA TESTEMUNHAL PRECÁRIA. PROVA GENÉTICA. DNA. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. **BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ.** PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), **a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.**

III – Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.

IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero expectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.

(STJ, 4ª Turma, Resp 192.681/PR, rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 02.03.2000, DJ 24.03.2003, p. 223) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROVA PERICIAL. DEFERIMENTO QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, NÃO OBSTANTE IRRECORRIDO O DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE DESNECESSÁRIA A PROVA.

- **Não se acha sujeita à preclusão para o Juiz a matéria relacionada com a instrução probatória.** Precedentes do STJ.

- Alegação de desnecessidade da prova a depender do reexame do quadro probatório (súmula nº 07 – STJ).

Recurso especial não conhecido.

(STJ, 4ª Turma, Resp 61107/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 02.12.1999, DJ em 13.03.2000, p. 181) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Conforme entendimento do STJ e da melhor doutrina, ainda que a legislação determine que o ônus da prova incumbe ao

autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, CPC), de certo que após a instrução probatória promovida pelas partes, caso o julgador perceba que sobre algum ponto paira alguma controvérsia relevante, deverá de ofício determinar a produção de provas que se mostrem pertinentes.

O que não poderá ocorrer, é o julgamento antecipado da lide sem a devida instrução probatória, tomando o julgador decisões apressadas e equivocadas, indeferindo pedidos das partes sob o fundamento de não estar o processo satisfatoriamente instruído:

RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ARTIGOS 130 E 330, I, DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

No tocante à alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito, uma vez que não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal a quo apreciou toda a matéria recursal devolvida.

“Ainda que as partes não tenham requerido produção de provas, mas sim julgamento antecipado da lide, se esta não estiver suficientemente instruída, de sorte a permitir tal julgamento, cabe ao juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo (RT 664/91)” (“Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Theotônio Negrão – colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410).

In casu, emerge dos autos que o r. Juiz de primeiro grau houve por bem julgar antecipadamente a lide, mas concluiu que não havia provas suficientes nos autos a demonstrar satisfatoriamente que a autora era credora da ré. Dessa forma, **deveria ter determinado a produção de outras provas, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.**

Com efeito, mesmo que a parte tenha requerido o julgamento antecipado da lide, por entender que as provas constantes dos autos seriam suficientes para demonstrar o alegado na inicial, **cabe ao juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo caso entenda pela deficiência das provas dos autos.**

A hipótese vertente não trata de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Recurso especial provido, para que os autos retornem à origem e o r. Magistrado de primeiro grau prossiga a instrução probatória.

(STJ, 2ª Turma, Resp 288.400/PB, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 01.04.2004, DJ 27.09.2004, p. 289) (negritos nossos) (disponível em <www.stj.jus.br>)

Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque:

“Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado. Em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E com isso somente ocorrerá se o provimento do resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados. A preclusão faz com que a parte não possa mais exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder do magistrado de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, contribuirão para a justiça do provimento a ser por ele proferido.” (Bedaque, José Roberto dos Santos, Poderes Instrutórios do juiz, in Poderes do juiz no Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1992, p. 14-15, apud Neves, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 266).

Feitas essas premissas, emerge que a preclusão temporal em matéria de provas atinge somente as partes. Com efeito, o Código de Processo Civil determina o momento para que as partes requeiram as provas que pretendem produzir, sendo o autor com a inicial (art. 282, VI, CPC) e o réu com a contestação (art. 300, CPC), em consonância com o art. 333 e incisos do CPC. Quanto à prova testemunhal, o rol deverá ser apresentado em até 10 (dez) dias antes da audiência, consoante determina o art. 407, CPC.

Conforme exposto no capítulo destinado ao estudo da relação da preclusão com outros princípios processuais, no que tange às provas, o momento de sua indicação para o autor é na inicial, conforme artigo 282, inciso VI, do Código de Processo Civil. O entendimento do STJ é no sentido de que, *a priori*, na oportunidade da petição inicial, vale o protesto genérico por produção de provas, devendo tal pedido ser especificado após a vinda de eventual defesa (contestação), sendo que, fixados os pontos controvertidos da demanda, o juiz proferirá despacho chamando as partes a especificarem as provas que pretendem produzir. No caso de silêncio da parte quanto ao referido despacho, estará preclusa a oportunidade de produção de provas, mas não para o juiz, que

poderá determinar a produção de provas em qualquer momento do processo.

A questão controversa se refere à ocorrência ou não da preclusão consumativa para o juiz em matéria de provas. Assim, tendo o juiz já se manifestado, a requerimento da parte ou mesmo ex officio, contra ou a favor da produção de determinada prova, poderá ele voltar atrás e reformar sua decisão, ainda que não tenha sido interposto o recurso cabível?

Nesse diapasão, são as três as situações que merecem análise. A primeira é quanto a possibilidade de o juiz, tendo deferido a produção de uma prova, voltar atrás e reconsiderar sua decisão, indeferindo tal prova por entender desnecessária ao deslinde da ação.

É freqüente na prática forense a situação em que o juiz dispensa a produção de uma prova que antes havia deferido, sob a justificativa de já ter se convencido da verdade dos fatos. O exemplo mais comum que podemos apontar é quando o juiz ouve algumas das testemunhas arroladas e dispensa o depoimento das demais, alegando já ter formado sua convicção.

Esta circunstância induz, na maioria dos casos, com que o advogado da parte desista da oitiva das demais testemunhas, para que não se crie uma situação desconfortável perante o magistrado.

A crítica a esta atitude consiste no fato de que, na maioria dos casos, a solução final e definitiva da lide é proferida pelos julgadores de segunda instância, e ainda que o julgador de primeiro grau já tenha formado sua convicção segundo as provas carreadas aos autos, pode ocorrer que os juízes de segundo grau não o tenha, sendo que na maioria dos casos, eles decidem conforme as provas

produzidas em primeira instância, considerando que são poucos os julgadores de segunda instância que determinam a produção de provas em segundo grau de jurisdição.

Contudo, quanto à possibilidade do juiz indeferir prova pela qual tenha anteriormente determinado sua produção, o entendimento da doutrina é dividido.

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que, uma vez deferida a produção de determinada prova, não poderá o juiz voltar atrás e reformar sua decisão sem que tenha sido interposto o recurso cabível pela parte interessada. Na visão deste autor, a norma contida no art. 130, CPC, de que o juiz deverá “*determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*” apenas poderá ser aplicada sob o aspecto negativo no momento do saneamento do processo⁷².

Explica o autor:

“Deferindo uma prova requerida por um dos litigantes, a nosso ver não poderá mais indeferi-la, já que esse litigante adquire um direito à produção daquela prova, que não pode simplesmente lhe ser subtraído pela vontade do juiz. Tal atitude violaria, indubitavelmente, o direito de provar da parte, que é garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso IV do Texto Maior.

Em nossa visão, portanto, uma vez deferida a produção da prova necessariamente essa deverá ser produzida, somente não se verificando sua produção quando ocorrer a desistência dela por aquele que a requereu, sob pena de violação do direito adquirido da parte à produção da prova”.⁷³

⁷² Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 267.

⁷³ Daniel Amorim Assumpção Neves, op. cit., p. 268-269.

Prossegue citando o entendimento do Ministro Nilson Naves, da Terceira Turma do STJ, no Recurso Especial nº 23583-RJ, cuja ementa segue abaixo:

Despacho saneador. Deferimento de provas. Exame pericial. Nomeação de perito. 1. “Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso” (Sumula 424/STF), ressalvada apenas a matéria dos incisos IV, V e VI do art. 267 do Cód. de Pr. Civil. 2. **Decidido de modo positivo sobre a realização de exame pericial, quando do saneamento do processo, cumpre ao juiz nomear o perito**, a teor do art. 331-I do Cód. Pr. Civil. Desse modo, a nomeação de perito “não é mera faculdade do julgador” (JTACSP-RT-98/206); é imposição legal, não podendo o juiz voltar sobre os seus passos, para considerar desnecessária a prova. 3. Recurso especial conhecido, por ambos os seus fundamentos, e provido. (negritos nossos)

Entretanto, esclarece que existe corrente na doutrina que admite ao juiz indeferir prova anteriormente deferida por mostrar-se inútil ou desnecessária ao deslinde da ação.

Essa posição é defendida por Vicente Miranda:

“A decisão judicial que admite ou nega a produção desta ou daquela prova não tem efeito preclusivo. Pode o julgador, num primeiro momento, deferir determinado meio de prova. Em momento ulterior, melhor examinando os autos e verificando que as provas deles constantes são suficientes para a formação de seu convencimento, **poderá reconsiderar a anterior decisão e indeferir, porque desnecessária a prova antes deferida**. A razão fundante é esta: o juízo de admissibilidade da prova tem natureza e finalidade pública, pois deve visar a evitar que se prolonguem as lides e que se criem disputas inúteis.” (*In Poderes do juiz no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 215, apud Daniel Amorim Assumpção Neves, op. cit., p. 268).

Concordamos com a posição adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves, opinião corroborada por Edval Borges Segundo⁷⁴ e Sidney Pereira de Souza Junior⁷⁵, haja vista a ocorrência

⁷⁴ Edval Borges Segundo, **Preclusão: uma técnica jurídica processual**, p. 205.

⁷⁵ Sidney Pereira de Souza Junior, **A preclusão pro judicato na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC / Comentários ao Resp 345.436-SP)**, p. 270. Esclarece o autor que não é permitido ao julgador inicialmente deferir a prova e em ato posterior voltar atrás e a indeferir sem argumento justificável, pois nesse

de preclusão judicial para o juiz que deferiu determinada prova, não podendo o magistrado voltar atrás e reconsiderar sua decisão sem a interposição do recurso cabível, pois entendimento contrário ocasionaria, a nosso ver, instabilidade da demanda, insegurança jurídica e ofensa ao direito adquirido da parte à produção da prova.

O mesmo ocorre quando o deferimento da prova deu-se *ex officio*. Pelas mesmas razões expostas acima, se o juiz defere a produção de determinada prova de ofício, não poderá voltar atrás e indeferir-la posteriormente, pois mesmo sendo determinada sem o requerimento das partes, a partir do momento em que o magistrado deferiu a produção da prova, cria-se um direito da parte em ver tal prova produzida nos autos, não importando por qual fonte emanou o requerimento de sua produção.

Outra situação que merece análise, consiste na possibilidade do juiz indeferir a produção de uma prova e após, sem interposição de recurso pela parte interessada, reconsiderar sua decisão e deferir a produção dessa prova.

Nesse ponto a doutrina é tranqüila em afirmar que a melhor exegese do art. 130 do CPC deve ser feita de forma ampla, tendo em vista os amplos poderes instrutórios do juiz. Ao magistrado é permitida a produção de provas a qualquer momento do processo, já que ele não está sujeito aos efeitos da preclusão temporal, fenômeno que atinge somente as partes⁷⁶.

caso ter-se-ia operado a preclusão lógica, sendo vedado ao juiz reconsiderar sua decisão sem fundamento para indeferir prova já deferida, surpreendendo indevidamente a parte que requereu sua produção.

⁷⁶ Neste sentido Humberto Theodoro Júnior, **A preclusão no direito processual civil**, p. 23: “Se a parte não requereu uma prova no tempo e modo previsto em lei, sujeitar-se à preclusão e não mais poderá fazê-lo nos autos. Ao juiz, porém, continua subsistindo o dever de determinar, de ofício, a realização das ‘provas necessárias à instrução do processo’, no dizer da lei. Daí por que só se há de cogitar em disponibilidade das provas

Ademais, conforme bem observou Manoel Caetano Ferreira Filho, a redação do art. 130 do CPC não determina nenhum momento específico para que o juiz determine de ofício as provas necessárias à instrução do processo.⁷⁷

Nesse sentido também é o entendimento do STJ: “*o juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discricção, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado*” (STJ, 4ª Turma, Resp nº 5268-SP, relator Min. Athos Gusmão Carneiro).

Também ao Tribunal é permitido, no exame da matéria posta à sua apreciação, deferir em fase recursal a produção de prova indeferida pelo magistrado de primeiro grau, visto que o Tribunal não se vincula ao entendimento do julgador de primeira instância.⁷⁸

Portanto, se no primeiro momento a prova foi indeferida pelo juiz por parecer desnecessária ao deslinde da ação, poderá ele voltar atrás e reconsiderar sua decisão se posteriormente entender que tal prova será útil a corroborar com sua convicção, determinando a produção da prova, independentemente de qualquer provocação das partes, tudo em nome da justa prestação jurisdicional.

No caso de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 12, 14 e 38, explicitamente atribui o ônus da prova aos fornecedores. O inciso VII do artigo 6º, possibilita a inversão do ônus da prova a favor do consumidor. Isto porque, nas relações de consumo, o risco do negócio é do fornecedor, sendo o consumidor considerado hipossuficiente e vulnerável. Assim, uma vez

para as partes, e não para o Juiz, e, então, somente para as partes e nunca para o Magistrado é que ocorrerá a preclusão *in casu*”.

⁷⁷ Manoel Caetano Ferreira Filho, **A preclusão no direito processual civil**, p. 90-91.

⁷⁸ Sidney Pereira Souza Junior, op. cit., p. 271.

beneficiado o autor (consumidor) com a inversão do ônus da prova caberá ao réu (fornecedor) sua produção até o encerramento da instrução processual, sendo que, caso não as produza, assumirá o risco de sua inércia. O Estatuto de Defesa do Consumidor expressamente dispõe que o fornecedor “*só não será responsabilizado quando provar*”. Desta forma, não há que se falar em preclusão para o autor caso este não produza provas tendo em vista a inversão, já que o Código de Defesa do Consumidor é taxativo ao determinar a prova para o fornecedor de serviços, sendo que caso este não prove a ausência de sua culpa, segundo o aludido preceito, será responsabilizado.

9.3. Preclusão e Pedido de Reconsideração

Já estudamos que pela ocorrência da preclusão consumativa para o juiz (preclusão *pro judicato*) fica ele impedido de reconsiderar sua decisão, exceção feita às hipóteses de matéria de ordem pública, deferimento de provas necessárias à instrução do processo e no caso de interposição de recurso cabível.

Nos casos de decisão versando sobre matérias de ordem pública ou deferimento de provas, entendemos ser possível sua revisão pelo juiz através de pedido de reconsideração apresentado pela parte interessada, sem prejuízo da interposição do recurso cabível, visto que, pacífico pela doutrina e jurisprudência, que o chamado pedido de reconsideração não se trata de recurso.

Assim, fora dessas hipóteses, em que as decisões podem ser revistas de ofício, o pedido de reconsideração não possui

o condão de reformar a decisão proferida pelo juiz, e em qualquer hipótese não interrompe ou suspende o prazo recursal.

Desta forma não é permitida a rediscussão de questões já decididas fora do âmbito recursal. Nas palavras de João Batista Lopes:

“Não é concebível que o processo, como instrumento a serviço do direito material, permaneça à mercê dos interesses das partes – muitas vezes inconfessáveis – com a reabertura de discussão de matérias já resolvidas pelo Juiz.

A regra geral é que só se decide uma questão ou incidente uma vez.

As decisões interlocutórias recorríveis só podem ser modificadas com a interposição de recurso, não através de simples pedidos de reconsideração, figura inexistente em nosso direito positivo”.⁷⁹

10. PRECLUSÃO E RECURSOS

Em breves linhas, procuraremos demonstrar a relação do instituto da preclusão com os principais recursos, com o escopo apenas de comentar algumas observações, sem contudo esgotar o assunto.

10.1. Preclusão e Agravo

Quanto à relação com o agravo retido, é sabido que, caso não ocorra sua interposição contra decisão interlocutória, esta restará preclusa. Até então nenhuma novidade.

⁷⁹ João Batista Lopes, **Breves considerações sobre o instituto da preclusão**, p. 49.

Quanto ao agravo de instrumento, podemos tecer algumas considerações. A primeira é quanto à forma de interposição. Conforme artigo 525, CPC, a petição de interposição de agravo de instrumento deverá estar obrigatoriamente acompanhada das razões, das peças obrigatórias e facultativas e do preparo.

De sorte que, mesmo que a parte protocole a petição de interposição do agravo no primeiro dia do prazo, não terá os nove dias restantes para apresentar as razões, as peças ou o comprovante do recolhimento do preparo. O recurso deverá ser interposto de uma só vez com todos os seus requisitos, caso contrário opera-se a preclusão consumativa, e conseqüentemente o não conhecimento do agravo.

Nesse sentido, é unânime a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. FORMAÇÃO DE INSTRUMENTO DEFICIENTE. PROTOCOLO DO RESP ILEGÍVEL. ART. 544, § 1º, DO CPC (LEI Nº 10.352/2001). JUNTADA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que é ônus do agravante a correta formação do instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso.

2. Se a lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso, cabe à parte cumpri-la, não se constituindo tais exigências em formalismo exacerbado.

3. Não se conhece do agravo de instrumento cuja cópia do recurso especial encontra-se com a data de protocolo ilegível, haja vista a impossibilidade de aferição da tempestividade recursal. Precedentes.

4. **Pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que é no momento da interposição que deve a parte agravante juntar as peças necessárias à formação do instrumento, não sendo admitida posteriormente, ainda que dentro do prazo recursal, em virtude da preclusão consumativa.**

5. Agravo regimental não provido.

(STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1146097/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 01.09.2011, DJ em 09.09.2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Outra questão a ser colocada tange ao recebimento do agravo de instrumento sem efeito suspensivo. Nesse caso, a

decisão agravada tem eficácia imediata, e o processo segue seu regular andamento. Entretanto, pode ocorrer superveniência da sentença de mérito, ou seja, pode acontecer que seja proferida sentença de mérito no processo principal antes do desfecho do agravo de instrumento.

Conforme disposição legal contida no art. 559, § único do CPC, o agravo deverá ser julgado antes da apelação. Mas na hipótese de não ter sido interposto o recurso de apelação, opera-se a preclusão somente em relação à sentença, mas não quanto à decisão interlocutória, porquanto esta foi evitada pela interposição do agravo.

Em alguns casos, a superveniência da sentença de mérito ocasiona a perda do objeto do agravo, mormente em casos de agravo que versam sobre antecipação de tutela e medida liminar.

Em outros, o agravo não perde seu objeto pois, dependendo da matéria recorrida no agravo, seu julgamento poderá importar na nulidade da sentença e de outros atos processuais, como é o caso das matérias de ordem pública.

Nesta seara, vejamos recentíssimas decisões do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INADMITIU ASSISTÊNCIA SIMPLES, **SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA.** INTERESSE DE AGIR AFERIDO EM CONCRETO.

1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. **Esta Corte Superior tem entendimento consolidado no sentido de que a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do agravo de instrumento.**

3. **A aplicação desta orientação jurisprudencial, todavia, deve ser feita com parcimônia.** Isto porque a perda de objeto do agravo de instrumento não deve ser analisada em abstrato. O destino a ser dado ao agravo de instrumento, depois de proferida a sentença, depende do conteúdo da decisão impugnada.

4. Haverá casos – como na apreciação da tutela de urgência – em que a sentença superveniente, por ser prolatada após um juízo amparado em

cognição exauriente, esvaziará o conteúdo do recurso de agravo. Em outras situações, contudo, a utilidade do agravo de instrumento permanece intacta, ainda que sobrevenha sentença.

5. Tanto é assim, que o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 559, determina que, “a apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo”. Ora, se podem coexistir agravo de instrumento e apelação, é porque esse não restou prejudicado com a prolação da sentença.

6. No caso dos autos, é evidente que o interesse do recorrente e ingressar na lide como assistente não ficou deteriorado com a prolação da sentença, até porque, trata-se de uma questão processual que não foi envolvida no julgamento do mérito.

Recurso Especial provido.

(STJ, 2ª Turma, Resp 1233290/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.04.2011, DJ 03/05/2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

PROCESSUAL CIVIL. PRAZO RECURSAL. TERMO A QUO. INTIMAÇÃO PESSOAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL MEDIANTE A ENTREGA DOS AUTOS. ART. 20 DA LEI 11.033/2004. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DO OBJETO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA.

1. A intimação pessoal dos procuradores da Fazenda Nacional se dá mediante a entrega dos autos com vista (art. 20 da Lei 11.033/2004).

Precedentes.

2. O julgamento da ação não provoca a perda de objeto do recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento que trata de possível nulidade processual, porquanto todas as decisões supervenientes ficam subordinadas à condição resolutória, ou seja, perdem a sua eficácia se o respectivo agravo for provido.

Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1225233 / DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21.06.2011, DJ 30.06.2011) (disponível em www.stj.jus.br)

10.2. Preclusão e Recursos Excepcionais

É certo que pelo efeito translativo dos recursos, o Tribunal pode conhecer das matérias de ordem pública de ofício, mesmo que a parte nada tenha alegado quanto a essas matérias nas razões recursais.

Contudo, quanto os recursos de fundamentação vinculada – Recurso Especial e Recurso Extraordinário, a questão se torna mais complexa. Em rigor, os recursos excepcionais apenas tratam das matérias relacionadas com o direito federal e

constitucional, sendo requisito para discussão de tais matérias o prequestionamento, como é sabido.

Nesse contexto, a questão controversa é a seguinte: para que os tribunais superiores conheçam - via Recurso Especial e Recurso Extraordinário – das matérias de ordem pública, é necessário que tenha havido o prequestionamento de tais matérias?

Tão controversa é a questão, que já se formaram três correntes para enfrentar o problema.

O entendimento que ainda hoje prevalece é no sentido de não ser possível o debate das questões de ordem pública nas instâncias excepcionais caso estas não tenham sido prequestionadas.

Apud Daniel Amorim Assumpção Neves, essa corrente é representada por Nelson Nery Junior, José Carlos Barbosa Moreira, José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Orione Neto.⁸⁰

Essa corrente doutrinária se apóia no fato de não ter sido cumprido o requisito constitucional do prequestionamento, restando tolhida a suscitação de tais matérias, haja vista o princípio vinculante norteador dos recursos excepcionais.

Com efeito, defende que não se aplica o efeito translativo às instâncias excepcionais. A regra de conhecimento das matérias de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição se aplica apenas às instâncias ordinárias, não se estendendo às instâncias excepcionais.

⁸⁰ Daniel Amorim Assumpção Neves, **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**, p. 252.

Nesse sentido é o entendimento majoritário do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A matéria suscitada nas razões de recurso especial e não abordada no acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não merece ser conhecida por esta Corte, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmula 211/STJ).

2. *“Enfim, de se acentuar que na esteira da uníssona jurisprudência desta colenda Corte, a análise de questão de ordem pública, no âmbito da instância extraordinária, não prescinde da existência de prequestionamento.”* (Edcl no AgRg no Resp 1.078.387/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 19.12.2008)

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1138498, rel. Min. Denise Arruda, j. em 04.06.2009, DJ 27.03.2008) (disponível em www.stj.jus.br)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. LITISCONSORTES PASSIVO NECESSÁRIOS. CITAÇÃO. AUSÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.**

- Inexiste violação do art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido decide as questões postas de modo claro e fundamentado. O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia.

- A questão relativa à ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários somente foi aduzida no especial, caracterizando, portanto, inovação recursal, insuscetível de conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, esta Corte tem jurisprudência consolidada no sentido de que **mesmo as matérias de ordem pública necessitam do prequestionamento para serem analisadas em sede de recurso especial.**

Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, AgRg no Resp n. 1212586/AM, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 15.09.2011, DJ em 30.09.2011) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

A segunda corrente, mais branda, defende a possibilidade de apreciação pelos Tribunais superiores de matéria de ordem pública ainda que esta não tenha sido objeto de prequestionamento, porém desde que admitido o recurso, ou seja, desde que preenchidos os demais requisitos de admissibilidade. Desta forma, a matéria prequestionada pode ser diversa da matéria de ordem pública, e o recurso pode ser admitido por outro fundamento.

Esta corrente é representada por Daniel Amorim Assumpção Neves, o qual cita ainda como defensores desta corrente Athos Gusmão Carneiro, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira e Rodrigo da Cunha Lima Freire.⁸¹

Nas palavras de Rogério Licastro Torres de Melo⁸²:

“Esta tendência revela abrandamento da exigência de prequestionamento das matérias de ordem pública para que estas sejam julgadas pelo STJ. Em outras palavras, a arguição de nulidade absoluta (decorrente da violação de norma de ordem pública), estabelece-se como questão de aguda relevância e que prescinde de prévio debate nas instâncias ordinárias para que seja analisada em sede de Resp.

Observe-se, contudo, que a apreciação de questões de ordem pública não prequestionadas apenas será possível desde que admitido o Resp (ainda que por outro fundamento), dado que estará, assim, aberta a competência jurisdicional do STJ”.

Ainda que minoritário, é possível verificar entendimento do STJ a respeito, em interpretação à Súmula 456 do STF: ⁸³

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – TESE NÃO PREQUESTIONADA – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. **A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).**

3. Hipótese em que não foi ultrapassado o juízo de conhecimento porque a única tese trazida no especial foi apenas a questão de ordem pública em torno do art. 47 do CPC.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, AgRg no Resp nº 474.998-SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJ: 22.11.2004) (negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

⁸¹ Daniel Amorim Assumpção Neves, op. cit., p. 252.

⁸² MELLO, Rogério Licastro Torres. **Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento.** Revista de Processo 151, ano 32, setembro de 2007, p. 341-342.

⁸³ Súmula 456, STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, NULIDADE ABSOLUTA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO.

1. **As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos**, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: Resp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; Resp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; Resp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; Resp 660519/CE, DJ 07.11.2005.

2. **Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal “julgar a causa, aplicando o direito à espécie” (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF).**

3. In casu, o Tribunal a quo atribuiu efeito modificativo aos embargos de declaração para excluir da condenação da recorrida o pagamento de juros compensatórios e inverter os efeitos da sucumbência, deixando de intimar a recorrente para apresentar impugnação ao recurso.

4. Embargos de declaração de fls. 3319/3329 acolhidos, para dar-lhes efeitos modificativos e prover o recurso especial, impondo-se o retorno dos autos à instância de origem, para que seja aberto prazo para impugnação aos embargos de declaração opostos pelo ora recorrido, nos termos do voto anteriormente proferido às fls. 3400/3405.

(STJ, 1ª Turma, Edcl no AgRg no Resp n. 1043561/RO, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 15.02.2011, DJ em 28.02.2011)

(negritos nossos) (disponível em www.stj.jus.br)

Concordamos com o entendimento acima esposado, visto que o princípio da economia processual deve prevalecer em vista do excessivo formalismo verificado pela exigência de prequestionamento das matérias de ordem pública, cuja violação acarreta nulidade absoluta e propositura de ações autônomas de impugnação à coisa julgada (ação rescisória).

Há ainda quem defenda um terceiro entendimento acerca do tema. Apud Daniel Amorim Assumpção Neves, Nelson Luiz Pinto entende que as matérias de ordem pública são sempre conhecíveis de ofício, inclusive nas instâncias excepcionais, independentemente do requisito do prequestionamento, pois para este autor as matérias de ordem pública estariam sempre implicitamente prequestionadas.⁸⁴

⁸⁴ Daniel Amorim Assumpção Neves, op. cit., p. 253.

11. PRECLUSÃO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na exposição de motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil já se fala em alteração do regime de preclusões.

A nosso ver, a mais relevante alteração proposta no projeto do NCPC com relação ao instituto da preclusão diz respeito à irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Com efeito, dispõe o parágrafo único do artigo 923 do projeto do NCPC que *“as questões resolvidas na fase cognitiva não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final”*.

Dessa forma, com a exclusão do agravo retido do novo sistema recursal, proposto pelo projeto do NCPC, em um primeiro momento não haverá mais recurso cabível para impugnação das decisões interlocutórias, devendo ser suscitadas em preliminar de apelação. Com isso, as decisões interlocutórias também não ficariam acobertadas pela preclusão em um primeiro momento, o que ocorreria somente caso não suscitadas em preliminar de apelação.

A regra acima comporta exceção nas hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, as quais também foram inovadas, e encontram previsão no projeto do NCPC no artigo 929:

“Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias:

I – que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência;

II – que versarem sobre o mérito da causa;

III – proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução;

IV – em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei.

Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação”.⁸⁵

Portanto, se hoje as decisões interlocutórias não agravadas tornam-se preclusas, no projeto do NCPC tais decisões não serão passíveis de impugnação e não serão objeto de preclusão a

⁸⁵ Os casos mencionados no inciso IV, que comportam o cabimento de Agravo de Instrumento no Projeto do Novo CPC, são as que resolvem: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 65); o pedido de justiça gratuita (art. 85, § 2º); a admissão de assistente (art. 322, § único); a exibição de documento ou coisa (art. 382, § único); a liquidação de sentença (art. 494, § 7º) e o direito de preferência na execução (art. 833, § único).

priori, apenas ao ensejo da interposição do recurso de apelação deverão ser alegadas. Assim, entende-se que apenas nesta fase poder-se-ia falar em preclusão, exceção feita às hipóteses que se encontram insertas no rol estabelecido pelos incisos do artigo 929 do projeto do NCPC, as quais deverão ser agravadas por instrumento.

Não há que se olvidar que a intenção do legislador foi a de descongestionar os tribunais do excessivo volume de agravos de instrumento. Contudo, já se fala no risco de proliferação de mandados de segurança contra ato judicial.⁸⁶

De fato, a Lei n. 12.016/2009, que trata do Mandado de Segurança, admite a impetração contra qualquer ato judicial irrecorrível ou que possa ser impugnado por recurso desprovido de efeito suspensivo.

A crítica a este novo sistema reside no fato de que esta inovação dará ensejo à utilização de uma ação constitucional em substituição a um recurso, o que, *per si*, já atentaria contra a efetividade do processo.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que, conforme dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, a maior taxa de congestionamento processual encontra-se no primeiro grau de jurisdição.

De fato, não são apenas os Tribunais de segundo grau que estão superlotados de trabalho, mas também os juízes de primeira instância. Desta forma, a atitude isolada de redução das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, por si só, não resolverá o problema da excessiva duração do processo, se não vier

⁸⁶ Fernando Gonzaga Jayme; Marina França Santos, **A irrecurribilidade das decisões interlocutórias no projeto de (“sic”) novo código de processo civil**, p. 441.

acompanhada de iniciativas que visem agilizar também o andamento dos processos que tramitam em primeiro grau de jurisdição.

Em nossa opinião o mais recomendável seria um minucioso estudo estatístico para diagnosticar e tratar as causas da excessiva duração do processo, bem como um minucioso planejamento estratégico de soluções para combatê-las.

12. CONCLUSÃO

Segundo o conceito proposto pelo mestre italiano Giuseppe Chiovenda, adotado pela generalidade da doutrina, a preclusão é um mecanismo processual que conduz o processo sempre adiante, garantindo a celeridade do provimento jurisdicional de forma justa.

Trata-se de verdadeiro instituto de ordenação processual, pelo qual vão sendo excluídas as etapas ultrapassadas dentro da regular marcha processual. Na medida em que os atos ou faculdades processuais se realizam, ficam impedidos de renovação ou repetição.

Conforme sistematização atribuída por Chiovenda, a preclusão seria a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato de não se haver observado a ordem assinalada por lei para seu exercício, ou de se haver realizado uma atividade incompatível com ela ou ainda pelo fato de já ter sido ela validamente exercida. Assim, entendemos respectivamente falar-se em preclusão temporal, lógica ou consumativa.

Quanto à natureza jurídica, entendemos que a preclusão se trata de um ônus processual da parte, sendo equivocada a idéia de sanção.

A preclusão trata-se de um instituto processual por apresentar características próprias, sendo ainda um princípio processual, pois está intimamente ligado à estruturação do procedimento.

Assim como a preclusão, o objetivo do princípio do impulso oficial é *impulsionar* o processo adiante, rumo à solução final do conflito posto à apreciação do Poder Judiciário.

Com a incidência do princípio da eventualidade, fica delimitado nas peças processuais e em momento oportuno quais os meios de ataque e defesa que serão utilizados pelas partes, possibilitando desta forma a definição de estratégias. Possui o escopo de evitar o elemento surpresa, com a produção de meios de ataque

e defesa em qualquer momento do processo. Assim como ocorre na preclusão e no princípio do impulso oficial, o objetivo do princípio da eventualidade é impulsionar o processo, acelerando seu trâmite rumo ao provimento final.

Apesar da grande confusão com outros institutos do direito civil e processual civil, como a *decadência*, *prescrição*, *perempção*, e *coisa julgada*, a preclusão não se confunde com estes institutos, pois cada um deles possui características próprias.

Há forte corrente doutrinária que defende que preclusão e coisa julgada formal se tratam do mesmo instituto, não havendo distinção prática nem teórica entre eles. Opinam que a coisa julgada formal seria apenas a última preclusão ocorrida dentro do processo.

Com a devida vênia, concordamos com a corrente que defende que preclusão e coisa julgada formal são institutos distintos, haja vista que a coisa julgada formal não pode ser tratada apenas como a última preclusão ocorrida dentro do processo, mas como um fenômeno que abarca todas as preclusões ocorridas dentro do processo, dotando o mesmo como um todo da característica da imutabilidade.

A preclusão atinge não só os atos das partes como também os atos do juiz. Conforme a previsão legal contida no artigo 471 do CPC, de que é defeso ao juiz decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, trata-se de verdadeiro caso de preclusão de questões, conceituado pela doutrina de preclusão *pro judicato*.

Assim ocorre a preclusão das questões já decididas ao longo da marcha processual. Decidida uma questão no curso do processo, não

poderá mais o magistrado reapreciá-la ou reformá-la, exceto nos casos em que se tratar de matéria de ordem pública.

Ainda quanto ao juiz, podemos dizer que a única modalidade de preclusão a que ele não está sujeito trata-se da preclusão temporal, visto que os prazos a que os magistrados estão sujeitos tratam-se de prazos impróprios.

Entendemos que as decisões devem ser sempre explícitas e fundamentadas, em respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões e ao princípio da segurança jurídica.

Em matéria de provas, são amplos os poderes do juiz, que poderá determinar sua produção a qualquer momento do processo, mesmo havendo anterior decisão dispensando-a, haja vista a importância da formação de sua convicção acerca da verdade real, bem como a sua não sujeição aos efeitos da preclusão temporal. Contudo, ocorre a preclusão consumativa para o juiz na hipótese de deferimento de determinada prova, sendo que ao magistrado não é permitido voltar atrás e indeferir a prova antes deferida, pois entende-se que, uma vez deferida a produção de determinada prova, as partes passam a ter o direito adquirido à produção desta prova.

Com exceção das hipóteses em que as decisões podem ser revistas de ofício, o pedido de reconsideração não possui o condão de reformar a decisão proferida pelo juiz, e em qualquer hipótese não interrompe ou suspende o prazo recursal.

O Agravo de Instrumento deverá ser interposto de uma só vez com todos os seus requisitos, caso contrário opera-se a preclusão consumativa, e conseqüentemente o não conhecimento do recurso.

O entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência é no sentido de não ser possível o debate das questões de ordem pública nas instâncias excepcionais caso estas não tenham sido prequestionadas. Para esta corrente, a regra de conhecimento das matérias de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição se aplica apenas às instâncias ordinárias, não se estendendo às instâncias excepcionais.

Se hoje as decisões interlocutórias não agravadas tornam-se preclusas, no projeto do Novo CPC tais decisões não serão passíveis de impugnação e não serão objeto de preclusão *a priori*, apenas ao ensejo da interposição do recurso de apelação deverão ser alegadas. Assim, entende-se que apenas nesta fase poder-se-ia falar em preclusão, exceção feita às hipóteses que se encontram insertas no rol estabelecido pelos incisos do artigo 929 do projeto do Novo CPC, as quais deverão ser agravadas por instrumento.

13. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, volume I: parte geral, 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n. 191, janeiro de 2011, p. 299-318.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, volume I, parte geral, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Ação Declaratória Incidental. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 9-55.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Preclusão e Efetividade Processual. **Revista Contemporânea de Ciências Sociais Aplicadas da FAPLAN/Faculdades Planalto**. Passo Fundo: FAPLAN, 2004, v. 3, n. 4, jan./jun. 2006, p. 62-73.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Ônus da prova no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, tradução de J. Guimarães Menegale, v. III. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIDDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, 11ª edição, Bahia: Editora JusPodivm, 2009.

----- **Curso de Direito Processual Civil**. Volume II, 4ª edição, Bahia: Editora JusPodivm, 2009.

----- **Curso de Direito Processual Civil**. Volume III, 6ª edição, Bahia: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume III, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Editora Juruá, 1991.

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de (sic) novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 412, p. 435-448.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Doutrina Nacional, Processo Civil, n. 23, p. 45-60.

----- Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Doutrina Nacional, n. 35, p. 24 e ss.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Direito Processual Civil, Doutrina Nacional, n. 17, p. 105-114.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Volume II, 1ª edição, Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Ricardo Licastro Torres. Recurso Especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 151, ano 32, setembro de 2007, p.339-342.

NASCIMENTO FILHO, Firly. **Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil**. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Método, 2004.

NUNES, Rizzato. **Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 6ª edição, rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUBIN, Fernando. Preclusão – Constituição e Processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, nº 38, Set-Out/2010, p. 79-96.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Volume I, 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

SEGUNDO, Edval Borges. Preclusão: uma técnica jurídica processual. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 16, ano 2008, Salvador, Bahia.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, São Paulo: Editora Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil, coordenação Carlos Alberto Carmona).

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 23ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira. A preclusão pro judicato na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC / Comentários ao Resp 345.436-SP). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 158, ano 33, abril/2008, p. 264-278.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 22, número 86, 1997, p. 76-111.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, volume 784, 2001, p. 11-28.

ZARIF, Cláudio Cintra. **“Preclusão”**. Dissertação de Mestrado – Direito Processual Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.